

КОНТРАКТ У РИМСКОМ КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

I.

1. Савињи дефинисао је уговор као сагласност воља два или више лица којом се производи неко правно дејство ⁽¹⁾. Он је тиме дао дефиницију општег појма уговора, апстракције која обухвата све уговоре, у разним гранама права, при чему је нагласио да најзначајнију улогу и најширу примену има уговор о облигационом праву ⁽²⁾. Ова дефиниција, у време када је написана, није представљала ништа што би садржавало неку битну новину, њом је само исказан резултат вековног развоја правне науке и дефинисан је правни појам који је већ постојао у развијеним правима капиталистичких држава тога доба. Грађански законици који су били донети у прошлом и у овом веку кодификовали су принцип атипичности уговора и уговорне аутономије, те многи од њих дају дефиницији уговора централно место међу одредбама облигационог права ⁽³⁾.

Темеље на којима је правна наука вековима изграђивала овај и данас један од најважнијих правних појмова били су текстови римских правника. Полазна тачка био је римски *contractus* и четворна подела извора облигација дата у Јустинијановим институцијама ⁽⁴⁾. И етимологија речи уговор у романским, па и германским језицима ⁽⁵⁾ указује на ово римско порекло. Отуда је разумљиво што се изван круга правних историчара понекад заборавља да између римског контракта и савременог уговора постоје велике разлике.

Римски *contractus* је, и на крају развојног пута римског права био далеко ужи појам од данашњег појма уговор. Римски контракт, као општи

(1) Savigny, Friedrich Karl von: *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840. В. III. стр. 309.

(2) Исти: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, В. II, стр. 7, 1853.

(3) Италијански *Codice Civile*, чл. 1321 и чл. 1322. Наполеонов *Code Civil*, чл. 1101. Упор. и чл. 861 аустријског ОГЗ и чл. 531 СГЗ. Немачки *BGB* не дефинише уговор, а у другој књизи, посвећеној облигационом праву, излаже поједине уговоре заједно са незваним вршењем туђих послова, случајном заједницом и обогаћењем без основа, али је у III. одељак I. књиге унета посебна глава под насловом „уговор“, што показује да и поред другојачије систематизације и овај законик сакционише општи појам уговора.

(4) Inst. 3, 13, 2 — облигације се деле на контракте, деликте, квазиконтракте и квазиделикте.

(5) Француски: *contrat*, италијански: *contratto*, енглески: *contract*. И у немачкој правој литератури, нарочито старијој, може се наћи реч *Kontrakt* уместо *Vertrag*.

појам, обухватао је само облигационе уговоре, а и у тој области био је знатно ужи од данашњег појма облигациони уговор. Он пре свега није обухватао уговоре којима се мења, допуњује или гаси већ постојећи облигациони однос, већ само оне којима се заснива облигација. Даље, данас — ако оставимо по страни ренесансу форме као тенденцију развоја облигационог права садашњег доба — свака сагласност воља, ако су предмет и основ ваљани, производи жељена правна дејства, што значи да апстрактан појам уговора као извора облигација обухвата у начелу сваку сагласност воља која је постигнута у циљу заснивања облигационог односа. Насупрот томе, у римском је праву важило начело да се из просте сагласности воља не рађа облигациони однос. Од тога је постојао низ изузетака, али ни свака сагласност воља из које је могао да настане облигациони однос није сматрана контрактом. Појам контракта обухватао је само именоване уговоре, у које је доцније убрајана и група такозваних реалних безимених уговора. За појам контракта била је битна, поред сагласности воља, и тужба унапред предвиђена, именована, са посебном формулом за сваки контракт. Сагласност воља називала се *conventio*, *consensus* и *pactum*. Општи појам *pactum* био је далеко шири од појма контракт и обухватао је како групу консензуалних контраката, тако и уговоре из којих је настајао облигациони однос заштићен преторским правом или императорским конституцијама, кас и оне из којих је настајао однос заштићен не правом, већ узајамним поверењем странака (*bona fides*). Пактима су се могли и мењати и гасити облигациони односи, тако да је појам пакта био ближи данашњем појму уговора неки контракт. Римљани, као што се види, нису имали општи појам уговора у његовом данашњем значењу, већ систем уговора који су били обухваћени, општим појмовима контракти и пакта.

Није на одмет подсетити и на практичне последице које су проистичале из тог система и указати на разлике између уговора данас и римског контракта са гледишта свакодневне праксе. Док данас поверилац може, позивајући се на уговор, судским путем остварити своје потраживање без обзира на то да ли је у тужби именовао уговор који је закључио и да ли га је исправно именовао — довољно је да је суду предочио његову садржину, у римском праву тужилац који погрешно у именовању свог уговора тиме што одабере погрешну формулу заувек губи своје потраживање.

2. Све што је речено овде о контракту односи се, као што је напоменуто, на посткласично и Јустинијаново право и неспорно је у историографији римскога права. Споран је, међутим, развојни пут којим се дошло до таквог поимања контракта, посебно што је значио *contractus* у класичном периоду. Опште је прихваћено да је тај правни термин ушао релативно касно у римску правну терминологију, и то тек крајем периода републике. Спорно је шта је тада значио и шта је значио у класичном периоду: да ли је то био само правно недефинисан термин, или јасно разграничен правни појам; да ли су тим општим правним појмом били обухваћени сви извори облигација који нису деликти, или само они из којих се рађа облигација уз сагласност воља; у овом другом случају, да ли су контракти сви уговори који имају посебну тужбу, или само они зашти-

ћени цивилним правом, каква је улога сагласности воља, да ли је она само правно релевантан елеменат уговора или основ његовог вршења, итд. О појму контракта у римском класичном праву и о низу посебних питања у вези са тим написано је много радова, поред осталог и 4 монографије у току последње две и по деценије ⁽⁶⁾, али се проблем још увек не сматра решеним.

Циљ овога рада је да прикаже докле се у истраживањима доспело и да укаже на неке аспекте који се обично занемарују у проучавању ових проблема а могли би да у многоме допринесу њиховом расветљавању. Прво ће бити приказани најважнији текстови који због своје противуречне садржине отежавају да се дође до неспорних решења и, у најкраћим цртама, значајније тезе и тумачења дата у романистичкој литератури новијег доба. Затим ће се указати на неке околности и више или мање познате чињенице, полазећи од којих би се, вероватно, могло доћи до поузданијих закључака шта је значао правни термин *contractus* у римском класичном праву.

II.

3. Глагол *contrahere* од кога је настала именица *contractus* налази се у изворима из последњих векова републике и из периода принципата у више значења. У текстовима који нису правни, он значи „смањити, скратити, згрчити“, затим „спојити, сјединити“, и, најзад, „произвести“, „производити“, „створити“ ⁽⁷⁾. У правним текстовима овај се глагол среће врло често, и то изразима у којима је његов предмет неки правни посао, уговор и деликт: *contrahere societatem, emptionem, aes alienum, rem, crimen, incestum, dolum, culpam, negotium, nuptias, sponsalia, poenam*, али се говорило и *contrahere ad finitatem* ⁽⁸⁾.

У најновијој литератури могу се наћи мишљења да је овај глагол ушао у правни речник из свакодневног уговора у његовом значењу „произвести“, „створити“, те се тако њиме исказивало да је створен неки правни однос, али постоје и другачија тумачења, а најраспрострањеније је мишљење да је *contrahere* значило „навући на себе обавезу“ ⁽⁹⁾. Не

⁽⁶⁾ Voci, Pasquale: *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946. Astuti, Guido: *Il contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Vol. I, Milano, 1952. Grosso, Giuseppe: *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1950. 3. издање Torino, 1963. Wunner, Swen Erik: *Contractus, sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln, Graz, Bülhau, 1964.

⁽⁷⁾ Wunner, нав. дело, стр. 4—26. Исто и Schulz, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford, 1969. (у даљем тексту: *Classical Law*), стр. 465. Речник *Thesaurus Linguae Latinae*, стр. 757.

⁽⁸⁾ Примера ради наводе се текстови у којима је глагол *contrahere* повезан са кривичним делима, деликтима и недозвољеним радњама које нису деликти. *Crimea*: D.12.5.22; D.22.4.3; D.29.5.3.4; D.39.4.14; D.39.5.15; *ibid.* fr. 31; D.48.2.22; D.48.4.5. pr. C.9.2.10; *stuprum*: D.34.9.16.1; *incestum*: D.48.5.39.3; D.48.5.40(39).8; *delicta*: D.1.3.1; *furtum*: C.7.26.1; C.7.27.2; *rur-bam*: D.47.8.4.6; *poenam*: C.Th.10.10.24; *culpam*: D.3.5.30.2; C.6.7.2. У Гајевим Институцијама највише места је речено *contrahere matrimonium, nuptias, ad finitatem, sponsalia i incestum*: 1, 59; 64; 75; 76; 80; 87; 193.

⁽⁹⁾ Да је глагол *contrahere* значао „створити“, „произвести“ неки правни однос сма-тра се у радовима наведеним у примедби 7 (Wunner и Schulz). Од Бонфантеа потиче тумачење да је значао „завезати чвор“, *stringere un vincolo*, при везивању дужника: Bonfante,

спорно је да је глагол као правни термин имао далеко шире значење него именица »*contractus*«, те зато ако именицу и можемо преводити, условно, као уговор, глагол је само у неким изразима употребљаван у значењу које одговара нашем „закључити уговор“.

Именица *contractus* појављује се у нешто доцнијим текстовима, ребе у неправним, од којих је најстарији Варонов, *De re rustica*, I, 68. у изразу *contractus arcinorum*, који значи смежурање, грчење винове лозе. Најстарији правни текст у коме се налази ова реч је од Сервија Сулпиција, приближно из истог периода, у изразу *contractus stipulationis* (10).

Према сачуваним изворима контракт је први покушао да дефинише Лабео у веома познатом и спорном тексту који репродукује Улпијан у својој 11 књизи коментара едикта:

»Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ,agantur', quaedam ,gerantur', quaedam ,contrahantur': et actum quidem generale verbum esse... ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultre citroque obligationem, quod Graeci sinalagma vocant, veluti eptionem venditionem, locationem, conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam« (11).

Као што се види, за Лабеоу стипулација и зајам нису контракти, већ су то само „узајамна обвезивања странака“, а као пример наводе се три консензуална контракта: купопродаја, *locatio-conductio* (закуп, најам и уговор о делу) и ортаклук.

Из прве половине другог века потичу два текста у којима је појам контракта одређен на различит начин.

Први потиче од класичног правника Педија, није сачуван ни непосредно ни као посебан фрагмент у Дигестима, већ га наводи Улпијан у свом познатом коментару преторовог едикта *De pactis*:

»...adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Peditius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulation quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est« (12).

Pietro, »Sui contractus e sui pacta«, у: *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921. Мишљење да је *contrahere* значило „навући на себе одговорност“ »*sich Zuziehen einer Haftung*« усвојено је у највећем делу немачке литературе, упор. Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, I. 2. издање, München 1971. стр. 523. где је дата и библиографија о овом питању:

(10) Текст репродукује A. Gellius у *Notae Atticae*, 4,4 — Seckel-Kübler, *Jurisprudentia Anteustiniana*, I, 33: »*Is contractus stipulationum sponsiumque dicebatur sponsalia*«. Гелије у истом делу (20,1,41) цитира и Секста Цецилија који је употребио глагол *contrahere* у изразу »*in negotiorum contractibus*«, што је полазна тачка за мишљење данас да је реч контракт настала из израза *negotium contractum*.

(11) D.50.16.19 (*Ulpianus x. II libro ad edictum*): Лабеоу у првој књизи коментара едикта градског претора одређује разлику који се означају једном као »*agantur*«, једном »*geruntur*« а једном »*contrahuntur*«. Реч »*actum*« је општи израз (за правне послове)... као што је на пример стипулација или исплата новца, док реч »*contractum*« значи двострану обавезу коју Грци називају синалагма, као што су уговори о купопродаји, закупу, ортаклуку. Реч »*gestum*« означава ствар (правни посао) који се обавља без речи.

(12) D.2.14.1.3 (*Ulpianus libro 4 ad edictum*): ... Стога је реч *conventio* општер значења, па зато, како то лепо каже Педије, нема ниједног уговора, ниједне обавезе која у себи не би садржавала и сагласност, било да се она изражава предајом ствари, било речима; чак је и стипулација која се закључује изговарањем одређених речи ништава ако у себи не садржи сагласност“.

Педије каже да је контракт ништав, да нема облигације ако не садржи у себи сагласност воља, па је, тако, на пример, ништава и стипулација ако не постоји сагласност воља. Према томе овој Педијевој изреци, сагласност воља била би битан елеменат контракта односно тим појмом били би обухваћени само они извори облигација који обухватају и тај елеменат. Ма да Педије овај, последњи закључак не исказује експлицитно, његов текст би се заиста могао прстумачити тако.

Други текст је из Гајевих Институција, 3,88:

»Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto«.

Гај изјављује да се све облигације према начину постанка деле на контракте и деликте, односно да се облигација рађа или из контракта или из недозвољене радње, из чега произилази да је контракт свака облигација створена дозвољеним радњама. Тиме је дат знатно шири појам контракта и он обухвата и такозване квазиконтракте из Јустинијанових Институција. Гај се у свом даљем излагању (Институције 3.91) двоуми дали је и исплата недоуваног контракта и закључује да не би требало да буде, јер онај ко исплаћује »*magis distrahere vult negotium quam contrahere*«, жели пре да раскине него да заснује правни посао. Међутим, у четвртој књизи Институција он се доследно држи ове дводеобе облигација, па међу контракте поименце наводи и тугелу, облигациони однос између пупиле који је постао пунолетан и тугора (¹³).

Ова два текста као основа и као полазна тачка за шире и уже тумачење појма контракт у класичном праву: романисти данас деле се на оне који сматрају да Педијев текст репродукује право схватања римских класичара, и на оне који том тексту придају знатно ужи домаћај а у Гајевим Институцијама виде изложено владајуће схватање класичних правника. Постоји већи број фрагмената у Дигестама који изричито — под условом, наравно, да се не сматрају битно измењеним путем посткласичних глосема и интерполација — потврђују и једно и друго схватање. Навешћемо најважније:

а) У прилог тезе да је и у класичном праву сагласност воља била битан елеменат контракта служе пре свега фрагменти из Другог значајног дела Гајевог, познатог под именом *Res cottidianae* или *Auerae*. У овим, са гледишта правне догматике изванредно лепо писаним текстовима извршена је корекција класификације извора облигација дате у Институцијама и они су подељени, као што је углавном добро познато, на контракте, деликте и »*variae causarum figuris*«, оне које настају из разних других основа (¹⁴); у даљем се расправља о контрактима, који су, за разлику од Институција, груписани у само три групе, *re, verbis et consensu*, (¹⁵) а затим о појединим облигацијама које »*neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur*«, тужбе се не рађају ни из контракта ни из деликта. (¹⁶)

(13) Gai, I. 4.2 и 4.182.

(14) D.44.7.1 pr.

(15) D.44.7.1.1 — 14 и D.44.7.2.

(16) D.44.7.5.

Није речено зашто те облигације нису контракти, али се може недвосмислено из текста закључити да је то зато што нису створене уз сагласност воља. Појам контракта сведен је овде на уговоре регулисане цивилним правом.

Поред тога, као доказ за тезу да је изрека Педија меродавна за оцену класичног поимања контракта наводе се бројни текстови у којима је реч о заблуди, као и они где се уопштено говори о значају који има сагласност воља за сваки уговор, а посебно познати Улпијанов фрагмент у коме он каже:

»... Contractus enim legem ex conventionione accipiunt« (17).

Ово Улпијаново саопштење да уговори добијају снагу („закон“) из сагласности воља служи истовремено и као један од доказа за исправност мишљења према коме је у класичном периоду сагласност воља била не само један од елемената контракта, већ и основ ваљаности уговора (18).

Текст о коме се такође много расправља у вези са проблемом шта је значио *contractus* за класичне правнике је такође Улпијанов и потиче из исте књиге у којој је Улпијан цитирао Педија, из 4. књиге коментара едикта. Овога пута он цитира раног класичара Ариста који је наводно био мишљења да и онда када нема именованог контракта, али постоји основ, настаје заштићен облигациони однос (19). Из овог текста се такође закључује да су према Аристу контракти само они извори облигација који садрже у себи и консензус, а истовремено овај текст служи неким ауторима и као доказ да је још у раној класици тај појам био нешто шири него што то произилази из Гајеве класификације уговора заштићених цивилним правом, обухватајући и неке изворе облигација (уговоре) који су у то време уживали само преторову заштиту.

(б) С друге стране, постоји одређен број одломака из дела класичних правника у којима они изричито називају контрактом поједине облигације које се стварају без сагласности воља, или се из текста јасно види да је полазна тачка излагања дводеоба облигација на контракте и деликте те да се према томе контракт схвата шире од уговора. Навешћемо овде само оне о којима се у литератури чешће расправља, док ће неки други текстови бити поменути доцније.

Слично као и Гај, тако и Улпијан није био себи доследан, с том разликом што се код Гаја уочава да је коригавао и Ауреама систематизацију облигација коју је дао у Институцијама, док се код Улпијана не може запазити нека еволуција у његовим схватањима контракта. Улпијан на једном месту у својој 29. књизи *ad Sabinum* понавља напред цитирану мисао да се у облигационим односима створеним контрактима као закон примењује оно о чему су се странке споразумеле, из чега произилази

(17) D.16.3.1.6 (*Ulpianus libro 30. ad edictum*): Ако се уговори да ће дужник из депозита одговорати и за *culpa*, важи оно што о чему је постигнута сагласност. Наиме сагласност воља даје контрактима снагу закона.

(18) »Die Grndlage für die rechtliche Bindung«, основ (стварања) облигације је сагласност воља, каже Wunnet, нав. дело стр. 95 и даље, са библиографијом о овом питању.

(19) D.2.14.7.1—2 (*Ulpianus libro 4. ad edictum*): Ако неки посао не представља одређен (именовани) контакт, а правни разлог постоји, ту настаје обавеза, лепо је одговорио Аристон Целзу. На пример, дао сам ти своју ствар да ти мени дадеш другу, или дао сам ти да ми (нешто) учиниш...

закључак да сваки контракт настаје уз сагласност воља, али у истом тексту он као примере контракта поименце набраја незвано вршење туђих послова, тутелу и случајну заједницу⁽²⁰⁾. И у неким другим текстовима Улпијан назива контрактом квазиконтракте Јустинијановог права, тутелу и случајну заједницу⁽²¹⁾.

Предмет расправа данас је један одломак из Улпијановог опуса у коме се он јасно држао дводеобе облигација на контракте и деликте:

»Tam ex contractibus quam ex delicto in filiam familias competit actio...«⁽²²⁾

Текст је значајан и по томе што је саставни део, Улпијанове 41. књиге коментара Сабинусовог система цивилног права, па дозвољава и предпоставку да ова дводеоба потиче од Сабинуса⁽²³⁾.

Најзад, у три текста о којима се такође доста пише данас, Улпијан није употребио именицу, већ глагол *contrahere*, али се ти текстови могу схватити тако, да су облигациони односи о којима је у њима реч били за Улпијана контракти: *negotiorum gestorum funeraria*, незвано вршење туђих послова сахрањивањем покојника⁽²⁴⁾, однос између легатара и наследника⁽²⁵⁾ и текст у коме је речено да се и пријемом наслеђа закључују контракти, при чему се мисли на легат⁽²⁶⁾.

Улпијанов савременик Паулус је на неким местима дао контракту врло широко значење. У својој 58. књизи коментара едикта он каже:

»Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur«. ⁽²⁷⁾

(20) D.50.17.23 (*Ulpianus libro 29. ad Sabinum*): Код неких контраката одговара се само за долус, а код неких и за долус и куплу. Само за долус код оставе и прекарија, а за долус и куплу код мандата, послуге ... *dotis datio*, туторства, незвано вршења туђих послова ... код ортаклука и случајне заједнице долази у обзир и *dolus* и *culpa* ... ако није нешто посебно уговорено било; ту се, наиме треба придржавати онога што је у почетку уговорено јер је уговор (за странке) закон ...

(21) D.13.5.1.6 и D.42.4.3.pr.

(22) D.5.1.57 (*Ulpianus libro 41. ad Sabinum*): Како из контраката тако и из деликата може се против *filius familiae* подићи тужба ...

(23) Voci, P., нав. дело. стр. 21 приписује ову Улпијанову мисао Сабинусу, али текст цитира не као пример у коме се полази од двојне поделе облигација, већ као пример у коме „и Сабинус употребљава реч контракт у значењу правног акта, а не правног односа“. — Према Ленеловој реконструкцији Сабинусовог дела *Libri tres iuris civilis*, писаног у I. веку н.е. облигационо право изложено је овим редом: купопродаја са манципацијом, социетас, *actio rei uxoriae*, деликтне облигације (*furtum*, *damnum iniuria datum*, *iniuria*), обогаћење без основа, едикт едила, либерални контракт, вербални контракти. Из овог редоследа није се могло закључити да се држао система који полази од дводеобе. Међутим, његово је дело, овако реконструисано, уопште веома непотпуно, јер недостају *locatio-conductio* и *tutum*, те се претпоставља да је оно само збирка предавања великог правника објављена тек после његове смрти. Упор. Schulz, Fritz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (у даљем: *Geschichte*), Weimar, 1961. стр. 186.

(24) D.11.7.1 (*Ulpianus libro 10. ad edictum*): Ко нешто утроши за сахрану, сматра се да је са купопродајом контрахирао (*contrahere creditur*), а не са наследником.

(25) D.50.17.19.pr.

(26) D.42.4.3.3. Упореди и D.42.4.3.pr. који је очигледно ипр.

(27) D.5.1.20 (*Paulus, libro 58. ad edictum*): Треба ценити да се свака облигација сматра контрактом, тако да где год се неко обвезује он и контрахира иако не дугује одређену суму новца.

Овај непрецизни текст многи аутори сматрају толико измењеним, да се не би могло видети шта је Паулус хтео да каже, или да тако нешто уопште није могао он написати. Други полазе од тога да је текст унет у Дигеста под његовим именом, те без обзира на евентуална скривања или преправке ипак мора садржавати Паулусову мисао, па се онда она тумачи различито. Према неким историчарима речима *»ubique obligetur et contrahi videtur«* одређује се појам контракта, а с обзиром да је глагол *contrahere* имао врло широко значење, и контракт је овде схваћен широко и обухватао је све облигације настале дозвољеним радњама. Овоме супротна крајност у тумачењу Паулусовог текста је мишљење да у ранијем периоду уговори заштићени тужбама које су стајале у рубрици преторовог едикта *de rebus creditis* (зајам, *pecunia constituta*, залога, послуга) нису сматрани контрактима, да је то питање затим било спорно, па га сада Паулус решава опредељујући се за гледиште да су и то контракти.

Ако се за овај Паулусов текст може заиста рећи да није довољно јасан, неки други одломци из његових дела, у којима је контракт схваћен шире, то нису. Као аргумент за тезу да за појам контракта у класичном праву није била битна сагласност воља наводе се места где он контрактом назива тителу⁽²⁸⁾, незвано вршење туђих послова⁽²⁹⁾ и negotiorum gestio pro herede⁽³⁰⁾.

Учитељ Паулуса и Улпијана, правник великог ауторитета и за свога живота и још више после своје смрти, Папинијан, пружио је са два своја текста материјал за расправе које се воде данас о контракту у класичном римском праву. У оба текста он контрактом назива облигацију тестаментарног наследника да изврши легат⁽³¹⁾.

Веома споран је и један одломак из литерарне заоставштине нешто старијег класичара Помпонија:

»Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet, eiusdem condicionis sunt statuliberi cuius ceteri et ideo in publicis quoque iudiciis easdem poenas patiuntur, quas ceteri servi.«⁽³²⁾

Збуњујући је израз *»ex negotio gesto contractu«*. Најчешће се сматра да је испред речи *contractu* стајала свеза *vel* (или), која је испуштена

(28) D.44.7.49.

(29) D.3.5.15 (16) (*Paulus libro 7. ad Plautium*): Sed et cum negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus... — Да је реч заиста о незваном вршењу туђих послова а не о мандату видан се по титулусу у Дигестама у који је фрагмент сврстан.

(30) D.42.4.4. — овде је употребљен глагол *contrahere*, али се, као и у наведеним текстовима Улпијана, сматра да се ради о *negotium contractum*, закључењу контракта.

(31) D.33.10.9.2 — залога се даје *propter contractus fidem*, а контракт су легати кућном саветнику, *supellectili*. D.45.2.9.pr. — Два солидарна дужника постају „не само речима стипулације, већ и другим контрактима као што су купопродаја, закуп, депозит, послуга, тестамент, на пример ако је тестатор именујући више наследника рекао: „Тиције и Мевције нека дају Семпронију десет. ...“

(32) D.40.7.29.pr. (*Pomponius libro 18. ad Quintum Mucium*): Робови којима је завештана слобода (*statuliberi*) не разликују се од осталих наших робова. И зато у погледу тужби које долазе из деланта или из вођења послова контракта су у истом положају као и остали. И зато и у кривичним споровима њима се изричу исте казне као и осталим робовима.

приликом преписивања, па се израз преводи са „из незваног вршења туђих послова или из контракта”. Тиме текст постаје доказ за тезу да облигације настале без сагласности воља нису биле контракти. Оваквој реконструкцији текста може се, поред осталог, приговорити и то да Помпоније, који је имао склоности ка логичком и догматском мишљењу, није могао учинити грешку која се уочава у овако реконструисаном излагању: он очигледно има у виду све *actiones in personam*, дакле све облигације, али их разлаже на збирне појмове контракт и деликт, а од оних које нису ни једно ни друго набраја само незвано вршење туђих послова. Неки аутори мисле да се у спорном изразу реч контракт односила управо на незвано вршење туђих послова и наводе текст у прилог супротне тезе, али се оваквом тумачењу могу ставити још озбиљнији приговори које због недостатка простора овде изостављамо да бисмо, изузетно у овом раду, предложили једно ново тумачење.

Нажалост не зна се тачно шта је претходило овом одломку из Помпонијеве 18. књиге коментара дела републиканског правника Квинта Муције Скеволе, али се чини очигледним да се расправљало о положају робова којима је обећана слобода, и то у вези са питањем о казнама које се изричу за кривична дела. Квинт Муције је вероватно рекао да је њихов положај исти као и положај других робова, што Помпоније потврђује или понавља у првој и последњој реченици цитираног текста, док средња реченица садржи Помпонијево образложење. Оно се своди на то, да им се у кривичним споровима изричу исте казне зато што им је и у грађанским споровима исти положај. А у грађанским споровима се ради или о ноксалним тужбама против господара роба — то је исказано у тексту речима *actiones... ex delicto venientes* — или о *actiones adiectitiae qualitatis*. Ове се пак могу подићи против господара роба само ако је роб обављао неке послове за господара или ако је неко други обавио господарев посао, на пример лечећи болесног или хранећи изгладнелог роба, што Паулус прецизира спорним изразом *negotio gesto contractu*. Смисао текста је, и поред граматичких и стилских недостатака, чини нам се, јасан. У суштини ради се о деликтним и контрактним облигацијама, у складу са дводеобом, с тим што је прецизирано, с обзиром да су у питању робови, да се *actiones ex contractu* могу подићи само ако су послови вођени за господара, *negotio gesto*.

Најзад, из овог прегледа текстова не могу се изоставити ни два Јулијанова фрагмента. У њима се овај велики класичар не служи именицом *contractus*, већ глаголом *contrahere*, али се и ту текстови често цитирају у књижевности о класичном појму контракта. У једном Јулијан каже да је малолетник у обавези и када прими исплату недугованог, ⁽³³⁾ а у другом да подизање зграде на туђем земљишту није исто што и исплата недугованог, јер у случају подизања зграде се не закључује никакав правни посао, а у овом другом случају се закључује. ⁽³⁴⁾ Текстови се

(33) D.26.8.13 — Wolf, Hans Julius. у IURA, 1951. стр. 258 мисли да је овај текст доказ да је за Јулијана *indebiti solutum* контракт и да против његовог гледишта полемише Гај у Inst. 3, 91. Слично и Celsus у D.12.1.32. Упореди Kaser, Max, RPR I, издање 1954, стр. 436. који текстове интерпретира на исти начин као и Wolf.

(34) D.12.6.33.

тумаче у једном делу романистичке литературе као доказ да је за Јулијана и исплата недугуованог била контракт.

У трећу групу могу се сврстати текстови који могу истовремено да потврде и закључке на које упућују текстови прве групе, тако и оне који произилазе из текстова наведених у другој групи. Они су далеко бројнији и у њима се термин контакт употребљава да би се означио један или више уговора, обично да би се избегло понављање у именовању уговора о коме је реч. При томе се најчешће ради о уговорима заштићеним цивилним правом, а нешто ређе о неком безименом контракту, миразу или поклону. ⁽³⁵⁾ Осим тога, у неким текстовима *contractus* је збирни појам, или општи појам, али се не види јасно шта он обухвата.

Први рад у коме је указано на чињеницу да су римски правници схватали контракт другојачије него пандектисти написан је крајем прошлог века. У њему је познати романиста Алфред Пернис настојао да докаже да је *contractus* значио правни посао, *negotium*, усмерен на стварање облигационог односа, чији је битан елеменат била сагласност воља. *conventio*, али није и свака сагласност воља била контракт, већ само она којом се ствара уговор заштићен посебном, унапред предвиђеном и именованом тужбом. ⁽³⁶⁾

Развој идеја у другом правцу почео је радовима италијанских историчара Бонфантеа и Пероџија. Бонфанте је лингвистичким истраживањима дошао до закључка да реч *contractus* указује не на сагласност воља, већ на правну везу, ⁽³⁷⁾ да би на основу даљих изучавања овог проблема коначно формулисао своје гледиште: у класичном праву контракт се, према изворима којима располажемо, употребљавао као појам за који нормално, најчешће, сагласност воља странака не представља битан елеменат. ⁽³⁸⁾ Становиште Пероџија било је много радикалније: сагласност воља је тек у Јустинијановом праву постала битан елеменат контракта, док је он у класичном праву значио правни посао, *negotium contractum*, заштићен цивилним или преторским правом ⁽³⁹⁾.

Против схватања да су контракти били и они уговори које је штирио претор устали су Митајс и Аранђо-Руиз ⁽⁴⁰⁾ и тиме поделили рома-

⁽³⁵⁾ Безимени контракт: Лабео, D.18.1.80.3; Јулијан D. 19.5.3; Папинијан D.19.5.8; D.19.5.9; Улпијан D.19.5.19; рг. и други. *Donatio*: Јулијан D.12.1.20. Мираз: Улпијан D.5.1.65; D.13.6.5.2; Модестин D.42.1.20.

⁽³⁶⁾ Pernice, Alfred: *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, ZSt. 1888. стр. 195. и даље.
⁽³⁷⁾ Bonfante, P. нав. дело.

⁽³⁸⁾ Исти: »I contratto e la causa del contratto, *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1921. Затим *Diritto romano*, Firenze, 1900. стр. 370. и даље.

⁽³⁹⁾ Perozzi, Silvio: *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903. стр. 31. и даље; *Instituzioni di diritto romano*, т. 2, изд. Firenze 1949, стр. 34 и даље. Исти став има и у раду *Il contratto consensuale classico*, Studi Schupfer, Torino, 1898. 1. стр. 165 и даље.

⁽⁴⁰⁾ Mitteis, Heinrich: *Römisches Privatrecht I*, изд. 1929. стр. 58 и даље. Arangio-Ruiz, Vincenzo: *Le genti e la città*, у: *Annuario R. Università di Messina*, 1914. стр. 45. и даље. У свом уџбенику издатом 40 година доцније, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1954. стр. 291 овај велики романиста, при крају својих обимних и успешних истраживања, заузима опрезан став по питању шта је био контракт у класичном праву. Он каже да је омиљена класификација облигација за класичне правнике била дводеоба на контракте и деликте, те су се трудили да њоме обухвате и облигације које не настају уз сагласност воља, што им је причињавало тешкоће јер су увек полазили од идеје да је контракт „акт или билатерална декларација воља“.

нисте не само по питању да ли је сагласност воља била битан елеменат контракта у класичном периоду или не, већ и по питању да ли су тим појмом биле обухваћене само цивилне облигације, или и оне заштићене преторским правом. Албетрарио сматра да су контракти само они извори облигација које је штитило *ius civile*, без обзира да ли облигација настаје уз сагласност воља или и без ње. ⁽⁴¹⁾ За гледиште да је *contractus* појам који се везује само за цивилно право определили су се Бети и Де Франчиши, при чему износе као прву тезу да је међу класичним правницима било разлика у схватањима шта тај појам обухвата; за разлику од Сабинијанаца, према којима је контракт била свака облигација која не настаје деликтном радњом, Прокулеанци су, полазећи од Лабеоновог билатералног поимања контракта дошли до субјективне билатералности, односно до ограничења појма контракта на облигације настале уз сагласност воља. ⁽⁴²⁾

Са новим, овом развоју идеја супротним схватањима иступио је непосредно пред II светски рат италијански маестро Рикобоно. Он се вратио на тезу Перниси, проширујући је и приписујући улози воље странака знатно већи значај. Сматрајући да је „претерана критика текстова бацила вео на светле визије класичних правника“ доказивао је да је за њих *conventio* била битан елеменат контракта. Класична доктрина о контракту била је резултат развоја правне мисли која је још у време републике истакла улогу воље у приватном праву, воља је била битан елеменат и других правних послова, а у области облигационог права класични су правници изградили јасно одређен појам контракта као сагласности воља двеју страна усмерене на стварање облигационог односа ⁽⁴³⁾.

Рикобоно није стекао велики број следбеника. Један од њих је свакако Вочи, који је у својој монографији пошао од преиспитивања извора, од лингвистичке и логичке анализе текстова при чему је, као што сам у уводу каже, желео да покаже „да су аргументи Бонфантеа и Пероџија неодрживи“ ⁽⁴⁴⁾. Посебна поглавља посвећена су појединим врстама контраката, Гајевој класификацији и доцнијим класификацијама облигација. Он је дошао до закључка да је контракт у класичном праву био уговор усмерен на стварање облигационог односа, било да је заштићен цивилним, било преторским правом. Текстови из којих произилази да

(41) Albretrario, Emilio, *Il diritto romano*, изд. 1940. стр. 190 и даље, где дефинише класични контракт као „negotio giuridico produttivo di obbligazione“, правни посао који ствара облигацију. Текстоу у којима су контрактом назване облигације које се стварају без сагласности воља сматра аутентичним. Своје тезе о контракту разрађује у чланцима. *La crisi del metodo interpolazionistico*, Studi Bonfante I, Milano, 1930. стр. 611—672. затим у прилозима објављеним у Studi di diritto romano, III, 1936. стр. 71 и даље; стр. 95. и даље; стр. 461 и даље.

(42) Betti, Emilio; Sul valore dommatico della categoria contrahere in giuristi proculeiani e sabiniani, Bull. dell Ist. di diritto romano, 1915. стр. 3. и даље; *Instituzioni di diritto romano*, II (ново изд. 1962, Padova), стр. 66. и даље. De Francisci, Pietro, *Synallagma*, Pavia 1913—16. т. II, стр. 317.

(43) Riccobono, Salvatore: La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica, Studi Bonfante, 1930. стр. 123—175. Затим: Origine e sviluppo del domma della volonta nel diritto, Atti di Congresso di diritto Romano- vol. I. Pavia 1934. стр. 177—192. и у многим другим радовима. Другојачије гледиште заступа Bartolucci, Giovanni: Note sul contratto romano, у истом зборнику, стр. 243. и даље.

(44) Voci, P., нав. дело стр. 7.

сагласност воља није нужна за појам контракта интерполирани су. Класични систем контраката обележен је принципом типичности уговора, а заједнички елеменат који их повезује у четири групе, изложене у Гајевим Институцијама, је управо сагласност воља, која је од емпиричког постала правно релевантан елеменат. Категорија квазиконтраката је дело посткласичара, али је основ те категоризације дат у класичном периоду. Класични правници, пред неопходношћу да одреде правни режим института који нису контракти служили су се аналогijом, упоређујући *negotium gestio* и *mandatum*, случајну заједницу и *societas*, итд. Језгро четворне поделе облигацијама која постоји у Јустинијановим Институцијама створено је дакле у класичној правној науци која никада није сматрала квази-контракте контрактима.

Неколико година доцније/Дулкеит ⁽⁴⁵⁾ се враћа на ранија схватања контракта. Иако је у римском праву, по њему још од Закона XII таблица, аутономија воље странака била принцип приватног права, појам *contractus* био је у класичном периоду, у много већој мери него *negotium*, правно недовољно одређен појам, сагласност воља била је потиснута захтевима форме и типичности уговора, контракти су били и оне облигације које настају из дозвољених радњи без сагласности воља. ⁽⁴⁶⁾

Приближно у исто време објављене су Италији још две монографије са истом темом, чији су аутори познати италијански историчари права Аустути ⁽⁴⁷⁾ и Гросо ⁽⁴⁸⁾. Задржаћемо се на овој последњој која је доживела, са незнатним побољшањима и корекцијама, три издања. Гросо је истакао еволуцију у схватањима класичних правника о појму контракта, и у томе је основна вредност овога рада. Полазна тачка у римском поимању контракта био је *negotium contractum*, правни посао који се ствара деловањем двеју страна. Зато је за контракт битна двостраност и тиме се може објаснити што у најстаријој постојећој дефиницији Лабео своди контракт на однос ултро-штитроке, на узајамност обавеза странака. Педије даље разрађује Лабеонову мисао, он скреће пажњу на субјективни елеменат који лежи у појму *negotium contractum*, тако да од Педије даље није више значајан реципроцитет обавеза, већ сагласност воља. За даљи развој схватања одлучујућа је и полемика Гаја (Инст. 3,91) у којој се овај опредељује за становиште да исплата недоуваног није контракт и тиме коначно сужава појам контракта на уговоре. Гајева дводеоба на

(45) Dulceit, Gerhard: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im Klassischen römischen Recht, Festschrift Schulz, I. 1951. стр. 148—190.

(46) На линији схватања да сагласност воља није била битна за појам контракта у класичном праву налази се и Biondi, Biondo: Contratto e stipulatio, Milano, 1953. Затим: Betti, Emilio: La struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi, Milano, 1955. стр. 42. и 186. и даље.

(47) Приказ монографије (в. примедбу 6) дао је Coing, Helmut у ZSt. 1955. стр. 454. Циљ рада је да прикаже развој система облигационих уговора од римског до савременог италијанског права, па је у првом тому посвећен одељак и уговорима у римском класичном праву. Contractus није *conventio*, већ *negotium contractum*, „типизирани акт из кога се рађа облигациони однос”, у комплексу својих објективних и субјективних елемената, као и, при родним проширењем, однос који из тог акта настаје (стр. 50).

(48) Упор. примедбу 6. Приказ монографије Гросо дао је у Wolff, Hans Julius, IURA 2 (1951) стр. 257 и даље.

контракте и деликте, која томе противуречи, објашњава се у овој монографији као резултат нужности да се правном систематизацијом обухвате сви извори облигација, па и деликтне облигације које раније нису сматране облигацијама. Гај је то учинио на тај начин, што је збирним појмом контракт обухватио све облигације које нису деликти и које су раније биле класификоване према конкретним основама њиховог стварања, чему је придодат збирни појам деликт. Субјективистичко схватање појма контракт које је преовладало није успело да потисне ту дводеобу облигација и она се може наћи и у текстовима позних класичара. С друге стране, гледајући увек на конкретне „фигуре“ из којих се рађају облигације, класични правници нису изједначили појмове contractus и conventio, а појам уговора који се заснива сагласношћу воља изградиле су тек средње-вековна правна наука и модерна догматика.

Тезе које је формулисао Гросо оцeњене су, у својој целини, као значајан допринос савременој романисти. Међутим, један број појединачних закључака није прихваћен ⁽⁴⁹⁾, а у неким радовима објављеним за послед њих десет година заступају се и другојачија схватања и тумачења римског појма контракта у класичном периоду. Од свих ранијих приступа овом проблему разликује се рад Алвара Дорса који је изнео сасвим нову хипотезу. ⁽⁵⁰⁾ Оспоравајући аутентичност Веронешког рукописа Гајевих Институција и сматрајући да оне, према томе, нису веродостојан извор за проучавање схватања у класичној правној науци, он је покушао да докаже да су појмом contractus били обухваћени само двострани облигациони уговори bonae fidei из 19. главе преторовог едикта. Том појму је у класичном периоду био супротстављен појам creditum, који је обухватао облигационе односе регулисане у 17. глави едикта. Према томе, за класичне правнике није био контракт зајам, ни остале облигације заштићене кондикцијом, нити залога и послуга.

У последњој у низу монографија о римском контракту у класичном периоду Вунер ⁽⁵¹⁾ је поставио задатак да проучи овај појам са два аспекта: његово етимолошко значење и са гледишта воље и улоге сагласности воља. У првом делу је подробно испитивано значење речи contrahere и contractus у неправним и правним текстовима, а у другом делу разматрани су текстови у којима је реч о тужбама actiones adiectitiae qualitatis и о заблуди, да би се на основу њих оценила улога воље странака. Аутор је закључио да је у Гајевим Институција контракт правно недефинисан појам, да се ту генеричким појмом контракт супротстављају облигације настале из дозвољених радњи деликтима, који дуго нису сматрани облигацијама, али је и после увођења ове дводеобе термин contractus употребљаван искључиво за најтипичније уговоре свакодневног живота: емере,

(49) Тако Wolf у цит. приказу сматра да је прецењено значење текстова који указују на постојање доцнијег догматског појма „контракт“, као што су Педијев и Аристов текст у репродукцији Улпијана, затим се не слаже са тумачењем Гајеве систематизације изложене у Институцијама итд. Другојачије схватање Педијевог текста изложио је и Lübtow, Ulrich von: Beiträge zur Lehre von der conditio, Berlin, 1952. стр. 258. и даље, који тумачи цео текст као указивање на двостраност правног посла (»einverständliches Zusammenwirken«). а не на захтев да буде постигнута и сагласност воља.

(50) D'Ors, Alvaro: Creditum und Contractus, ZSST. 1957. стр. 72—99.

(51) Упор. примедбу 6.

conducere, locare, mutum dare. На основу испитивања извршених у другом делу рада аутор је закључио да је већ у класичном праву била изграђена теорија воље и да је сагаасност воља била не само битан елеменат контракта, већ и основ њиховог важења („Geltungsgrund“).

Противуречности у закључцима и необична замисао да се из структуре одговорности патерфамилиаса за дугове потчињених лица изводе закључци о значају сагласности воља за ваљаност контракта изазвале су оштре критике на овај рад, у оквиру којих су се даље развијале полемике о појединим питањима и о појединим текстовима ⁽⁵²⁾.

Значајно је да се управо у новијим радовима посвећеним класичном поимању заблуде доводи у питање значај сагласности воља за ваљаност контракта. У неким радовима изнео је мишљење да је питање заблуде цењено објективно, да су уговори били ништави не зато што постоји несклад између праве и изјављене воље, већ зато што нису утврђени битни елементи уговора ⁽⁵³⁾. Тиме се оповргава схватање да је ваљаност уговора заснована на вољи странака и доводи у питање сагласност воља као битан елеменат сваког контракта.

У новијим уџбеницима појам контракта дефинише се обично врло опрезно и указује се на еволуцију схватања у класичном периоду ⁽⁵⁴⁾.

III

5. Не улазећи у подробнија критичка разматрања ставова у радовима који су овде сажето приказани учинићемо неколико општих напомена у односу на досадашња истраживања ове проблематике.

Најшире посматрано, тешкоће да се дође до опште прихватљивих одговора на питања која се постављају у вези са класичним поимањем контракта су, чини се, како субјективне, тако и објективне природе.

Субјективне тешкоће састоје се у томе, што се истраживањима приступа често са извесним унапред формираним претходним ставовима и гедиштима, при чему се у мањој мери ради о унапред усвојеним мишљењима о самом проблему који се испитује ⁽⁵⁵⁾, а више о постојећим погледима на право, на римско право и посебно на класично право, који

⁽⁵²⁾ Најблажа критика упућена је аутору у приказу који је дао Kaden, Erich Hans, ZSST. 1966. стр. 472—476. Нешто подробнију анализу рада и оштрију критику како ауторовог методолошког приступа тако и појединих закључака дао је Cornioley, Pierre, Labeo, 1967. стр. 399—410. Искрпни приказ књиге и потпуно неслагање са аутором изложио је Wolff, J.G., IURA, 1966. стр. 274—297.

⁽⁵³⁾ Flume, Werner: Irrtum und Rechtsgeschäft i. römischen Recht, Festschrift Schulz, 1951. стр. 209—253. Wolf, J.G.: Error im römischen Vertragsrecht, München, 1961. Mayer-Maly, Th.: Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre, Mélanges Meylan, 1963. стр. 241. Wieacker, Franz, у истом зборнику стр. 387 и даље, од кога потиче тзв. „идентификациона теорија код заблуде“.

⁽⁵⁴⁾ Упор. цит. Istituzioni di diritto romano Arangio-Ruiza. Стојчевих, Драгомир; Римско приватно право, изд. 1973, стр. 237. Kunkel, Wolfgang — Jörs Paul: Römisches Privatrecht, 1949. стр. 187. Schulz, Fritz, Classical Law, стр. 466. Kaser, Max: Das römische Privatrecht, I. 1971. стр. 522—525. Buckland, N.W.: A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge, 1966. стр. 412.

⁽⁵⁵⁾ Мада постоје и такви приступи, на пример, Voci, нав. дело, стр. 7—15.

оптерећују аутора, отежавају објективну оцену извора и чине тежак методолошки недостатак.

Један од таквих ставова је прецењивање класичних правника и потцењивање свега што спада у посткласично право. Када се почетком овога века приступило интензивним истраживањима интерполација у сачуваним изворима римскога права да би се тим путем раздвојило класично право од посткласичног и боље осветлио развој појединих институција, створено је широко распрострањено мишљење да је класично право представљало врхунац домета у развоју римског права, да су велики правници тога доба беспрекорно решавали постављене проблеме и да је њихова казуистика чинила у ствари један логички савршен и добро усклађен систем. Посткласични период је, напротив, време „византинаца“ у коме је та лепа целина поремећена, а та беспрекорна решења су измењена и прилагођена учењима грчких правних школа. Од овог општег становишта, које је тачно само ако се схвати релативно и као признање високом домету класичне правне науке, ишло се у многа претеривања која су изражена посебно у претераној критици текстова: све што није написано логички, догматски и језички беспрекорно, то су прерадили или у целини написали „византинци“. У романистички између два рата многи радови сводили су се на егзегезу текстова и истраживање интерполација. Без тако добијених „доказа“ није се могао ни замислити научни рад у овој области.

Као пример методолошких застрањивања те врсте у истраживањима појма контракта могли би се навести Рикобоно и Вочи. Рикобоно, који је и сам устао против претеране интерполационистичке критике, појам контракта у класичном праву испитује полазећи од „светле визије класичара“⁽⁵⁶⁾ и оцењује да су интерполирани текстови према којима сагласност воља није била нужан елеменат контракта. Вочи наводи у корист својих схватања чисто формално-догматске разлоге, на пример да би доказао да су у Гајевим Институцијама појмом контракт обухваћени само уговори⁽⁵⁷⁾; на многим местима он за текстове каже да су интерполирани јер нису написани лепо, „елегантно“, јер у њима има граматичких грешака, а читање странице свог рада посвећује простом цитирању текстова које без образложења проглашава некласичним⁽⁵⁸⁾.

Међутим, ако већ хоћемо да се служимо логиком, онда би требало поставити питање: зашто би посткласични преписивачи, а поготову Јустинијанови компилатори, којима је било јасно шта је контракт а шта квази контракт, мењали текстове класичних правника тако да се појмом контракт обухвате и квазиконтракти. Логичан би био супротан поступак, да

(56) Рикобоно је одлучно иступао, у многим својим радовима, против претеране критике текстова, нарочито против „Лова на интерполације“, али је имао идеализирану представу о домету класичне правне науке. У наведеним публикацијама о теорији уговора коју су наводно изградили класични, он не узима у обзир текстове који пружају податке о ширем схватању контракта, а прецењује оне у којима је реч о сагласности воља.

(57) Разлози су „логичке и егзегетске природе“, како сам каже: у Гајевим Институцијама је све оно што није деликт, то значи дата је негативна дефиниција контракта, а од негативног појма не може се извести даља подела на четири врсте, итд. (стр. 4—7).

(58) Нав. дело, стр. 27 („Типичне интерполације“, следе цитати текстова), стр. 34 („опште је познато да текстови који се даље наводе потичу од компилатора“), стр. 36 — поднаслов гласи: „остали текстови који нису класични“.

мењају или изостављају она места у класичним текстовима где се контрактом назива онај извор облигација који је у доцнијем праву био сврставан међу квазиконтракте.

Као пример става да све што пишу класични правници мора бити логички усклађено може послужити и један краћи рад посвећен дводеоби облигација у Гајевим Институцијама. Аутор сматра да Гајева подела облигација на две *species*, као што је Гај рекао, контракте и деликте, а затим даља подела *species* контракта на четири *genera* (четири врсте уговора) представља грубу повреду формалне логике која се не може приписати Гају, па на основу тога закључује да Веронешки рукопис није аутентично издање Гајевих Институција, већ неки доцнији препис у коме је накнадно дописано да облигације настају и из деликата. ⁽⁵³⁾.

Од оваквих погледа који идеализују достигнућа класичних правника и посебно од претераног трагања за интерполацијама одустаје се у последње време. Аутору последње монографије о контракту се чак и пребацује да није обратио довољно пажње на критичку анализу текстова и на интерполације ⁽⁶⁰⁾. Међутим, постоји још једна субјективна тешкоћа која за многе романисте представља озбиљну препреку у њиховим настојањима да реконструишу развој римског права. То су оптерећења модерном теоријом грађанског права, појмовима, начелима и систематизацијом, која савремене романисте и поред свих њихових тежњи да буду историчари терају на догматски приступ. У проучавању неког института често се и питање већ поставља са становишта правника који има бар пандектистичко образовање, па се на тако постављено питање тражи одговор у римским изворима. На пример, испитујући учења римских правника о заблуди, Вунер претходно поставља питање да ли су класични правници сматрали да уговор није закључен само онда, када је постојао скривени дисензус или и онда, када је споразум био јасан, али једна од уговорних страна „то није хтела“, дакле када постоји „једнострана заблуда“, па у одговору затим репродукује учење немачке историјске школе. ⁽⁶¹⁾ И у монографији италијанског маистра Гроса, у којој се иначе уочава напор да се развој римских схватања о контракту истражује без догматских оптерећења, што и сам аутор истиче, ипак се могу уочити места на којима су приступ или решење били догматски ⁽⁶²⁾.

Објективну тешкоћу у решењу проблема контракта у класичном праву чини ограничен број извора. У Јустинијановим Дигестама сачувано је само нешто више од 200 текстова у којима је употребљен термин *contractus*, у кодексу је тај број мањи, а у текстовима правника сачуваним изван Дигаства он се може наћи само на 30 места. На основу тог ограниченог изворног материјала испитује се овај правни појам вековима и деценијама. Ти текстови били су полазна тачка у изградњи савременог појма уговор и они су једина основа у испитивањима данас шта је контракт

⁽⁵⁹⁾ De la Chevalière, A.: *Observations sur la classification des obligations chez Gaius*. RIDA, I. 1952. стр. 381—384.

⁽⁶⁰⁾ Wolf, J.G., цит. приказ у IURA, 1966. на више места.

⁽⁶¹⁾ Упор. Wolf, J.G., цит. приказ, стр. 289.

⁽⁶²⁾ Упор. Wolf, H.J., цит. приказ у IURA, 1961. стр. 262—263.

значио за класичне правнике. Али и од тог ограниченог броја текстова само је мањи број по својој садржини такав да се из њих може нешто више закључити о класичним схватањима контракта. Отуда се појединим значајнијим текстовима, нарочито неколицини од оних који су наведени у почетку овога рада, посвећују и многи посебни радови, они су предмет сасвим супротних тумачења ⁽⁶³⁾ и користе се као потврда за сасвим различите тезе. Мање значајни текстови, у којима је реч *contractus* употребљена у недовољно одређеном значењу, утолико се лакше тумаче на разне начине и наводе у прилог мишљења међусобно супротних. Као пример може послужити један Улпијанов текст из његове 11. књиге коментара едикта:

„Nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat sub veniatur, an etiam deliquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu... nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit non ei subvenietur.” ⁽⁶⁴⁾

Овај текст се наводи као доказ да се Улпијан доследно држао деобе облигација на контракте и деликте, да је у складу са том деобом оба пута употребљена реч контракт, што би показивало да је и у позној класици овај појам обухватао и оне изворе облигација који нису били уговори ⁽⁶⁵⁾. Тај исти текст се узима и као доказ, да је Улпијан, иако супроставља међусобно појмове деликт и контракт, под контрактом ипак подразумевао само уговоре, што се види и из набрајања појединих уговора, оставе и послуге ⁽⁶⁶⁾. Најзад, сматра се да у оригиналном Улпијановом тексту није ни писала реч контракт, да се није радило уопште о контрактима већ о контрактној одговорности, а „рогобатни” текст који је унет у Дигеста последица је глосема и интерполација. ⁽⁶⁷⁾

6. Исти фонд извора, исти текстови, тумаче се на различите начине и служе као подлога за различите гезе. Чини нам се, ипак, да би извесне резултате могао да пружи покушај да се сви ти текстови којима располажемо сагледају и анализирају као целина.

При томе се, пре свега, може уочити чињеница да у римским законским прописима, ако се изузму царски рескрипти, термин *contractus* није употребљаван. Нема га у законима, иако се он већ појављује у дру-

⁽⁶³⁾ Као пример различитих тумачења истог текста могу се навести спорна мишљења о цитираној Лабеновој дефиницији коју репродукује Улпијан у тексту D.50.16.19. Спорно је пре свега да ли је у питању глаголаски облик *contractum*: (sic: Pernice, Perozzi, Bonfante, Schulz, J.G. Wolf) или именица *contractus* (Wunnen, Grosso, Kaser). Затим у којој је мери текст интерполисан (Voci). Даље, да ли је у питању термилошко објашњење без претензија да се одреди правни појам (Beseler, ZSSA. 1932. стр. 293; Wunnen, нав. дело стр. 36) сматра да је у питању „псеудоетимологија” покушај да се дефинише контракт. Да ли се ради о усамљеном покушају да се пружи дефиниција, која доцније није била прихваћена (Betti, De Francisci, Schulz, Kaser) или је она служила као основ у даљој разради правног појма контракт (Grosso), итд.

⁽⁶⁴⁾ D.4.4.9.2: Сада треба видети да ли се превареним непунлетним особама помаже само у контрактима, или и онда када они учине деликт: на пример малолетник учини неку преварну радњу на ствари коју је добио на чување или на послугу или у неком другом контракту... наиме и ако учини крађу или причини другоме штету њему се не помаже.

⁽⁶⁵⁾ Perozzi, S.: Le obbligazioni romane, стр. 36. Albettrario, E.: Studi di diritto romano, III. стр. 78.

⁽⁶⁶⁾ Grosso, G., нав. дело, стр. 84.

⁽⁶⁷⁾ Voci, P., нав. дело, стр. 31.

гим текстовима у време када су закони још издавани, а нема га ни у преторском едикту. Према Ленеловој реконструкцији преторовог едикта у тексту кодификованог едикта употребљен је неколико пута глагол *contrahere* ⁽⁶⁸⁾, али не и именица *contractus*. Што се тиче сенатских одлука, само за једну од њих постоје индиције да се у њеном тексту налазила та реч. У Паулусовим Сентенцијама, у поглављу *ad legem Corneliam testamentariam*, 5,25,6, помиње се један сенатски конзултум из доба Нерона којим је било регулисано питање форме таблица које садрже *testatio*, сведочанство о закљученом правном послу ⁽⁶⁹⁾. Paulus, цитирајући вероватно сенатску одлуку, каже: *« eas tabulus quae publici vel privati contractus continet... — оне таблице које садрже записан јавни и приватни уговор... Уколико је то аутентичан текст Паулуса и репродукција сенатске одлуке, онда је то једино сведочанство да је у овој врсти законских прописа употребљен термин контракт, и то, као што се види, у значењу које није довољно одређено, али је свакако шире од значења кога има контракт у Гајевим Ауреама.*

У царским конституцијама овај се термин налази чешће, али како је већина сачуваних издата у периоду домината, оне немају непосредног значаја за наш проблем. Одређен број је и из периода принципата и оне, колико је нама познато, до сада нису биле предмет посебних изучавања, иако је примењена терминологија у неким од њих вредна пажње. Тако у једном рескрипту Александра Севера пише:

»*Nec interest sive ex testamento sive ex voluntario contractu usus fructus constitutus est.*» ⁽⁷⁰⁾

Израз *voluntario contractu* односи се на конституисање плодоуживања, што се, као што је познато, у време Александра Севера још увек обављало у форми *in iure sessio*, па ако ову реченицу не бришемо из конституције као „неелегантну и очигледну интерполацију” ⁽⁷¹⁾ морамо закључити да је контрактом назван формалан поступак конституисања службености, што се не може наћи нигде у Дигестама. У једном другом рескрипту овог императора контрактом се назива *transactio*, пакт о поравнању ⁽⁷²⁾.

С друге стране, реч контракт је употребљавана и у свакодневној пракси. Два уговора из праксе у којима се контрактом називају пакта која су уживала заштиту претора, цитирана су у одломцима из дела Кервидија Скеволе. У једном Скевола каже да су пактима којима су вршене исправке рачуна (*pariatio*) обично додаване клаузуле формулисане речи: *« ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse »,* из овог

⁽⁶⁸⁾ У делу едикта у коме се говори о *restitutio in integrum* у случају *capitis deminutio* (стајало је, вероватно, *actum contractumve*), о мерама у случају аката *falso tutore auctore*, у делу где се говори о принудном извршењу на имовини пупиле, у едикту о *negotiorum gestio* и у едиктима који се односе на материју регулисану тужбама названим доцније *actiones adiecticiae qualitatibus*. Упор. Lenel, *Edictum Perpetuum*, 3 изд. стр. 117, 317, 415, 101, 258, 271, 276.

⁽⁶⁹⁾ Упор. Kaser, Max, *Das röm. Privatrecht I*, 1971. стр. 232. примедба 16.

⁽⁷⁰⁾ C.3.33.4 (*Imp. Alexander A. Verbicio*): ... Није од значаја да ли је плодоуживање установљено тестаментом или вољним контрактом (год. 226).

⁽⁷¹⁾ Voci, P., нав. дело, стр. 25.

⁽⁷²⁾ C.2.4.5.

уговора међу нама неће бити више никаквог спора ⁽⁷³⁾. У другом одломку репродукован је хирограф у коме мењач новца Гај Сеј признаје да дугује одређену суму новца Луцију Тицију. Хирограф је издат, као што у уводној реченици Скеволиног параграфа пише, пошто је Луције Тиције извршио обрачун примљеног и издатог новца и за разлику задужио Гаја Сеја. Гај Сеј пише: »Ex ratione mensae quam mecum habuisti in hunc diem ex contractibus plurimis remanserunt apud me...« ⁽⁷⁴⁾ У овом случају није сасвим јасно о којим се уговорима радило. То су разна »ассерта« и »data«, као што пише у Скеволином тексту, и с обзиром да се радило о размени новца, може се основано претпоставити да су у питању била пакта типа *do ut does*, заштићена преторовом *actio in factum*, па је на крају извршен обрачун. Сигурно је да су постојале и признанице, јер у даљем тексту Скевола говори о »omnes cautiones ex quasumque contractu«, о признаницама из сваког појединог уговора ⁽⁷⁵⁾.

Ни изворима ове врсте није до сада обрађено довољно пажње, мада они нису бројни ⁽⁷⁶⁾. Упоребења између употребе термина контракт у правној пракси и у делима правника несумњиво би могла да допринесу потпунијем сагледавању питања шта је све значао овај термин у класичном периоду, посебно да ли су га учени правници узели из свакодневног правног речника или су га они увели у правну терминологију.

Најзад, ако се текстови класичних правника у којима је употребљена реч контракт посматрају као целина, уочава се неколико околности и чињеница.

Прво што пада у очи јесте чињеница да се правници, према ономе што је од њихових дела сачувано, уствари ретко служе овим термином. У Јустинијановим Дигестама реч *contractus* налази се око 250 пута у око 215 текстова ⁽⁷⁷⁾, што је врло мало ако се узме у обзир обим Дигеста и значај ове институције; много чешће употребљена је, на пример, реч *фидеикомис* или *долус* или *пакт*. Највећи број текстова који садрже реч контракт потичу од Улпијана, којих има око 100, а свих осталих има 115. За Улпијаном по броју текстова стоје Паулус са 36 и њихов учитељ Папинијан са 18 текстова. Гај и Скевола имају по 12 текстова са речју контракт, а Модестин седам. За њима стоје Помпоније, Африканус и Трифонинус са по четири текста, Јулијан, Лабео и Марцијан са по три, Мецијан,

(73) D.12.6.67.3 (*Scaevola, libro 5. Digest.*) Voci, P., нав. дело, стр. 24 сматра да је овде контрактом назван пакт „јер је у питању језик неправника“.

(74) D.2.14.47.1 (*Scaevola, libro 1. Digest.*): „... Из обрачуна књиге мењачнице коју си имао самном на данашњи дан из многих контраката произлази да је код мене...“ Реч *ratio* у овом тексту значи обрачуна књига или упис у ту књигу, в. речник Neumann-Sechel, *Handlexikon*, 10 изд. стр. 490 s.v. *ratio*.

(75) Да се пије радило о литералном контракту *expensilatio* може се закључити на основу тога што се не помиње *codex accepti et expensi*, већ банкарске књиге, при чему је вероватно претходно извршено пребијање. Признанице вероватно не потичу ни од стипулације, у чију је форму било могуће обухвати потраживања у овом конкретном случају, с обзиром на карактер банкарског пословања. Због тога нам се чини највероватнијим да су признанице издаване као књиговодствена подлога и доказно средство.

(76) Wunner, S.E., нав. дело, трећину књиге посвећује терминолошким испитивањем текстова, али није обрадио сачувана документа из праксе.

(77) Текстови су вађени према речнику *Vocabularium iurisprudentiae romanae, iussu Institutii Savigniani*, под речју *contractus*.

Калистрат и Хемогенијан са по два текста, а Нерације, Марцелиус, Целзус и Флорентин употребили су реч контракт само по једном. То је укупно 19 правника, што у поређењу са укупним бројем од 39 правника чија су дела служила за састављање Јустинијанових Дигеста чини мање од половине ⁽⁷⁸⁾. Међу њима нема, на пример, тако значајног правника као што је Javolenus, мада се и у његовим фрагментима расправља о питањима из облигационог права ⁽⁷⁹⁾.

Истовремено се уочава да је и овај мали број текстова који садрже термин *contractus* неравномерно распоређен према њиховим ауторима. Далеко највећи број је Улпијанових текстова, а затим Паулусових и Папинијанових. На први поглед могло би изгледати да је то у сразмери са општим бројем фрагмената са којима су ови правници заступљени у Дигестама. Међутим, ако упоредимо укупан број редова са којим су поједини класични правници заступљени у Дигестама ⁽⁸⁰⁾ са бројем који показује колико је пута сваки од њих написао реч контракт, онда се види да те сразмере нема. Такво упоређење даје следећу слику:

Име правника	Број редова у Дигестама	Број речи <i>contractus</i>	Учесталост те речи на 1000 редова
1. Labeo	488	2	4.09
2. Maecianus	545	2	3.67
3. Florentinus	282	1	3.54
4. Gajus	4.494	15	3.34
5. Hermogenianus	612	2	3.27
6. Papinianus	6.802	21	3.08
7. Modestinus	2.318	7	3.02
8. Tryphoninus	1.455	4	2.75
9. Scaevola	5.480	14	2.55
10. Ulpianus	46.150	115	2.43
11. Paulus	19.434	42	2.14
12. Africanus	1.902	4	2.10
13. Neratius	495	1	2.02
14. Callistratus	1.262	2	1.58
15. Marcianus	2.773	3	1.08
16. Pomponius	5.064	5	0.98
17. Celsus	1.056	1	0.94
18. Marcellus	1.447	1	0.69
19. Julianus	5.004	3	0.59

(78) Педије, кога цитира Улпијан, није урачунат у овај број, али он није урачунат ни у број од 39 правника које наводи *Index Florentinus*.

(79) Упореди Lenel, *Palingenesis iuris civilis*, Vol. I. стр. 278—315.

(80) Првобитно су упоређења у циљу проучавања учесталости употребе речи *contractus* у делима класичних правника присна према броју фрагмената сваког правника у Леленовој Палингенези. Накнадно смо сазнали за нови метод проучавања фреквенције појединих речи у Дигестама који је разрадио Нопорџ, А.М. те смо користили његове табеле са бројем редова, објављене у: *The Cambridge Law Journal*, november 1972. (*Word Frequencies and the Study of Roman Law*), стр. 280—316.

Несумњиво је да је вредност овога поређења релативна, како с обзиром на фрагментарност литерарне заоставштине класичних правника тако и с обзиром на разноликост тематике која се у сачуваним фрагментима обрађује. Уз те оgrade, оно ипак пружа извесну оријентациону слику, из које се види да се Улпијан, који спада у позну класику и чији текстови чине око 40% Јустинијанових Дигеста, налази тек на десетом месту, а на челу и на крају листе налазе се два највећа римска правника. На другом месту је Мецијан, који је био учитељ права цару Марку Аурелију и вршио многе важне државне функције, док се његов савременик Марцело налази на претпоследњем месту. Овај редослед не упућује на закључак да је реч контракт више коришћена у позној класици, као што се то у неким радовима мисли, а са друге стране може бити подстицај за даља истраживања у овом правцу: Упоређења би требало вршити не са укупним бројем редова, већ са бројем редова у којима се расправља о облигацијама, затим упоређивање резултата са начином рада и склоностима правника ка теоријском (Гај) или практичном раду (Скевола), итд. На тај начин би се добила тачнија слика о учесталости којом се поједини правници служе речју контракт, што би могло да допринесе и разјашњавању питања шта је та реч за њих представљала.

Међутим, посматрањем ових фрагмената у целини уочава се једна околност која је релативне вредности само с обзиром на то што се текстови посматрају без интерполационистичке критике. Уочава се, наиме, да нису само Улпијан, Паулус и Папинијан били ти који реч контракт употребљавају у различитим значењима — као општи појам, неодређено, обухватајући њиме и квазиконтракте или само уговоре, затим за ознаку појединих уговора и појединих квазиконтракта, већ то чине и други класични правници.

Пажње вредна је терминологија Кервидија Скеволе, који је живео у време последњих Антонина и Септимија Севера, а радови му се одликују богатом казуистиком ⁽⁸¹⁾. Он је 8 пута контрактом назвао уговоре, од чега 3 пута уговоре цивилног права. Осим тога он је реч контракт употребио два пута за пакта која су у доцнијем периоду постали безимени контракти, једном за пакт и два пута за квазиконтракте, и то у текстовима којима се не поклања довољно интересовања у новијој књижевности о појму уговора у класичном периоду. У једном од њих контракт је легат ⁽⁸²⁾, и тај текст иначе није споран, а други се различито тумачи, те га зато наводимо у целини:

»Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, cum ex ea maiorem partem solvisset, in residuum quantitatem pignus obligavit: quaesitum est, an in veterem contractum iure res obligata esset. respondit ea quae proponerentur obligatam esse.« ⁽⁸³⁾

⁽⁸¹⁾ Посебно његова *Digesta*, а затим *Responsa*, која се сматрају збирком одабраних и скраћених текстова из његових Дигеста. Упор. Schulz, F.: *Geschichte*, стр. 206, 294 и даље, 356.

⁽⁸²⁾ D.34.3.31.5.

⁽⁸³⁾ D.20.2.10 (*Scaevola, libro 6. digestorum*): Наследник тјутора извршио је поравнање са наследником пупиле и платио му већи део а за остатак је дао залог. Питање је да ли је ствар правоваљано заложена и за стари контракт. Одговорио је према ономе што је изложено јесте.

Вочи сматра да се израз »*in veterem contractu*« односи на *transactio*, пакт о поравнању, па наводи фрагмент као изузетан случај у коме је контрактом назван пакт, и то зато што је „у тексту репродукован језик неправника“. ⁽⁸⁴⁾ Ово последње је тачно, али, као што се из текста види, поравнање је извршено између наследника тјутора и наследника пупиле, што значи да је однос због кога је оно извршено била квазиконтрактна облигација тјутела. Питање постављено Скеволи гласи да ли се заложно право, установљено приликом извршеног поравнања, везује и за „стари контракт“, дакле за однос поводом кога је извршено поравнање, а то је, очигледно, тјутела.

Скевола се, добија се утисак, уопште радо служио терминологијом уобичајеном у пракси или је репродуковао у својим текстовима, што се види из фрагмената поменутих нешто раније, или из текста у коме он каже *provincialis contractus* за уговор закључен ван Италије. ⁽⁸⁵⁾

Насупрот Скеволи, Гај је био теоретичар и догматичар, и ~~тима~~ би се могло објаснити његово ~~сужавање~~ појма *contractus* на уговоре заштите цивилним правом, које је извршио у свом делу *Res cottidianae*. Он је ту дао јасно разграничење контракта од облигација које то нису, јер се стварају без сагласности воља. Његово резонување је нарочито у том његовом раду много ближе начину мишљења посткласичних правника него његових савременика, а за правнике доцнијих покољења те „*Aureae*“, златна књига, биле су ремек дело ⁽⁸⁶⁾. Међутим, Гај је само у том раду употребљавао термин контракт прецизно, у значењу уговора цивилног права. Од 12 текстова, у којима се налази та реч, 10 је из *Aurea*, а у преостала два он контракту, као општем појму, супротставља деликт ⁽⁸⁷⁾ и употребљава га као неодређен општи појам, који вероватно обухвата и обогаћење без основа ⁽⁸⁸⁾.

У малобројним текстовима неких мање значајних правника из периода позне класике контрактом се називају уговори који су заиста далеко од Гајеве четворне поделе цивилних уговора. Хермогенијан назива контрактом пакт између роба и слободног човека, према коме овај треба роба да откупи и ослободи, ⁽⁸⁹⁾ а Марцијан и Калистрат пишу о „контракту са фиском“ ^(89a).

(84) Voci, P., нав. дело, стр. 24.

(85) D.26.7.47.2.

(86) Упореди, например, коментар великог холандског правника Винијуса, који говори о класификацијама облигација сматра да је најсавршенија она коју је дао Гај у *Aureama*. Arnoldi Vinnii J.C. in quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius, Amstelaedami, 1703, стр. 538.

(87) D.9.4.1 (*Gaius libro 2. and edictum provinciale*): *Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu sed ex poxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur...* Супротстављањем контракта и деланта Гај повлачи разлику између *actiones adiectitiae qualitatis* и локалних тужби, а с обзиром да се ове прве могу подићи и за утуживање обавеза створених дозвољеним радњама и без сагласности воља, појам контракта има овде шире значење.

(88) D.26.8.9.pr.

(89) D.5.1.53.

(89a) D.48.10.1.12 (*Marcianus, libro 14. Institutionum*): ... *si iure hereditario successerunt in fiscalem contractum...* и D.49.14.3.8 (*Callistratus libro 3. de iure fisci*): ... *»vel ex contractu fiscali debitores conveniantur.*

УПОТРЕБА РЕЧИ CONTRACTUS У ДИГЕСТАМА

И м е правника	Број ре- дова у Дигестима	Број ко- лико пута је употреб- љена реч contractus	Број тексто- ва	у з н а ч е њ у:						
				О п ш т и п о ј а м			П о ј е д и н и у г о в о р и			Поједини квази- контакти
				неодре- ђено	шире+	уже+	Цивилног права	Преторског права		
								Безимени	Пакта	
1. Paulus	19.434	42	36	9	5	15	10	—	—	3
2. Papinianus	6.802	21	18	6	1	5	5	2	—	2
3. Gaius	4.494	15	12	1	1	12	1	—	—	—
4. Scaevola	5.480	14	12	1	—	5	3	2	1	2
5. Modestinus	2.318	7	7	2	1	—	4	—	—	—
6. Pomponius	5.064	5	4	1	1	—	3	—	—	—
7. Africanus	1.902	4	4	1	—	3	—	—	—	—
8. Tryphoninus	1.455	4	4	1	—	1	1	—	—	1
9. Julianus	5.004	3	3	1	—	—	—	1	1	—
10. Marcianus	2.773	3	3	1	—	2**	—	—	—	—
11. Labeo	488	2	2	—	—	1	—	1	—	—
12. Maecianus	545	2	2	—	—	2	—	—	—	—
13. Calliastratus	1.262	2	2	1	—	1**	—	—	—	—
14. Hermogenianus	612	2	2	—	—	—	1	—	1	—
15. Marcellus	1.447	1	1	—	—	1	—	—	—	—
16. Neratius	495	1	1	—	—	1	—	—	—	—
17. Celsus	1.056	1	1	—	—	—	—	1	—	—
18. Florentinus	282	1	1	1	—	—	—	—	—	—
		130	115	26	9	49	28	7	3	8

* шире = обухвата и квазиконтракте
 уже = само уговоре

** = уговор са фиском

Најзад, треба поменути и један текст Трифонија, у коме је речено да се тужба *actio rerum amotarum* коју подиже жена против мужа који је при разводу (*divortii causa*) извршио утају њених ствари, рађа из »*male contractu et delicto*«. ⁽⁹⁰⁾ Овај израз је предмет различитих објашњења, која се крећу од дословног тумачења текста и закључка да је ово једини пример у Дигестима где се деликтна облигација назива контрактом. До мишљења да Трифонин није ни написао реч контракт ⁽⁹¹⁾.

Разна значења у којима су класични правници употребљавали реч контракт приказана су табеларно. Из табеле је изостављен Улпијан, чији су значајнији текстови већ приказани у овом раду и за кога је већ истакнуто да је био недоследан у примени термина контракт. Сви они текстови у којима се говори о контракту општено, на пример »*in bonae fidei contractibus*«, »*ceteri quoque contractus*«, »*ex contractu*«, »*ex omni contractu*« и слично, било да је реч о неком општем правном правилу, било да се говори о већем броју контраката а није наведено који су то, на пример, »*sex contractibus*«, сврстани су у рубрику „општи појам“. Она је подељена у три колоне. Ако се из текста не види јасно шта реч контракт значи, односно које облигације обухвата, текстови су унети у колону „неодређено“, ако је јасно да се односи и на квазиконтракте, стављени су у колону „шире“, а ако се односи само на уговоре, у колону „уже“. Текстови у којима је реч контракт употребљена да би се њоме означио неки уговор или квазиконтракт унети су у следеће четири рубрике. Сигнатуре свих текстова табеларно обухваћених дате су у редоследу према појединим правницима и рубрикама табеле. ^(91a)

7. Посматрањем правних извора који садрже реч контракт у њиховој укупности уочава се неколико околности, од којих се чине најважнијим: одсуство овог термина у законодавним текстовима, непрецизна терминологија царских рескрипата и докумената из свакодневне праксе, неабсрудна употреба термина *contractus* у делима класичних правника и чињеница да се они тим термином ретко служе. Тиме се поставља низ нових питања, која упућују на даља истраживања у том правцу а њихова решења би вероватно много допринела целовитом решењу проблема шта је значао контракт у класичном праву. Међутим, да би се тај проблем могао

(90) D.42.1.52.

(91) Анализа овог текста и разна тумачења у новијој литератури дати су у раду Wacke Andreas: *Actio rerum amotarum*, Köln—Graz, 1963. стр. 67—68.

(91a) Paulus: D.2.11.5.2; 3.2.7; 12.28.1; 17.1.59.1; 16.2.4; 41.7.11; 42.1.49; 44.7.43; 46.3.8; 5.1.20; 5.3.14; 41.3.48; 41.4.2.pr.; 50.1.21.1; 2.14.27.2; 14. 3.17. 3—4; 17.2.65.15; 22.1.17.5; 22.2.7; 26.3.9; 22.4.2; 32.92.pr.; 44.4.1.3; 44.7.35.1; 46.2.19; 4.4.24.4; 14.6.12; 16.2.9.1; 16.3.26.1; 19.1.47; 18.1.72.pr.; 41.3.48; 45.1.35.2; 48.10.21; 3.5.15.16; 44.7.49. Papinianus: D.46.3.97; 46.3.96.3; 3.5.32 (31).pr.; 20.5.1; 46.1.53; 41.3.44.2; 45.1.121.3; 50.17. 81; 17.1.54; 17.1.56.pr.; 16.3.24; 18.1.72.pr.; 43.3.95.12; 43.3.95.10; 19.5.8; 19.5.9; 33.10.9.2; 45.2.9.pr.; Gaius: D.26.8.9.pr.; 9.4.1; 50.13.6; 44.7.1.pr.—1; 44.7.4; 44.7.5.pr.—1; § 3—4; § 6; 44.7.2. Scaevola: D.44.3.14.1; 26.7.47.2; 26.8.21; 29.2.89; 42.1.44; 4.4.47.1; 20.6.15; 19.1.48; 2.14.47.1; 12.6.67.3; 20.2.10; 34.3.31.5. Modestinus: D.20.1.12.1; 39.5.22; 42.1.20; 46.3.77; 20.1.25; 44.7.54; 13.7.39. Pomponius: D.40.7.29.pr.; 18.1.6.2; 18.1.12; 18.5.1. Africanus: D.30.108.12; 15.1.28.3; 17.1.34.pr.; 47.2.62 (61).5. Tryphoninus: D. 16.3.31.pr.; 20.4.20; 20.5.12.1; 42.1.52. Iulianus: D.17.1.32; 12.1.20; 19.5.3. Marcianus: D.22.1.32.2; 48.10.1.12; 20.1.5. Labeo: D.50.16.19; 18.1.80.3. Maecianus: D.36.1.75 (73).pr.; 44.7.31. Callistratus: D.49.14.1.pr.; 49.14.3.8. Hermogenianus: D.49.14.46.2; 5.1.53. Marcellus: D.13.5.24. Neratius: D.15.3.18. Celsus: D.12.4.16. Florentinus: D.46.4.18.pr.

коначно решити, да би се добили што поузданији одговори, нужно је и одвојити се од непосредне анализе текстова и посматрати проблем из ширег аспекта, у светлу времена и услова у којима се развијало римско класично право, његова правна техника и терминологија.

До наглог развоја римског облигационог права дошло је, као што је познато, после пунских ратова, када су Римљани почели да изграђују своју империју која је постепено добијала карактер јединственог тржишта. За регулисање робне размене између Рима и Италије са једне и провинција, па и земаља ван граница империје са друге стране, за поморски саобраћај и прекоморску трговину, за пословање преко банака, требало је створити нове правне институције. Стари римски систем формалних уговора који је у своје време имао знатних предности ⁽⁹²⁾ није ~~никако више могао задовољити све већим захтевима праксе. Њега разбија претор у току последња века периода републике, при чему су и даље задржани у широј примени стипулација, која је прилагођавана новим условима, и реални зајам, mutuum. Уговори који су се до тада закључивали неформално и црпили своју снагу само из задате речи поштеног човека, дакле почивали на bona fides, постали су заштићени посебним тужбама. То су пре свега уговори свакодневног правног саобраћаја: купопродаја, ортаклук, закуп, најам, уговор о делу, уговор о пуномоћству. Разлог пружања заштите овим уговорима били су захтеви праксе, а основ њиховог важења није била билатералност~~ ^(92a) већ је претор полазио од bona fides ⁽⁹³⁾.

У класичном периоду овај процес давања заштите појединим уговорима био је нешто успорен, нарочито после кодификације преторовог едикта извршене 135. године, чиме је претору одузета могућност да ствара ново право. Тада је углавном био и завршен развој римског система уговора, којих у то време има две врсте: они са цивилно-правном заштитом (четири групе уговора који се закључују у форми verbis, litteris, re i consensu) и они које је штитило преторско право. Мада су уговори обухватали збирним појмовима контракт и пакт, они су за Римљане били пре свега низ појединачних уговора, именованих и заштићених посебним, именованим тужбама, од којих свака има другојачију формулу. Без формуле нема ни правне заштите потраживања.

Формулар и actio су оно што је битно, и са законодавно-техничке и са правно-практичке стране. Крај републике и принципат су време формуларног поступка и његове особености дају печат правном животу тога доба, оне су те због којих се римско право разликује од доцнијих права на сличном степену развоја. Нове институције стварају се претежно кроз механизам тог поступка, питање да ли постоји actio или не за заштиту конкретног правног односа централно је питање правне праксе; римско право је у крајњој линији систем формула. Са гледишта формуле јини

⁽⁹²⁾ Упор. Стојчевић, Д.: нав. дело, стр. 19—20 и ст. 188—189. Girard, Paul Frédéric: Manuel élémentaire de Droit romain, Paris, 1918. str. 441—443.

^(92a) Grosso, G.: нав. дело, стр. 86.

⁽⁹³⁾ Упор. Kaser, Max: нав. дело (изд. 1971) стр. 475. и Стојчевић, Д., нав. дело, стр. 197.

нам се незамисливим постојање једног општег, апстрактног уговора који би производио своја дејства на основу просте сагласности воља а без обзира на његову садржину. Са тог становишта, мислимо, може се објаснити чињеница да су Римљани задржали правило *nudum pactum non parit obligationem*. Јер да је усвојено да из сваке просте сагласности воља настају права и обавезе, морала би се створити и одговарајућа формула за такав апстрактан појам уговора. Формуле су, међутим, описивале или форму или правног посла или његову садржину, а такав апстрактан уговор не пружа податке ни за једно ни за друго, те је, с обзиром на римску правну технику тога доба заиста тешко замислити како би он могао бити санкционисан⁽⁹⁴⁾.

Са друге стране, такав апстрактан уговор, из кога би се рађала права и обавезе на основу просте сагласности није био ни нужан, јер је његову функцију обављала стипулација. Она је у класичном праву служила поред осталог и томе, да незаштићене уговоре учини утуживим, па су се понекад и они уговори који су уживали заштиту облачили у ту вербалну форму уколико су уговорне стране сматрале да је у питању уговор од посебног значаја за њих. Да је за Римљане стипулација била оно што је за нас општи појам уговора, могло би се наслутити и из чињенице да је у Дигестима у првом титулусу 45. књиге, посвећеном вербалним облигацијама, у оквиру расправа о стипулацији добрим делом пружена и општа теорија уговора.

Као и претор, тако су и учени правници били окренути свакодневном правном животу, много више него теоријском раду. Они су, нарочито до средине 2. века, своје знање и способности усмеравали претежно на праксу, што се види како из сачуваних фрагмената њихове литерарне делатности тако и из сведочанстава о облицима њихове професионалне активности. Међу књигама које су писали преовлађују збирке питања и одговора у вези са случајевима из праксе или измишљеним случајевима (*Quaestiones, Responsa* и добрим делом *Digesta*⁽⁹⁵⁾). Чак и коментари преторовог едикта садрже много казуистике, што се запажа и у коментарима позних класичара, мада у мањој мери. У свакодневном животу, рад правника био је посвећен давању предлога и савета претору, принцепсу, судијама и странкама.⁽⁹⁶⁾ Систематска дела у којима се право теоријски обрађује била су намењена правној настави, али нису била бројна. Од изагошке литературе из периода пре династије Севера налазе се у

(94) У раду Magdelain, André: *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958. доказано је да је претор имао намеру да пружи заштиту пактима у најширем смислу, да је циљ едикта *De pactis* првобитно био да се оствари обећање *pacta conventa ... servabo*. Први корак била је заштита четири консензуална контракта, која су се првобитно налазила у тој рубрици едикта. Међутим, претори нису успели да спроведу ову замисао до краја, а првобитна целина коју су чиниле у Албуму одредабе чији је циљ био остварење принципа консензуалности била је допније развијена, тако да је едикт *De pactis* постао недовољно разумљив правницима позне класике. У овом раду се, међутим, не разматра и питање зашто претор није успео у остварењу ове намере.

(95) Слика пропорција између врста радова класичних правника пружа најбоље Ленелова Палингенеза. О Дигестима појединих класичних правника упор. и Schulz, F.: *Geschichte*, стр. 281—309.

(96) Тзв. *cavere, agere, respondere*. Они су сачињавали *consilium* претору и предлагали му формуле. Упор. Schulz, F.: *Geschichte*, стр. 130—146.

Дигестама фрагменти из само 5 књига: *Libri tres iuris civilis* Масурија Сабина, Гајеве Институције, Гајеве *Res Cottidianae*, Помпонијева књига непознатог наслова чији су фрагменти унети у Дигеста под насловом *Libri enchiridii* и Флорентинове Институције.

С обзиром на такву оријентацију класичних правника може се поставити питање у којој им је мери у њиховом практичном раду био потребан општи појам контракта и да ли им се могло чинити нужним да тим појмом обухвате само оне облигације које се стварају уз сагласност воља.

Несумњиво је да су класични правници при решавању конкретних случајева показивали велико теоријско знање, да су се при томе служили многим општим правним појмовима и позивали се на правна правила. Управо кроз такав начин рада они су много допринели усавршавању римског права. Ти појмови, међутим, нису увек били догматски до краја разрађени, они су били еластични а правна правила прилагођавана су конкретним ситуацијама и захтевима правичности. Као пример еластичности и прилагођавања казуистици могу се навести критеријуми за оцену одговорности дужника који су примењивани у класичном праву: *culpa, diligentia, imperitia, custodia*.

Појам *contractus* је правницима био потребан нарочито онда када су се позивали на правила која важе за све облигације које он обухвата, обично у образложењима датих решења. Већина правила која су важила за све уговоре примењивана су и на остале облигације које се стварају дозвољеним радњама: множина субјеката на страни дужника, наследност облигација у случају смрти, гашење обавеза у случају *capitis deminutio*, одговорност дужника, одговорност за обавезе потчињених лица, карактер тужбе, итд. Са гледишта примене тих правила, задовољавао је и шири појам контракта. Он је био сувише широк једино при оцени питања да ли је облигација правоваљано створена или не, када се постављало питање и да ли је постигнута сагласност воља. Значај овог елемента је, зна се, релативно рано уочен и створен је појам заблуде. Али је и тај појам везиван за казуистику, правнике су интересовали конкретни облигациони односи, или дати случајеви у пракси или поједини именовани уговори. У сачуваним фрагментима о заблуди се расправља највише у вези са закључењем уговора о купопродаји, затим у вези са осталим консензуалним контрактима, а нешто ређе у вези са стипулацијом и осталим уговорима. Извлачећи из те казуистике правила, класични су правници изградили своје учење о заблуди и о ништавости уговора због ње. У том се светлу овде напред цитирана Педијева изрека о којој се данас толико пише чини јаснијом: ниједан уговор, па ни стипулација, не производи своја дејства, облигација је ништава, ако није постигнута сагласност воља; он подвлачи да мисли на реалне и вербалне контракте и као пример наводи стипулацију. То су уговори код којих је сагласност воља мање уочљив елемент него код консензуалних контраката, и чини се да је само то желео да подвуче Педије (97). Из његове изреке не произилази нужно и закључак

(96a) Упор. Kaser, M.: нав. дело (изд. 1971) стр. 238—239.

(97) Лена је у својој Палингенези Педијев текст сврстао у његов коментар едикта *de pactis*, али је Педије написао и монографију о стипулацији, што показује да га је управо она посебно интересовала.

да је контракт само она облигација која се ствара сагласношћу воља, а још мање да је сагласност воља основ ваљаности контракта. С друге стране, класични текстови о заблуди могли су да послуже као подлога правницима XVIII века за стварање теорије аутономије воље, али класични правници нису мане воље и недостатке сагласности воља до краја и систематски обрадили, што показује и чињеница да су превара и принуда у римском праву били самостални деликти, а не мане због којих се могао поништити уговор ⁽⁹⁸⁾.

Према томе, за практичан рад класичних правника је у већини случајева био довољан и шири појам контракта. Другојачија је ситуација била када су приступали систематској обради права. Основни критеријум за класификацију облигација био је начин стварања облигационог односа, па је разумљиво да се ту морала јасно уочити разлика између оних извора облигација који садрже као заједнички елемената сагласност воља, од других, који су такође дозвољене правне радње, али не садрже тај елемент. Гај је први извршио то разграничење и сузио појам контракта на уговоре цивилног права, што је коначно прихваћено у Јустинијановом праву.

С друге стране, Гају приписују многи романисти и деобу извора облигација на контракте и деликте, према којој је појам контракта шири, негирајући могућност њеног постојања и пре Гаја. Чини се мало вероватним да је Гај измислио ту дводеобу, па се затим одмах у својим „Ауреама“ кориговао и сузио појам контракта. Чињеница је да се дводеоба облигација на оне које настају вољним, дозвољеним радњама људи и на оне које се рабају из недозвољених радњи налази и код Аристотела, у Никомаховој Етици, и да су на ту околност указивали неки правници у прошлости ⁽⁹⁹⁾, а и данас је помињу неки аутори у вези са класификацијом из Гајевих Институција ⁽¹⁰⁰⁾. У V књизи Никомахове Етике (1131a) Аристотел каже:

„Синалагма (акти који рабају обавезе) ⁽¹⁰¹⁾ су или на добровољној основи или су недобровољни. Добровољни су, на пример, куповина, продаја, зајам, залога, остава, закуп... У недобровољне спадају... крађа... или отворено насиље, као и... клеветање, вребање.”

Текст има заиста сличности са Гајевим Институцијама: »omnes obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto«, само је терминологија другојачија.

⁽⁹⁸⁾ По *ius civile* заблуда и превара немају никаквог утицаја на ваљаност правног посла. Претор је додуше увођењем приговора постигао да се дужник не може присилити да испуни обавезу преузету под дејством принуде или преваре, али није постојало средство за поништење уговора, док су с друге стране постојале самосталне тужбе пенална *actio quod metus causa* и мешовита *actio de dolo*.

⁽⁹⁹⁾ Vinus; нав. дело, стр. 537. који сматра да је и Лабео употребно реч *sinallagma* под утицајем Аристотела.

⁽¹⁰⁰⁾ Kaser, Max: нав. дело, стр. 522, примедба 4; Schulz, F.: Classical Law, стр. 468. који и поред тога инсистира на закључку да је Гај први увео ову деобу у римско право и не каже да је био под утицајем Аристотела.

⁽¹⁰¹⁾ У преводу Никомахове Етике др Радмиле Шалабалић, изд. Култура, Београд, 1970, стр. 117 синалагма је преведено са „пословни односи”. Schulz, F. loc. cit. преводи са „акти који рабају облигације”, што нам се чини тачнијим.

Ако се узме у обзир да су се многи римски правници прво школовали у Грчкој, па тек после стицали правно образовање у Риму, да су многи добро познавали грчки језик и грчку философију, онда се намеће закључак да је подела облигација на оне које се рађују из дозвољених радњи и оне које се рађају из деликта увелена у римско право под утицајем Аристотела, и изгледа скоро сигурним да је била позната и пре Гаја. Питање је само да ли су и пре Гаја при тој класификацији употребљавани збирни појмови контракт и деликт. Дводеоба облигација, највероватније без употребе збирних појмова контракт-деликт може се уочити у редоследу излагања о појединим облигацијама у систему цивилног права великог републиканског правника Квинта Муџија. ⁽¹⁰²⁾ који је, према Помпонију, први систематски и појмовни изложио *ius civile* ⁽¹⁰³⁾.

Других сачуваних извора нема, на основу којих би могла бити потврђена претпоставка да су римски правници и пре Гаја делили облигације на две врсте и служили се том деобом, али зато постоји већи број текстова који сведоче да се дводеоба одржала све до у позну класику. Поред већ наведених текстова то показују и три мање позната одломка из Улпијанових коментара едикта:

»*Quamquam autem ex contractu id quod facere potest actio in eum datur, tamen ex delicto in solidum convenientur*«. ⁽¹⁰⁴⁾

»*Sive ex contractu et si ex delicto ei debeat...*« ⁽¹⁰⁵⁾

»... *si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio...*« ⁽¹⁰⁶⁾

У позној класици, када више није било стваралачке делатности претора, када је римска привреда почела да улази у своју велику кризу па је адекватно томе почињала да замире не само жива активност на стварању права већ и бујна правна пракса, долази до извесних промена у начину рада римских правника. У литерарној заоставштини последњих великих класичара запажа се већа склоност ка уопштавањима, чешће се ослањају на радове ранијих правника, епитомизирајући их или просто

⁽¹⁰²⁾ Највеће дело преткласичне и можда уопште римске правне литературе *Ius civile*, чији је аутор *Q. Mucius Scaevola* умро 82. године пре н.е., изгубљено је крајем класичног периода. Наша сазнања о њему почивају на неколико цитата и на коментару који је написао Помпоније. Ти подаци дозвољавају да се систем Муџија реконструираше. Облигационо право, према реконструкцији коју репродукује Schulz, F., *Geschichte*, стр. 112. изложено је после наследног, статусног са породичним и стварног права овим редом: Конкретне облигације: реални контакти (вероватно само *tutum*), купопродаја, *locatio-conductio* са службеностима, *societas*. Деликтне облигације: *iniuria*, *furtum*, *lex Aquilia*. Гај на једном месту каже да је и он писао коментаре овог дела, но они нису сачувани, али се види да је у својим Институцијама у многоме следно Муџија.

⁽¹⁰³⁾ D.1.2.2.41.

⁽¹⁰⁴⁾ D.14.5.4.2 (*Ulpianus, libro 29. ad edictum*): Иако се против њега дају тужбе из контракта на оно што може да учини, ипак се из деликта осуђује *in solidum*. — Реч је о тужбама које се после смрти патерфамилиаса подижу против лица које је било у његовој власти.

⁽¹⁰⁵⁾ D.151.1.9.6. — фрагмент је из исте Улпијанове књиге и ради се о обрачуњу између роба и господара у случају када је подигнута *actio de peculio*.

⁽¹⁰⁶⁾ D.15.1.18.1 (*Ulpianus, libro 23. ad edictum*). У тексту је реч о питању када *filius familiae* може подићи тужбе који иначе припадају његовом *pater familiasu*.

наводећи њихова мишљења ⁽¹⁰⁷⁾. Правници више не стварају ново право, већ сређују и систематизују оно што је створено. Тада су вршени и покушаји другојачије класификације облигација. Улпијанов ученик Модестин класификује изворе облигација на следећи начин:

»Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.« ⁽¹⁰⁸⁾

Као што се види, Модестин набраја прво уговоре сврстане у групе према начину њиховог закључења и одваја цивилне облигације од преторских, али се не служи појмовима контракт и пакт. То је по свему судећи озбиљан покушај да се конструише систем који би обухватио све начине обавезивања, па и оне који прелазе оквири облигационог права, јер се *obligamur necessitate* односило, као што је показано у једном новијем раду, на облигације које произилазе из наследног права, у првом реду на облигације роба који тестаментом постаје *heres necessarius* ⁽¹⁰⁹⁾. Овај покушај очигледно одаудара од Гајеве (и Аристотелове) дводеобе извора облигација и показује да Модестин није сматрао потребним да се при својој класификацији служи појмом контракт. Та чињеница указује на претпоставку да контракт и није био догматски појам који се у Модестиново време, дакле у позној класици, није могао заобићи.

Друга, мање оригинална класификација из приближно истог периода је Улпијанова:

»Actionem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt...« ⁽¹¹⁰⁾

Улпијан, што је сасвим класично, полази не од појма *obligatio*, већ од *actio* (*in personam*). За разлику од Модестинове, његова класификација није представљала никакав нов догматски покушај да се систематизују облигације. Италијански романиста Аранђо-Руиз доказао је да је Улпијан у својој *liber singularis*, из које потиче овај пасус, разрађивао теме из Гајевих дела, те да ова подела одговара Гајевој деоби облигација на контрактне, деликтне и оне које се рабају *ex variis causarum figuris* ⁽¹¹¹⁾.

То што је управо Гајева класификација коју овде видимо у Улпијановој варијанти усвојена у периоду домината и са малим корекцијама унета у Јустинијанове Институције може се објаснити угледом који су Гајева дела уживала у посткласици. Гај-теоретичар је по свом приступу правним проблемима и по свом начину резонувања био правницима из доба

(107) Коментари, *epitomae* и *notae* на дела великих класичара писани су и раније, али су се тиме у много већој мери бавили позни класичари, Улпијан, Марцијан, Хермогенијан и нарочито Паулуc. Упор. Schulz, F.: *Geschichte*, стр. 225—281.

(108) D.44.7.52.pr. (*Modestinus, Libro 2. regularum*): Обавезујемо се или предајом ствари или речима или једним и другим заједно или консензусом или на основу закона или на основу преторског права или из нужности или из деликта.

(109) Mayer-Maly, Theo: *Obligamur necessitate*, ZSt. 1966. стр. 47—67.

(110) D.44.7.25.1 (*Ulpianus, libro singulari regularum*): Тужбе се дају некад из контракта, некад из акта, некад *in factum*. Као пример тужбе *in factum* Улпијан наводи, исто као и Гај у својим Институцијама, IV, 46, тужбу против ослобођеника који је позвао на суд свог патрона.

(111) Arangio-Ruiz, Vincenzo: »D.44.7.25.1 e la classificazione Gaiana delle fonti di obbligazione«. *Mélanges du droit romain dédiés à Georges Cornil*, I, Paris, 1926.

домината много ближи од великих класичара — казуиста. И тој околности вероватно треба приписати даље чињеницу да је на Гајевом суженом појму контракта, а не на ширем појму пакта у догматици новијег доба изграђен општи појам уговора.

IV.

8. Околности и чињенице на које је указано у овом раду, упућују на претпоставку да контракт у класичном праву није био општи појам у смислу модерне догматике, већ претежно збирни појам који је примењиван са садржином која није била увек иста. До те хипотезе долази се ако се одбаце оптерећења усвојеним схватањима о класичној правној науци и њеним дометима, као и модерном правном догматиком, и ако се одустане од претеране анализе појединих текстова и ослањања на одабране текстове. Тада се јасније уочавају разлике у значењима у којима је примењиван термин *contractus*. Оне се не могу објаснити интерполацијама, али постају разумљивије ако се поведе рачуна о законодавној техници путем које је стварано облигационо право, о формуларном поступку, о правној пракси и о начину рада класичних правника. Садржина појма контракт у делима класичних правника зависила је од врсте рада и од теме која се у раду обрађује. У делима којима се излаже систем права контракт се јавља као правно одређен појам, па је као такав у Гајевим *Res cottidia* дефинисан као уговор заштићен цивилним правом.

Ова хипотеза захтева, наравно, да буде проверавана подробнијим испитивањем њених поставки у једном реду већег обима. Постигнути резултати могу је, свакако, потврдити или одбацити.

Др Јелена Даниловић

РЕЗЮМЕ

Контракт в римском классическом праве

В первой части автор знакомит с расхождениями, существующими в романистике по вопросу значения термина *contractus* в римском классическом праве. Он приводит тексты, из-за противоречивого содержания которых расходятся мнения, что именно классические юристы подразумевали под понятием контракт и дает краткий обзор главнейших работ, посвященных данной теме.

Во второй части указывается на возможность подхода к изучению этой проблемы на более широкой основе, что может способствовать лучшему пониманию противоречивых источников. Если отказаться от посвящения всего внимания определенному числу важнейших избранных текстов и рассматривать все сохранившиеся правовые источники, в которых упоминается слово *contractus*, во всей их совокупности, как целое, становится значительно более ясными несколько обстоятельств. Слово

contractus сравнительно редко употреблялось. В Дигестах имеется всего лишь около 200 текстов, в которых оно находится, его употребляло всего 19 юристов; а коэффициент учащенности на 1000 строк из трудов упомянутых юристов составляет для слова contractus 0,59 (Юлиан) до 4,09 (Лабейон), что является незначительным по сравнению с коэффициентом учащенности других важнейших юридических понятий. Во-вторых, неточное терминологическое применение этого слова бросается в глаза не только в текстах, не принадлежащих трудам классических юристов, но и в фрагментах из трудов юристов-классиков. Количество текстов, в которых классические юристы контрактом называют квази-контракты Кодекса Юстиниана или же понятием контракт охватывают и эти обязательства, является немалым. Эту неточность в терминологии нельзя объяснить интерполяцией. Ее можно лучше уяснить, если учесть значение процесса формулировки для законодательной техники и правовой практики, принять во внимание общие условия, под которыми развивалось и применялось обязательственное право того времени, а также порядок работ и круг интересов классических юристов. В этом свете возникает предположение, что contractus не являлся юридическим понятием в смысле современной догматики, а что этот термин чаще всего применялся в качестве собирательного понятия, содержание которого не было во всех случаях одинаковым.

SUMMARY

Contract in Roman classical law

In the first part of the work informations are given about contradictions which exist in Romanism about the meaning of the expression *contractus* in Roman classical law. Most important texts are quoted which because of contradictory contents give origin to disputes as to what classical jurists intended under expression contract, also a short review is given of most important works dedicated to this problem.

In the second part of the work a possibility is indicated of approaching this problem on a larger scale that would contribute to better understanding of causes of such contradictions. If we recede from giving attention only to a number of important, chosen texts, and if we analyse all preserved juridical works entirely in their totality we can notice clearly a number of characteristics. Word contractus has been used rather seldomly. In Digests there are only 220 texts in which it can be found and it is used only by 19 jurists, the coefficient of frequency for 1000 lines in the texts of these jurists for the word *contractus* is 0.59 (Julian) to 4.09 (Labeo), that is a small coefficient in comparison to the frequency of other important juridical terms. Imprecise terminological use of the word can be noticed not only in the texts which are not of classical origin but also in fragments of the works written by classical jurists. There is a considerable number of texts in which classical jurists use the expression contract for quasi contracts of Justinian law and treaties, or by contract they imply these treaties. This imprecision in terminology can not be explained by interpolations. It can be well understood if more attention is given to importance which formulary procedure had for legislative technics and juridical practice, and to general conditions in which the law of treaties developed and was applied, as well as to the activities and fields of interests of classical jurists. In the light of this problem a hypothesis is being imposed that *contractus* was not a juridical term with a meaning which modern dogmatics would imply, but this expression was most frequently used as a general concept which did not always have the same contents.

RÉSUMÉ

Le contrat dans le droit romain classique

Dans la première partie de son travail l'auteur explique les divergences qui existent dans la science romane au sujet de la question qu'est-ce que signifiait le terme *contractus* dans le droit romain classique. Les textes les plus importants sont cités dont le contenu contradictoire a donné lieu à des divergences de vues sur le problème qu'est-ce que les juristes classiques entendaient sous la notion de contrat et un bref compte rendu est exposé des principaux travaux consacrés à cette question.

Dans la deuxième partie l'auteur a mis en relief la possibilité d'aborder l'étude de ce problème sur une base plus large, ce qui peut contribuer à une meilleure compréhension des sources contradictoires. Si on se départit de la méthode de concentrer toute l'attention sur un nombre déterminé de textes choisis, de plus d'importance, et si on observe dans leur ensemble, comme un tout, toutes les sources juridiques qui ont été conservées dans lesquelles se trouvent le mot *contractus*, alors on peut apercevoir avec beaucoup plus de netteté plusieurs circonstances. Le mot *contractus* a été relativement peu utilisé. Dans les Digestes il y a seulement 220 textes dans lesquels il se trouve, il n'y a que dix-neuf juristes qui s'en servent, et le coefficient de fréquence sur mille lignes dans les oeuvres de ces juristes se monte de 0,59 (Julien) jusqu'à 4,09 (Labeo) pour le mot *contractus*, ce qui est peu quand on le compare avec le coefficient de fréquence dans l'application des autres notions juridiques de plus d'importance. Deuxièmement, l'application terminologique imprécise de ce mot peut être aperçue nettement non seulement dans les textes qui ne tirent par leur source des oeuvres des juristes classiques, mais aussi dans les fragments des oeuvres des juristes classiques. Le nombre des textes dans lesquels les juristes classiques appellent contrats les qual-contrats du droit de Justinien et du pacte, ou qui par la notion de contrat englobent aussi ces obligations, n'est pas de peu d'importance. Cette imprécision dans la terminologie ne peut pas être expliquée par les interpolations. Elle peut être mieux comprise si on tient compte de l'importance que la procédure formulaire avait eu pour la technique législative et la jurisprudence, des conditions générales dans lesquelles se développait et était appliqué le droit des obligations de cette époque et du mode de travail et de l'intérêt que les juristes classiques attribuaient à cette question. A la lumière de ces faits l'hypothèse s'impose que *contractus* n'était pas une notion juridique dans le sens de la dogmatique moderne, mais que c'est un terme qui est le plus souvent appliqué en tant que notion totale dont le contenu n'était pas toujours le même.