

О ГАЈЕВОМ ДЕЛУ RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM LIBRI VII

1. Гај је један од најплоднијих римских правника. По броју наслова којима је посветио своје књиге Гај долази на треће место, уступајући једино пред Улпијаном и Паулом, најплоднијим, али не и најоригиналнијим писцима, који живе бар пола века касније.(1) Од правника његовог доба једино се Помпоније може мерити с Гајем у овом погледу. Помпоније је написао више томова, али је Гајев опус разноврснији и обухвата двадесетак тема, према четрнаест, колико их налазимо у Помпонија.

Најважније Гајево дело су свакако *Институције*. Остала Гајева дела су у сенци *Институција*, као и увек када се нешто ваљано и важно нађе заједно са нечим још бољим и важнијим. Тиме је нарочито учињена неправда према *Res cottidianaе*. Значај овог Гајевог дела може се наслутити и из признања које му дају компилатори Јустинијанових *Институција*, који изјављују да су свој уџбеник саставили „... из свих старих институција, а нарочито из коментара нашег Гаја, како *Институција*, тако и *Res Cottidianaе*“... (*Const. Imperatoriam maiestatem*, 6). То дело, настало вероватно у познијим годинама живота овог римског класичара, нама је познато једино преко двадесетак фрагмената из Дигеста. У Јустинијановим *Институцијама* се не могу разлучити редови узети из *Res cottidianaе* од других извора којима су се састављачи служили.

2. Ова Гајева књига носи двоструки назив: *Rerum cottidianarum (sive aureorum) libri VII. Res cottidianaе* дословце значи „право свакодневног живота“, али би нешто слободнији превод речи *cottidianus* са „убичајени“, „основни“, био ближи правом значењу.(2) Тако би ово била књига, још једна у Гајевом опусу, која је намењена увођењу почетника у право. Гај иначе спада у „академски“ правац римске јуриспруденције, пре је *iurisdicens*, него *iurisprudens*. Чак се и за његов обиман коментар едикта регринског претора претпоставља да је настао у облику

(1) Паул је написао 90 или 92 дела, Улпијан 30 или 31. То су подаци које даје *Index florentinus*, што значи да обухватају само дела која су разматрали компилатори при састављању Дигеста.

(2) Иако прихватамо овакав превод, који предлаже Шулиц, чини нам се да у аргументима има ситничарења. Тако Шулиц тврди да је наслов „Право свакодневног живота“ неприхватљив зато што у овом Гајевом делу има и правних проблема који ипак могли бити везани за „свакодневни живот“, као што су *avulsio, alluvio* итд. (Schultz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, стр. 167).

бележака са предавања. Већина Гајевих дела су „писана и конципирана“ за школу — каже Казавола.(3)

Други наслов: *aurea* или *aurea dicta* значи „златна правила“. Он делује претенциозно, зато се мисли да није Гајев, јер не одговара скромној личности овог провинцијског професора. Вероватно су га додали ученици или преписивачи, чиме су одали признање самом делу. Није познато да је нека друга правна књига носила такав наслов.(4) Уопште узев, снажан и оригиналан Гајев дух види се већ из наслова његових дела. Сматра се да је он творац три нова типа књига у праву: *Institutiones, Res cottidianae (vel aurea)* и *Ad edictum provinciale libri*.(5)

3. Од Гајеве књиге сачуван је само мали део. Палингенезијом из Дигеста може се реконструисати око 77 параграфа, што чини око 12 страна штампаног текста. Поређења ради, у истом том издању (Нардијевом) извора римског права, Институције заузимају 145 страница са око 920 параграфа.(6) А *Res cottidianae* су знатно обимније дело, које има седам коментара, што је готово двоструко више од *Институција* (четири коментара). Можемо се надати да су компилатори изабрали најбоље, најважније, иако је готово сигурно да се њихова мерила не могу подударати са критеријумом који би полазио од историјског значаја, од потреба савремене романистике. Не треба заборавити да је њихов задатак био да кодификују „правничко право“ (*ius*), али и да створе зборник позитивног права, које ће судови примењивати, који ће одговарати потребама државе и друштва позног римског царства.

И у најсумарнијем прегледу римског облигационог права, ми ћемо наћи као класичну поделу извора облигација, која гласи:

Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

То је фрагмент другог коментара овог Гајевог дела, који се налази у D. 44. 7. 1.

Класификација уговора, која се узима за класичну, добрим делом се ослања на фрагменте *Res cott.*, у којој је, потпуније него у *Институцијама*, извршена подела на контракте, иако ови фрагменти нису у целини сачувани.

За увид у начине прибављања својине, нарочито оне које је средњовековна терминологија квалификовала као оригинарне, *Res cott.* пружају драгоцене податке. Фрагмент из друге књиге, који даје општу класификацију ових начина, састављачи *Digesta* су ставили на сам почетак титулуса *De acquirendo rerum dominio*, у који су уврстили још четири одломка истог коментара, који су обимнији од осталих. Једна трећина овог титулуса узета је из *Res cottidianae*, а сви остали фрагменти, којих има 64, међу којима су и неки узети из других Гајевих дела, чини две трећине текста.

Фрагмент који говори о *negotiorum gestio* (D. 44.7.5) и компилатори *Digesta* и савременици сматрају кључним за разумевање правног ре-

(3) Casavola, *Gaio nel suo tempo*, „Atti del simposio romanistico“, Napoli, 1966, p. 5.

(4) Али је било књига ван права које су носиле овај наслов, као што су, уосталом, и пре Гаја постојале књиге које су носиле назив *Institutio*. *Institutiones* нпр. *Institutio oratoria* од Квинтилијана (вид. Schulz, *op. cit.*, p. 167, примедба 3).

(5) Honoré, *Gaius, a Biography*, Oxford, 1962., стр. XII.

(6) Nardi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1973.

жима ове установе. Ништа мањи није значај и оних одломака који говоре о другим квазиконтрактима и о квазиделиктима.

Настанак и развој института неоснованог обogaћења, посебно исплата недугованог, морају узети у обзир Гајеву формулацију из D. 44. 7. 5. 3: „... не може се сматрати да је обавеза настала из уговора”. Онај ко прими недуговано обавезан је *quasi ex tutio*.

4. У погледу Гајевих *Res cottidianae* највише изненађују две околности. То је, најпре, начин на који су ово дело користили компилатори, а затим знатне противуречности између решења које даје ова Гајева књига и оних које налазимо у *Институцијама*. Све ово само употпуњује представу, коју иначе има један број аутора, да је Гај чудак (*Sonderling*), „аутсајдер” или човек са комплексом мање вредности.⁽⁷⁾ Међутим, да не бисмо понављали оно што смо у посебној студији о томе говорили,⁽⁸⁾ оставићемо по страни Гајеву личност у оној мери у којој је то могуће, јер је тешко раздвојити аутора од његовог дела, писати о књизи, а не и о њеном творцу.

5. У списку коришћених књига при састављању *Digesta*, тзв. *Index florentinum*, тврди се како *Res cottidianae* садрже седам коментара. Зашто је свих 77 параграфа које су компилатори користили узето из прва три коментара, а ниједан из преостала четири? Тешко је поверовати да је томе узрок немарност чланова комисије на чијем је челу Трибонијан. Да ли су оценили да ниједан пасус из преосталог, обимнијег дела, не заслужује пажњу или је по среди неки други разлог?

Објашњење, које је у прошлом веку дао Момзен, а у новије време прихватио Шулц, полази од карактера самог дела.⁽⁹⁾ *Res cottidianae* представљају један хибрид. Прве три књиге су релативно нов текст, а остатак од четири коментара није ништа друго до саме *Институције*. Зато су компилатори цитирали *Res cottidianae* само ако су користили прва три коментара, а за остало су упућивали на *Институције*.

Какав је однос између ова два саставна дела?

Упоређење сачуваних фрагмената *Res cottidianae* са онима из *Институција* показује велику сличност у распореду материје, чак и у самим формулацијама, иако, наравно, има и разлика, које су понекад толике да збуњују. Момзен и Шулц су из тога закључили да је Гај у прва три коментара препричао, уз мање измене, *Институције*, с тим што је оставио део који говори о судском поступку. Уз тако настала три коментара, додао је потпун текст *Институција*.

Ова претпоставка, додуше, објашњава чудан начин цитирања *Res cott.*, али отвара друге недоумице.

Није нам познат сличан пример из римске јуриспруденције — да један писац створи нову књигу тако што преприча већ постојеће своје дело и дода му, у целини, то исто препричано дело. Пре би се данас могли наћи неки такви или слични примери. Чиме се такав поступак може објаснити и чему би ова књига служила? Овој хипотези противурече и бројне разлике између *Res cott.* и *Институција*. Лакше је прихва-

(7) В. Kaser, *La classicità di Gaio* „Atti del simposio”, p. 48.

(8) Станојевић, *Gaius postor* — прилог историји римске правне науке, Београд, 1966, као и предговор преводу *Институција* (Београд, 1982.).

(9) Моммсен, предговор Krüger-овом издању *Институција* стр. LXVIII; Schulz, *op. cit.*, стр. 168.

тити објашњење да један аутор у одвојеној књизи, коју пише знатно касније, одступи од неких својих ранијих ставова, него да у оквиру истог дела сам себи противуречи. Зато нам се чини да објашњење за начин на који су у *Digestama* цитиране *Res cott.* треба тражити на другој страни. Вероватно су компилатори оценили садржај преостала четири коментара овог Гајевог дела као неактуелан и зато нису искористили ниједан фрагмент.

6. Ми, наравно, немамо потпуни текст књиге, зато размишљање о могућој садржини, о распореду материјала у *Res cott.*, мора бити опрезно.

Из првог коментара искоришћена су два фрагмента за 40. књигу *Digesta*. Први говори о *lex Fufia Caninia* (D. 40. 4. 24), а други о ослобођењима робова ради изигравања поверилаца — *manummissio in fraudem creditorum* (D. 40. 9. 10). Оба, дакле, говоре о манумисијама, што припада статусном праву.

Највећи број фрагмената припада другом коментару. Од укупно једанаест, већи број говори о стварном праву. Ту је најпре фрагмент који говори о јавној употреби река и речне обале, начело за које наше право, изгледа, тек треба да се избори.⁽¹⁰⁾ Затим је реч о класификацијом начина за прибављање својине (D. 41. 1. 1), Фрагмент који говори о *occupatio* је најобимнији текст посвећен овом питању, имајући у виду оне ауторе и дела које су користили компилатори *Digesta* (D. 41. 1. 3). Следе фрагменти који говоре о *alluvio*, *avulsio*, прибављању својине на острву у воденом току, својински односи при промени тока реке, *specificatio*, *confusio*, *superficies*, *inaedificatio*, засађивање и сејање на туђем земљишту, писање на туђем папирусу или пергаменту, сликање на туђем платну или папиру и *traditio*. Сва ова питања обухваћена су првим титулусом 41. књиге. У оквиру других титулуса, нашло се још неколико одломака који говоре о службеностима. Преостали одломци из другог коментара *Res cott.*, укупно четири, говоре о облигацијама.

Из трећег коментара узет је најпре обиман фрагмент који говори о квазиконтрактима (D. 44. 7. 5), и нешто мањи, који говори о квазиделиктима (D. 50. 13. 6).

Све то указује да се Гај и у овој својој књизи држао трипартиције. Тако је после права које се односи на лица (*ius quod ad personas pertinet*), што је изложио у првом коментару, прешао на „право које се односи на ствари“ (*ius quod ad res pertinet*).

Покушавајући да одговоримо на питање зашто компилатори нису користили ниједан фрагмент из преостала четири коментара, морамо поћи од њихове садржине

7. О чему су могле говорити преостале четири књиге? Претходно је питање: какав је био садржај прва три коментара? Заиста је логично да ће се Гај и овде држати, бар у основним цртама, оног плана по којем су настале *Институције*, да ће у овом трактату о *ius civile*, иако је он обимнији, изложити исте оне целине проблема, приближно истим

(10) Док се у Југославији још увек дешава да приватни власник виле загради и морску или речну обалу, римско право, управо у два фрагмента *Res cottidianae*, јасно прокламује начело да обале реке и мора могу користити сви (D. 1. 8. 5).

редоследом. Тако би за последња четири коментара остала она питања којима није било речи у прва три.

Шулц претпоставља да је трећи коментар по свој прилици садржао деликте и наследно право. Ако се у овом коментару говори о квазиделиктима, вероватно је пре тога, у оквиру истог коментара, било речи о деликтима, што је прихватљиво објашњење. „Али деликти нису могли испунити читав трећи коментар” — додаје он. И закључује да је ту морало доћи и наследно право.⁽¹¹⁾ То је већ мање прихватљиво. Исто тако је неуверљив закључак да је немогуће да су преостала четири коментара *Res cott.* посвећена наслеђивању и судском поступку, јер би то било мало материјала за тако много коментара.⁽¹²⁾

Познато је колики значај римско право, као и већина античких права, придају наслеђивању. Пре Гајеве трипартиције, излагање грађанског права почињало је правилима о наслеђивању. Део који говори о наслеђивању у *Институцијама* представља највећи комплекс параграфа, око 250, и чини другу половину другог и прву половину трећег коментара. Ако је између редиговања *Институција* и времена настанка *Res cottidianae* прошло више година, може се очекивати да ће комплекс норми наследног права бити још обимнији. Најпре зато што су и нека друга питања детаљније обрађена у овом потоњем делу. Затим, што су током другог века, баш у време Гаја, и то добрим делом после настанака *Институција*, уведене неке реформе у наследно право, међу којима су најзначајније оне које предвиђају две сенатске одлуке: *SC Tertulianum* и *SC Orfitianum*. Ако је већ у *Институцијама* било довољно параграфа да се добију два или један и по коментар, готово је сигурно да је у *Res cott.*, где се и иначе право подробније излаже, после ових реформи, које је ваљало објаснити, било довољно материјала бар за два следећа коментара, за четврти и пети.

За овакву претпоставку, ипак, постоји једна препрека.

У *Институцијама* се читаво наследно право излаже у оквиру набрајања начина на који се стиче својина *per universitatem*. Још би се то некако схватило да ово излагање није неприродно подељено између другог и трећег коментара, тако да се други коментар завршава излагањем о легатима и фидеикомисима, а трећи почиње наслеђивањем *ab intestato*. Тек *после тога* Гај прелази на облигације. Ако је следио исту логику, он је и у *Res cott.* морао најпре говорити о наслеђивању, па тек онда о облигацијама. Како су параграфи који се односе на облигације узети из другог и трећег коментара, он је морао у оквиру другог коментара изложити цело наследно право (у првом је реч о статусном и породичном праву, о *ius quod ad personas pertinet*, и тамо нема места за ову грану која спада у *ius quod ad res pertinet*).

Мишљења смо да Гај није могао овако да поступи. Томе се противи, најпре, сам обим материје. Да је у оквиру *Res cott.* изложено наследно право макар и у оном обиму који налазимо у *Институцијама* (250 параграфа), и још томе додао читаво стварно право, о коме говоре фрагменти коришћени за Дигеста, то би био несразмерно велики коментар. Стога је, вероватно, Гај исправио једну нелогичност система

(11) *Ibid.* p. 167-168.

(12) *Loc. cit.*

Институција, која је сметала и састављачима Алариковог *Бревијара*,⁽¹³⁾ па је излагање о наследном праву издвојио из стварног права и посветио му посебан један, два или чак три тома *Res cottidianae*. Један аутор тако смелог, новаторског духа, творац првог правног система у праву (трипартиције), који већ самим избором наслова својих дела показује независност мисли пишући о истој материји нову књигу, могао је запазити да ова грана права заслужује посебан део књиге. Он је, као што ћемо видети, и у другим питањима одступао од решења која је раније дао у *Институцијама*. Тиме не само да није повредио свој систем *personae — res — actiones*, већ га је још боље применио.

Следећи даље свој ред излагања, Гај је морао крај књиге посветити судском поступку (*ius quod ad actiones pertinet*). Тим проблемима *Институције* посвећују четврту књигу. Да ли је само последњи том *Res cott.* говорио о поступку или још један или два пре њега, тешко је рећи. Није искључено да је најмање у два коментара изложио систем тужби, јер је и иначе овде материја подробније изложена, а било је и новина које значе прелазак на *cognitic extra ordinem*, о чему *Институције* ништа не говоре, иако је био познат у пракси и све више потискивао формуларни поступак. Зато је, највероватније, да су четврти и пети коментар говорили о наслеђивању, а шести и седми о суђењу. Према томе, не видимо разлога зашто би четири коментара овог Гајевог дела била „превише“ (Шулц чак каже „*far too much*“),⁽¹⁴⁾ у једном делу писаном после значајних реформи у праву, када је та иста материја обухватила два и по коментара у књизи насталој вероватно двадесетак година раније, која је по обиму готово двоструко мања.

8. А сада да покушамо да одговоримо на питање: зашто компилатори нису користили последње четири књиге *Res cottidianae*.

Ако одбацимо Момзенову и Шулцову тезу (да су та четири коментара уствари саме *Институције*, тако да су их компилатори, уствари, користили, али нису наводили *Res cott.*, већ *Институције*), онда морамо поћи од саме садржине ових коментара. Наравно, претпостављене садржине, али у нади да ће нам баш ово одсуство цитата послужити као нови доказ за саму претпоставку.

Из неких разлога, које можемо наслутити, компилатори нису много марили за Гајева излагања наследног права и поступка. Ако бацимо поглед на материју која је узета из *Институција*, открићемо изненађујућу чињеницу. *Ниједан фрагмент четврте књиге Институција, која говори о поступку, није нашао места у Дигестама: Исто тако нема ниједног одломка треће књиге из онога дела у коме је реч о интестатском наслеђивању.* Из другог коментара компилатори су узели доста обиман фрагмент који говори о прибављању путем других лица (2. 86—93), који непосредно претходи наследном праву. Када су дошли до параграфа који говоре о наслеђивању, њихово интересовање као да је нагло пресахло. Из комплекса, који обухвата преко 250 параграфа, они су узели само

(13) Када су прикључили Алариковом Бревијару скраћену верзију Институција, компилатори су практично спојили други и трећи коментар, јер параграфи, после првог коментара поново почињу тећи, не прекидају се преласком на трећи коментар. То није „бесмислена интервенција“, како мисли Шулц (*op. cit.*, р. 393), већ уклањање једне нелогичности. Ако се право дели на три комплекса, и излагање права треба поделити на три, а не на четири коментара (Вид. Станојевић, *op. cit.*, стр. 135-136).

(14) *Loc. cit.*

пет фрагмената, који говоре углавном о периферним проблемима (наследно право посмрчета, 2. 133—134). Једино је нешто важније питање, које се односи на услове за пуноважност тестаента, којем је посвећен параграф 114 другог коментара.

Ако су тако поступили са *Институцијама*, које су биле познатије и важније Гајево дело, не чуди нас што су у *Res cottidianaе*, од којих је и иначе мање редова преузето, када су дошли до последња четири коментара, која говоре о наслеђивању и поступку, потпуно занемарили текст и нису преузели ниједан параграф.

И летимичан поглед на Гајево излагање, нарочито судског поступка, показује колико је он, као и већина професора, везан за прошлост. У веронском рукопису, који је вероватно млађи, у целини је изложен формуларни поступак. А у антинопољским фрагментима, који су вероватно ближи оригиналу, има чак и излагања о легисакцијом суђењу, што је члановима Трибонијанове комисије морало личити на неки правни археоптерикс. Оно што је за данашње романисте Гајева драгоценост особина, та склоност ка уопштавању и историјским пасажима, вероватно је у оно време деловала демодирано, као пуко професорско наглашање. Није ли сам Јустинијан дао налог да се саставе нове *Институције* како студенти не би учили „по старим причама“.(15) И поред свег уважавања старине (*antiquitati reverentia*), које је било искрено и дубоко, Јустинијан и његови правници су желели да створе зборник важећег права, а са тог гледишта неке од Гајевих врлина су им више личиле на мане. Они су оценили као много корисније радове других правника, у првом реду Јулијана и Паула, који су много више окренути пракси, код којих су биле обухваћене све промене у правном режиму наслеђивања, нов начин суђења, и зато су користили њихова дела.

9. *Res cottidianaе* су, према томе, заокружено дело, а не спој две целине. То је једна од оних књига у којима се на једноставан начин излажу основна начела права, дефинишу појмови, и то оним редоследом којег се аутор држао у *Институцијама*, изузев неких појединости (вероватно је наследно право издвојено у посебну грану).

Упоређење ова два Гајева дела изазива недоумице. У неким питањима, и то битним, *Институције* и *Res cottidianaе* се разилазе. Најважније разлике су у класификацији извора облигација, у начину на који се говори о реалним контрактима, о исплати недугованог. Те су разлике толике, да су неки постављали питање да ли је аутор обе књиге исто лице или су изражаване сумње у аутентичност *Res cott.* Таква скепса није оправдана. Упоређење сачуваних фрагмената *Res cottidianaе* са *Институцијама* открива истог аутора. Обе књиге припадају педагошкој литератури, којој је иначе Гај склон. У обе налазимо исту лакоћу стила, јасно излагање, добар латински језик. Неки текстови се готово дословце поклапају: дефиниција зајма, мандата, а и у другим текстовима има истих или сличних формулација (*occipatio, accessio, etc.*).

Како онда објаснити те разлике? Зашто Гај у *Res cott.* одступа од неких решења које је дао у *Институцијама*, зашто противуречи сам себи? Пре одговора на то питање, размотримо најпре те разлике.

(15) Јустинијан примећује како студенти уче по књигама које садрже „некорисно право“ или да уче измешано „корисно и некорисно“ (*Const. Omnem rel publicae, 1*).

10. Начин на који је римско право делило изворе облигација прошао је кроз три облика. Обично се, као карактеристичне за класични период, наводе две класификације: једна, старија, која све изворе дели на контракте и деликте, и друга, новија, која поред ове две уводи и трећу категорију: *variae causarum figurae*. Посткласично право је додало и трећи начин, подељивши ову последњу категорију на квазиконтракте и квазиделикте. Све то не би било чудно када се зна колико је било контроверзи између прокулеанаца и сабинијанаца (близу 40), колико се могу разликовати мишљења аутора који припадају истој школи и, коначно, када се зна колики је развојни пут прешло римско право од примитивног, религијом прожетог *ius civile* старог Рима на седам брежуљака, преко права једне државе у експанзији, до царског права бирократизоване и делом феудализоване монархије. Међутим, оно што изненађује: две од ове три поделе су дело Гаја, а и трећу је, ако не створио, а оно бар наговестио Гај.

У трећем коментару *Институција* (3. 88) стоји: „Сада прелазимо на облигације, које се најпре деле на две основне врсте: све облигације настају или из уговора или из деликта“. Ту, дакле, нема места за било какву трећу категорију. Отуда се исплата недугованог, као и односи из тјторства, убрајају у контракте, што одговара класичном виђењу ствари.

У *Res cott.*, насупрот томе, налазимо: „Облигације се рабају или из уговора или из противправних радњи или из различитих других основа“ (D. 44. 7. 1). Овај текст се и по садржини и по форми разликује од оног из *Институција*. Најпре по томе што је уведена трећа категорија („различити други основи“ — *variae causarum figurae*), затим по самој терминологији. Док је у *Институцијама* употребљена реч *delictum*, овде се наводи *maleficium*.

Већина ранијих аутора и добар део савремених, међу којима је и Гварино, објашњавају несугласност ова два фрагмента посткласичним пореклом наведеног места из *Res cott.*(16) Пољски романиста Володкјевич посветио је читаву монографију доказивању да текст није интерполиран.(17) Гросо и он су мишљења да је у *Институцијама* Гај прихватио раширено, традиционално поимање, које контракт шире схвата (активност у складу са правом из које настаје облигација), тако да обухвата и исплату недугованог.(18) Касније, међутим, Гај се ослободио овог схватања и запазио да постоји и трећа категорија.

Прерано преминули мађарски романиста, Берђ Диожди, с правом примећује: „Ма како тумачили текст, постоји јасна противуречност између *Институција* и D. 44. 7. 1. Ако би се ова противуречност састојала само у увођењу треће категорије, тумачење Гросо и Володкјевича било би задовољавајуће. Али ту има још нечега“. Диожди (Diösdi) указује на проблеме схватања контракта у класичној јуриспруденцији, које је далеко од једнообразности. Затим додаје: „Верујем да тродео извора облигација

(16) Arangio-Ruiz, D. XLIV, 7. 25 e la classificazione Gaiana delle fonti di obbligazione, „Mélanges Cornil“ I, 1925, стр. 83-95; Arangio-Ruiz, Ancora sulle Res cottidianae, „Studi Bonfante“ I, 1930, стр. 493 и сл.; Guarino, Eseggesi delle fonti del diritto romano, Napoli, 1968, p. 220.

(17) Wolodkiewicz, Obligationes ex varis causarum figuris, „Riv. Italiana per le scienze giuridiche“ 14, 1970, p. 77 и сл.

(18) Wolodkiewicz, ibid. p. 149 и сл. Grosso, Sistema del diritto romano, p. 13

није никад постојала у класичном праву, као ни категорија *variae causarum figurae*. Чудно је, али научници су обраћали пажњу једино на цитиран текст, не узимајући у обзир даље излагање у том истом делу, *Res cottidianae*, где се већ појављују категорије *quasi ex contractu* и *quasi ex malificio*... Према томе, Гај је творац, не тродообе, већ четвородообе облигација".(19)

Ући подробно у развоје идеје уговора у римском праву захтевало би много времена и простора. Иако су многе појединости спорне, изгледа да у класичном праву није реч *contractus* схватана као прецизан *terminus technicus*, са јасним значењем. Правници су се колебали између два схватања: уговор је свака двострана, тј. синалагаматичка трансакција (такав је став Лабедона), и: уговор је нека активност сагласна праву из које настаје облигациони однос (став Гаја у Институцијама).(20) А наслућује се и *consensus, conventio* као битни састојак, али пре Педија, по свему судећи, то нико није јасно изразио.

Ове разлике су схватљиве. Облигације су везане за промет, за тржиште, а овде је суверен закон размене добара приближно исте вредности, синалагаматичност. И данас англосаксонско право не признаје као уговоре трансакције код којих не постоји *consideration*, што је блиско римском схватању каузе, али није и идентично. Отуда се поклон не сматра уговором, јер му недостаје *consideration*, немају обе стране узамне обавезе.

Други став, онај који налазимо у Гајевим Институцијама, такође се може бранити. Имајући у виду важећи правни режим, уговор заиста и није ништа друго до активност у складу са правом из које настаје облигација. Основни разлог за овакву концепцију је формализам и апстрактност римског права. Форма је покривала суштину и потискивала је у други план. Ако размотримо старе начине обавезивања у Риму, видећемо да се за неке од њих чак и не тражи активност обе странке. *Expensilatio*, према претежнијем мишљењу, представља једнострану упис у књиге, и то руком самог повериоца.(21) Форма *per aes et libram* обухвата присуство обе странке, либриленса, као и најмање пет сведока, али нункупације изговара само једна странка. Тек када се римско право ослободило формализма, када почиње водити рачуна о каузи обавезе, било је могуће открити да је суштина уговора *consensus*, и до тог открића, иако је и раније било наговештаја, дошло је приближно у Гајево време. Тако је настала она чувена формулација, која се приписује Педију, иначе не много познатом правнику, ко којој „*nullum esse contractus, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem*” (D. 2 14. 1. 3). Зато је Гај у Институцијама, полазећи од старих схема, поделио изворе облигација на контракте и деликте, у чему је било и неке симетрије: дозвољена активност — то је уговор, недозвољена — то је деликт. То своје схватање је изложио не само у често цитираном фрагменту треће књиге (3. 88), што су сви запазили, већ и у одељку који говори о тужбама, што је недовољно познато: *In personam actio est, qua agimus quotiens agimus*

(19) Diödsi, *Contracts in Roman Law from the XII tables to the Glossators*, Budapest, 1881, стр. 113-114.

(20) Diödsi, *ibid.*, р. 89 и сл. Међутим, примећује Дножди, класична јуриспруденција није следила Лабедонов став (*loc. cit.*).

(21) Стојчевић, *Римско облигационо право*, Београд, 1957, стр. 61-62.

cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est... (4. 2). При оваквој подели исплата недугованог се природно нашла у групи са уговорима, јер је „активност дозвољена правом из које настаје облигација”. Али већ гада Гај изражава неке резерве: „Ипак, чини се да ова врста облигација не настаје из уговора...” Сумња је изражена, иако је објашњење натегнуто и кокетује игром речи: „... јер онај који даје ради испуњења обавезе, пре жели да угаси један посао него да закључи уговор” (*magis distrahere vult negotium quam contrahere*) (3. 89).

11. По свему судећи, Гај је дуго живео. Према процени Дербурга и Онореа, он је рођен око 110. године н.е., а преминуо је после 182. године, јер се последње његово дело односи на једну сенатску одлуку из ове године, *SC Orfitianum*.(22) Чак и да је преминуо непосредно по писању *Liber singularis de SC Orfitiano*, то даје један век од преко седамдесет година. *Институције* се тешко прецизније могу датовати, јер су вероватно редиговане у више наврата, али време њиховог настанка, бар оне основне верзије, треба тражити у последњим годинама владе Антонина Пија, дакле између 155. и 161. године,(23) када је Гају било између четрдесетпет и педесет година. *Res cottidiane* су написане најмање деценију касније.(24) Десет или петнаест година времена било је довољно једном аутору попут Гаја, који је по својој лудидности, склоности ка уопштавањима и класификацијама без премца у класичној јуриспруденцији, да измени неке своје ставове. Већ је Кригер, који иначе, неоправдано, Гаја сматра осредњим и неинвентивним писцем, запазио да су *Res cott.* пошле од истог плана од којег и *Институције*, али да представљају „дотоње усавршавање”.(25) То је много прихватљивије објашњење, него претпоставка о интерполисаном, неаутентичном тексту. Зато је Гај, у новој и обимнијој књизи у којој је изложио основне институте цивилног права, иако се држао трипартиције, по свему судећи издвојио наследно право у посебну целину, тако да је *ius quod ad res pertinet* добило три велика блока: стварно право, облигације и наследно право (док је раније наследно право ушло у састав стварног права, као облик универзалне сукцесије).(26)

Када је продрла идеја да је суштина уговора споразум што је изразио Педије „на елегантан начин”,(27) и када је, услед развоја промета и права настао број случајева које није било могуће подвести под овакво схваћен појам уговора, схватљиво је што Гај запажа да мимо уговора и деликата постоје и „различити други основи”. Он чак иде даље, јер уочава како су неки од ових „различитих основа” налик на контракте, а неки налик на деликте, чиме поставља основе за класификацију која се обично прописује посткласичарима: контракти, деликти, квазиконтракти и квазиделикти.

(22) Dernburg, *Die Institutionen des Gaius, ein Kollegienheft*, 1899. p. 62 и сл. Honoré, *op. cit.*, p. 52 и сл.

(23) В. Станојевић, *op. cit.*, стр. 121-123.

(24) Тако Honoré, *op. cit.*, глава *The chronology of Gaius works* (сматра да су *Res cott.* настала после 170. године). Шулиц је чак мишљења да је то компилација из трећег века наше ере, иако допушта и друге могућности *op. cit.*, p. 167).

(25) Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*. München und Leipzig, 1912, 2 изд. p. 211.

(26) Таквог је мишљења и Кригер, *op. cit.*, p. 209-210.

(27) Улпијан хвали Педија: *ut eleganter dicat Pedius...* (D. 2. 14. 1).

12. Један од случајева у којима Гај „није доследан себи“, је и начин на који говори о реалним контрактима. У *Институцијама* читамо: „Предајом ствари настаје уговорна облигација као код зајма. Зајам (*mutui datio*) у правом смислу речи односи се на оне ствари које се одређују тежином, бројем, мером, као што су: новац, жито, бронза, сребро, злато...” (3.90). Одговарајући део *Res cott.* се добрим делом поклапа са *Институцијама*: „Предајом ствари настаје уговорна облигација као код зајма. Зајам се састоји у стварима које се одређују тежином, бројем и мером, као што су: вино, уље, жито, новац.” Како видимо, осим неких мањих разлика (испуштена је реч *proprie* — „у правом смислу речи”, што је оправдано стилско побољшање), једина је разлика у редоследу набрајања ствари које се дају на зајам. Вино је дошло на прво место, а новац на последње. Да ли је то редослед једног професора у годинама, који се већ повукао из наставе, па може себи да дозволи нешто веће дружење са чашом него у време када је био активан? Да ли се из места на којем се налази новац може нешто закључити о привредним кретањима у једној империји која је прешла свој зенит и где се запажа натурализација привреде? Све су то, наравно, нагађања, која дају већи значај нечем што је можда пуки случај.

Знатно је већа разлика у оном што следи. После зајма (*mutui datio*) *Институције*, као пример за облигацију насталу *re*, наводе још једино исплату недугованог (*indebiti solutio*), уз оgrade о којима је напред било речи (да то и није прави уговор). Насупрот томе, „златна правила” из *Res cott.* набрајају остале контракте *commodatum*, *depositum*, и *pignus*, а испуштају исплату недугованог, коју убрајају у *obligationes quasi ex contractu*, односно у *variae causarum figurae* (D. 44 7. 5. 3.).

Не треба придавати велики значај овим разликама. У време редоговања *Институција* Гај зна за оставу у послугу. Он их, уосталом, и помиње, само не на овом месту на коме је реч о реалним уговорима.(28) Међутим, дуго су ове трансакције биле заштићене преторском *actio in factum*, а тек у Гајево време добијају заштиту цивилног права. А познато је, иако недовољно објашњено, да Гај, додуше, води рачуна у паралели између *ius civile* и *ius gentium*, али мало пажње обраћа на *ius honorarium*.(29) Осим тога, ако пажљиво прочитамо одговарајући фрагмент *Институција*, видећемо да Гај не тврди како ће набројати све реалне уговоре. Напротив, он помиње зајам примера ради, а не као једини познати случај: *re contrahitur obligatio veluti mutui dationem*. Напоменимо још да су два реална контракта, *fiducia* и *pignus*, више институти стварног него облигационог права, а да су послуга и остава уговори посебног односа, засновани на поверењу и пријатељству. Њихов значај није велики нити су извор честих спорова. Тако је Гај у *Институцијама*, које, уосталом и многе друге значајне установе испуштају, у одељку о реалним контрактима поменуо и дефинисао само зајам. У *Res cott.* је поступио другачије. У то време се већ усталила употреба цивилне тужбе за послугу и оставу, па је осетио потребу да се у овом свом делу, које је и обимније и систематичније од *Институција*, писаном око петнаес-

(28) *Inst.* 2. 50; 3. 196. 207 etc.

(29) Станојевић, *op. cit.* стр. 127-128.

так година касније, наброји и остале уговоре који се закључују предајом ствари.

13. Оба опширна фрагмента, која су редактори *Digesta* узели из трећег коментара *Res cottidianae*, говоре о „различитим другим изворима (основама) облигацијама”. Најпре су набројани квазиконтракти: *negotiorum gestio, tutela, legatum, indebiti solutio*. За ово последње Гај употребљава формулацију *quasi ex mutuo*, што је дало повода многим, углавном погрешним, хипотезама о вези између зајма и неоснованог обогаћења.⁽³⁰⁾ После тога прелази на *obligatio quasi ex maleficio; si iudex litem suam fecit, deiecta et effusa, posita vel suspensa et damnium aut furtum in navis, caupona et stabulo*. О свему овом, осим о исплати недугованог, у *Институцијама* нема ни речи. Те разлике су схватљиве ако имамо на уму да је ово доба великих промена у римском праву и да су оне у Гају имале верног тумача, који је, упркос извесној склоности ка историји, имао слуха за новине и одважности да их не само запази, већ и теоретски уобличи, макар и противуречио оном што је пре тога написао.

14. Све у свему, Гајева књига *Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII* представља, и поред њених оскудних остатака, једно важно, можда и неоправдано запостављено дело класичне јуриспруденције. Оно је један од најзначајнијих извора за римске класификације извора облигација, за теорију контраката, правно неоснованог богаћења, у којој је у пуној мери дошао до изражаја Гајев стваралачки гениј и где је Гај још једном показао да својим научним приступом надмашује остале римске правнике, који су праву прилазили више као вештини него као научи.

SUMMARY

ON GAIUS' WORK „RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM LIBRI VII”

The essay is the consequence of research the author has made of the personal life and works of Gaius, the results of which has made known in the monography „Gaius Noster” — a contribution to the history of the Roman legal science, (which shall be published in French in Holland during 1983).

It deals with the works of Gaius, which have been, without justification, neglected, primarily because Gaius's contribution (to science) and his originality over-all have been underrated, also, because this work has been left in the shadow of some better known Institutions.

The author rejects the theses of Arangio-Ruiz, Guarino and others who have expressed doubt as to the authenticity of this work of Gaius. The individuality of style, the outline (scheme) according to which the work had been written, reflect the author of Institutions.

The enigma: why had the compilers of the *Digesta* only taken up the text of the first three commentaries, has been solved by the author by departing from the presumption that the fourth and fifth commentaries spoke only about the law of inheritance, and the sixth and seventh about procedure. Separating the law of inheritance from the complex relating to

⁽³⁰⁾ Voici, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946. (В.: Станојевић, *Зајам у историји права*, Београд, 1966, стр. 97-101)

property law, Gaius had improved the system of „tripartitio” which had been implemented in the Institutions for the first time. As indirect proof of this, he states the fact that nothing from Institutions relating to procedure had been used either (not one fragment of the fourth commentary), while there are only five fragments dealing with the law of inheritance (although there are over 250 of them). The presentation of these problems, given by this professor, too closely connected with history, the compilers have astimated as old-fashioned.

Certain discrepancies between the Institutions and the „Res cottidianae” have been explained by the fact that Gaius had written the „Res cottidianae” at least fifteen years later, diverting from the solutions given in the Institutions, bearing in mind the novelties in law and doctrine (such as the new conception of the contract, the introduction of „variae causarum figurae”). Gaius had not only been the author of the dichotomy of obligations (contractus-delicta), which can be found in the Institutions, but also the division into three (contractus-delicta-variae causarum figurae), and even into four (contractus-delicta-quasi ex contractu-quasi ex degico), which had been aptly observed by Diödsi.

RÉSUMÉ

DE L'OEUVRE DE GAIUS RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM LIBRI VII

Cet article est la conséquence des recherches que l'auteur a consacrées à la personne et à l'oeuvre de Gaius, dont il a exposé les résultats dans la monographie *Gaius noster* (qui sera publié au cours de l'année 1983 en langue française en Hollande).

Il est question de l'oeuvre de Gaius qui est injustement négligée, d'abord parce que dans l'ensemble la contribution de Gaius et son originalité sont sous-estimées et, ensuite parce que ce livre est resté dans l'ombre des Institutions beaucoup plus connues.

L'auteur rejette les thèses d'Arangio-Ruiz, de Guarino et des autres auteurs qui mettent en doute l'authenticité de cette oeuvre de Gaius. La particularité du style, le schéma d'après le quel l'oeuvre est écrite révèlent l'auteur des Institutions.

L'énigme: Pourquoi les compilateurs du Digeste ont dépouillé seulement les textes des trois premiers commentaires, l'auteur résout de telle manière qu'il part de l'hypothèse que la quatrième et la cinquième traitaient les questions de droit de succession et la sixième et la septième de la procédure. En séparant le droit de succession des complexes qui se rapportent au droit réel Gaius a amélioré le système de la tripartition qu'il a appliqué la première fois dans les Institutions. Comme preuve indirecte il cite la circonstance que même des Institutions rien n'a été utilisé qui se rapporte à la procédure (aucun fragment du quatrième commentaire), et seulement cinq fragments qui traitent les questions de droit de succession (quoiqu'il y en a plus de 250). L'exposé relatif à ces problèmes de ce professeur, qui est trop attaché à l'histoire, les compilateurs ont estimé comme étant démodé (inactuel).

Certaines discordances entre les Institutions et *Res cottidianae* sont expliquées par le fait que Gaius a écrit *Res cottidianae* quinze ans plus tard, et il s'est écarté des solutions qui sont formulées dans les Institutions, en tenant compte des nouveautés dans le droit et la doctrine (la nouvelle conception du contrat, l'introduction de *variae causarum figurae*). Ainsi Gaius est l'auteur non seulement de la dichotomie des obligations (contractus-delicta), que nous trouvons dans les Institutions, mais aussi de la division tripartite (contractus-delicta — *variae causarum figurae*), et même de la division quadripartite (contractus — delicta — quasi ex contractu — quasi ex delicto), ce que Diödsi a remarqué avec exactitude.