

György Diószdi: CONTRACT IN ROMAN LAW — From the Twelve Tables to the Glosators, Budapest Akademiai Kiadó 1981. p. 230.

Познати мађарски романиста међународне репутације Берџ Диожди завршио је ову монографију непосредно пре своје преране, трагичне смрти 1973. Тиме је на жалост прекинута једна изузетно плодна стваралачка активност, која се увек одликовала студиозношћу, ширином у приступу и оригиналношћу идеја. Пошто је ова последња студија остала у рукопису, за штампу су је приредили његови најближи сарадници, а на иницијативу Мађарске академије наука недавно је објављена и на енглеском језику.

Књига је подељена на четири поглавља. На почетку су дате уводне напомене, затим следе два одељка посвећена контракту у римском праву до Јустинијана, да би у задњем била изложена судбина ове правне институције после пада Рима до појаве Глосаторске школе.

У *уводном делу* аутор посвећује велику пажњу питањима везаним за методолошке основе на којима, по његовом мишљењу, треба да почива проучавање било које правне институције, па самим тим и контракта. Као научник марксистичке оријентације, он истиче да истраживачки рад у области историјско-правних наука не може за полазиште узети савремене правне појмове и теоријске поставке и на њима заснивати проучавање прошлости. Историја било које правне институције не може се исправно схватити ако се крене од садашњости као узора, а затим, поступним кретањем уназад ка све даљој прошлости тражити не само зачетке, него чак и објашњења неких савремених појава које желимо да анализирамо. Такво проучавање било би у супротности и са самим током историјског збивања, јер уместо да се наше мишљење креће „према садашњости“ оно иде ка прошлости полазећи „од садашњости“. Диожди се залаже за другачију полазну основу, ону која би почивала на чињеници да је основна друштвено-економска функција контракта да омогући настанак узајамног обвезивања правних субјеката заштићеног правом. Управо то обвезивање између странака представља заједнички именитељ под који се могу подвести најразличитије врсте уговора, без обзира о ком историјском периоду или друштвеној средини је реч. Њихова економска садржина у највећем броју случајева може бити размена робе, али се тиме она никако не исцрпљује.

У *другој глави* аутор прелази на анализу контракта у римском праву од Закона XII таблица до Јустинијанове кодификације. Полазећи од схватања да су правне институције скуп норми којима се обезбеђује остварење увек истог друштвено-економског циља. Диожди сматра да неки правни институт може егзистирати и независно од тога да ли се у свести људи оформио самосталан појам нпр. својине, уговора и сл. Отуда је могуће говорити о „контракту“ у доба Закона XII таблица, мада се одговарајући појам јавља тек касније. Односи обвезивања у најстарије доба римске правне историје настали су уз помоћ свега неколико тада постојећих правних форми. Манципација је вероватно била највише у употреби јер су се уз помоћ ње постизали најразличитији економски ефекти: купопродаје, поклона, зајма, изгледа и закупла, а уговарањем фидуције остваривали су се већ и у том примитивном праву ефекти залога, депозита, а можда и послуге. Овако посматрана

историја контракта у доба Закона XII таблица не би дала толико сиромашну слику правно санкционисаних односа обвезивања, какву често срећемо поготово у делима старијих романиста. Диожди сматра да је велики број контраката већ тада постојао, али се њихова друштвено-економска садржина још није уобличила у одговарајућу правну форму.

Из предкласичног периода постоји веома мало директних правних извора, али се на основу њих ипак може закључити да манципација губи ранији значај а да стипулација постаје општи начин за заснивање уговорних обавеза. Дошло је и до настанка неких нових контраката код којих облигациони однос настаје тек предајом саме ствари — тзв. реални контракти, а касније и они код којих је довољна проста сагласност воља двеју странака — тзв. консензуални контракти. Све више губе значај правни послови са непосредним извршењем чиниоде (*spot transaction*) уступајући место обвезивањима код којих се извршење јавља касније, што нужно доводи и до формирања институција накнаде штете услед неиспуњеног уговора.

Посматрајући у главним цртама развој уговорног права класичног периода, Диожди запажа да настају поједини контракти који нису више одговарали развијеним друштвено-економским односима (нпр. литерарни контракти), док са друге стране указује на појаву неких нових облика обвезивања (*fenus nauticum, aestimatum* и сл.) чија бројност ни изблиза није тако велика како се у литератури то често представља. Он се супротставља мишљењу да су безимени контракти настали у посткласичном периоду или чак у доба Јустинијана, и приклања се тези Казера да су неки „мешовити“ и „атипични“ споразуми странака имали санкцију већ и у класичном периоду, те да се текстови који нам на то указују не могу сматрати интерполисаним. Као задњу карактеристику овог периода аутор запажа битну трансформацију најважнијег римског уговора — *stipulatio*, чији значај у пракси је изузетно порастао, тако да се строго прописане речи нису више стриктно поштовале, нити су морале бити изговорене само на латинском језику.

Критикујући схватање по којем посткласично римско право карактерише потпуно губљење прецизности правних појмова класичног периода, терминолошки хаос, долазак у први план лаичког мишљења и сл., Диожди се залаже за обазривију оцену овог периода од оне коју дају нпр. Ернст Леви, Казер и други познати романисти. Он, напротив, истиче да је Јустинијаново право наследило све најбитније карактеристике уговорног права класичног периода и да је, шта више, институција контракта остала релативно нетакнута. За разлику од претходног периода у којем се контрактна одговорност још увек у појединим случајевима третираше казуистички, у посткласичном праву формирају се општа правила накнаде штете услед неиспуњења уговорних обавеза.

У *трећој глави* ове студије, Диожди се бави терминолошким проблемима желећи да пружи нека нова тумачења већ познатих извора, у којима се појављују термини *contractus* и *contrahere*, као и појам *pactum* који се најчешће схвата као супротност претходним.

Диожди сматра да се глагол *contrahere* не може сврстати у правно техничке термине тачно одређене садржине, јер се он подједнако користи како за означавање самог акта закључења неког уговора, тако и за уговарање венчања, заснивање сродства, па и за обвезивања која нису правно релевантна (нпр. *contrahere contubernium*). С друге стране, закључење уговора могло се исто тако изразити и глаголом *gerere*, што значи да једино на основу чињенице да у изворима не постоји глаголски облик *contrahere*, не можемо дефинитивно закључити да ли се у конкретном случају ради о контракту или не. Исто тако и именица *contractus* коришћена је у најразличитијим значењима не само током једног периода римске историје, него чак и од стране једног истог ученог правника. Сасвим је јасно да ови закључци стављају под знак

питања и традиционално објашњење појма *pactum* као неформалног, незаштићеног споразума. Наиме, уколико је значење термина *contrahere* и *contractus* неодређено и њихова примена недоследна у изворима, онда ни *pactum* не може бити негативни еквивалент некаког непостојећег појма. Једино је сигурно да *pactum*, *pactio* или *conventio* никада нису коришћени за означавање неког самосталног споразума, нити се пак ти могу сматрати претечама данашњих тзв. атипичних контраката. Реч *pactum*, односно њени синоними, у изворима увек означавају споразуме који су у зависности од претходно или истовремено насталог правног односа, мењајући га, употпуњујући његову садржину или одлажући привремено његово дејство. Диожди сматра потпуно погрешним схватање по којем *pactum* не ствара *actio*. То се, по њему, најбоље види код *pactum fiduciae* којим се установљавао најстарији облик zaloженог права, где је као основа за подизање тужбе служио управо овај додатни споразум, а не уговор *bona fidei* уз који је закључена фидуцијарна клаузула. Одговарајућу *actio* нису имали једино *nudum pactum*, код којих је атрибут *nudum* очигледно био нешто више од обичног језичког украса. Он је имао сасвим одређено правно значење, обухватајући све оне неформалне споразуме странака којима су се накнадно мењали већ постојећи правни односи. Међутим, *nudum pactum* није био лишен било каквих правних последица, јер је између осталог рађао и право на приговор, што потврђује и познат Улпијанов текст: *Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (Д. 2, 14, 7, 4).

Чињеницу да Римљани нису имали јасно уобличене неке најосновније правно-техничке термине, Диожди објашњава карактеристикама самог грађанског судског поступка, који је пружао заштиту једино оним правним односима за које је унапред била предвиђена одговарајућа *actio*. Да би нека чињеница постала правно релевантна, било је потребно да буду типичне садржине и тек тада им се могла унапред обезбедити именована тужба, док је за случајеве који нису били уобичајени била предвиђена *actio in factum*. Отуда је у поступку било далеко важније обратити пажњу на скуп чињеница на основу којих је у конкретном случају и настало узајамно обвезивање странака (*contractual facts of cases*), него полазити од некаког унапред утврђеног општег појма уговора. То је потпуно супротна логика од оне коју сусрећемо у правним системима заснованим на кодификованом праву, јер они управо почивају на развијеним теоријским поставкама и из њих изведеним правно-техничким терминима. Диожди у томе види паралелу између класичног римског права и савременог англо-саксонског, на једној страни који карактерише прагматистички приступ, и на другој страни између Јустинијановог права и данашњег тзв. континенталног правног система, који теоријску обраду правних појмова стављају у први план. Међутим, тешко је поверовати да класични правници, па чак и њихови претходници, нису били свесни да је за настанак неких облигација био потребан споразум две странке, јер да би се толико очигледно чињеница уочила није потребан висок интелектуални ниво нити посебно правно образовање. Они су вољни елемент свакако запазили, али се нису њиме посебно бавили јер то нису ни захтевале потребе праксе. Све док није дошло до потискивања *actio*-система у посткласичном праву, у том погледу није се ништа битније променило. Тек ће Јустинијаново право, као и савремено континентално право произишло из њега, питање сагласности воља третирати као изузетно сложен и важан проблем који је неопходно проучавати сасвим одвојено од осталих. На тај начин се, за разлику од енглеског права, тежиште правничког размишљања донекле помера са питања правне валаности облигације у целини и усмерава на само један од постојећих — али по Диождију никако не и најважнији, елемент уговорног обвезивања. Од Савиљија, Пухте, преко Виндшајта па све до данас, може се запазити мистификовање теорије слободе воље и претерано истицање њеног значаја. Диожди запажа да се преко немачке пандетистике овакав једностран приступ пренео, уз минималне корекције, и у права социјалистичких земаља.

У последњем, *четврто*м поглављу, аутор прати правну судбину контракта после пада Римске империје, па све до појаве школе Глосатора у 11. веку. Он се изричито супротставља схватању по коме се развој неке правне институције може објаснити првенствено економским фактором и истиче да је неопходно узети у обзир и општи културни ниво одређене епохе. Ранофеудалну западну Европу карактерише истовремено постојање елемената најразличитијих култура на једном тлу што је неминовно морало утицати и на, право тога доба које је настало на том тлу. Духовно наслеђе Рима које је већ увелико изгубило своја класична обележја, сједињује се са културном традицијом германских народа, док на другој страни хришћанство и византијски утицај источно-хеленистичког порекла употпуњују овај шаролики мозаик којем у то време неће недостајати ни блиски контакти са тек створечом арапско-исламском културом. Видети у овом периоду само замирање античких градова и престанак робно-новчаних односа, била би отуда не само упрошћена, него у крајњој линији и нетачна слика.

Анализирајући правне изворе тога доба на територији Франачке, Визиготске и Лангобардске државе, Диожди примећује да се у њима врло често говори о градовима, тржницама, о привилегијама пословних људи, самосталним занатлијама, спомињу се правила поморског промета, уговори са казним одредбама у новцу а не у натури и сл. На основу тога он закључује да се после пада Рима континуитет затеченог нивоа економског живота углавном и даље наставља. То свакако није развијена робно-новчана привреда из периода Принципата, него економија једног већ увелико дезинтегрисаног и ослабљеног царства, у којем су елементи натурализације присутни, али не и доминантни. Трајни пословни односи засновани на уговорном обвезивању нису могли ишчезнути, мада су их хаотична политичка ситуација и недовољно учвршћена државна организација у великој мери спугавали. У тим условима док неки контракти потпуно нестају (као нпр. *emptio-venditio*, *mandatum*, *receptum argentarii*), а други губе свој ранији значај (уговори о закупу, најму или ортаклуку), дотле се на другој страни појављују неки нови типови уговора који ће дати обележје целој феудалној епохи — реч је о тзв. вазалним уговорима. Диожди истиче да њихово порекло никако не треба тражити у позноримском патроцинијуму, не само због тога што у то време највећи део Јустинијанове кодификације није уопште био познат, него и због битне разлике у садржини ове две правне институције. Док феудалац даје путем уговора земљу потчињеном вазалу, дотле код патроцинијума слободни ситни земљопоседник уступа своју земљу крупном латифундисти који му обећава заштиту. По Диождију далеко веће сличности постоје између вазалних уговора и институције германског права *Gefolgschaft*, па би даља проучавања требало да иду у том правцу.

Анализирајући обимну архивску грађу, Диожди је дошао до још једне карактеристике ранофеудалног права западне Европе. Он, је, користећи се статистичким методом на скоро 300 узорака, утврдио да у великом броју докумената уговорног карактера у којима се појављују термини *stipulatio*, *sponsio* или *spondere*, ове речи не производе никаква битна правна дејства. Валидност правног односа не зависи од уношења оваквих клаузула, већ су оне највероватније давале свечанији изглед самом акту обвезивања. Ова појава се по Диождију, може запознати већ и у позноримском праву, када упоредо са напуштањем класичног схватања појма *actio*, уношење речи *stipulatio* у уговор постаје непотребно уколико се желела обезбедити његова утуживост. Преко латинског језика сачувао се термин *stipulatio* и у средњовековном праву, али истоимена правна институција није више имала ранији значај.

По Диождију, свакако најинтересантнија појава у уговорном праву овог периода је ишчезавање општих правила о накнади штете и изузетно честа примена уговорне казне тј. клаузуле у уговору којом се предвиђа исплата фиксне суме новца у случају неиспуњења обавезе, а понекад и санкција религиозног карактера (екскомуникација, анатема

и сл.). Римска *stipulatio poenae* није ни приближно имала тако широку примену у било ком периоду. Осим тога она никад није могла производити стварно-правна дејства према трећим лицима, као што је то могла уговорна казна ранофеудалног права у коме је разликовање правних односа *in rem* и *in personam* било непознато. Тек ће са појавом Глосторске школе ова разлика бити опет актуелна, тако да у уговорима насталим после 12. века постаје незамисливо да странке предвиде санкцију везану за понашање трећег лица. У поступку пред редовним судовима оваква клаузула није више узимана у обзир. Са оживљавањем трговинских веза у 12. и 13. веку и установљавањем стабилнијих робно-новчаних односа, осетиће се поново потреба за богатјим скалом степеновања одговорности дужника у случају неиспуњења уговора него што је то пружала објективизирана санкција код уговорне казне. Ова институција неће потпуно нестати, али њен значај ни изблиза неће више бити онако велики као у претходном периоду. Отуда општи принцип накнаде штете и правила о контрактној одговорности налазе поново своје место у пракси.

Ову студију Диожди завршава веома интересантном тезом по којој општи значај уговорног обвезивања у једном друштву расте уколико више уколико слаби моћ саме државе. У ситуацији када је друштвено уређење стабилно, успоставља се релативна уравнотеженост између уговорних односа који су настали као резултат слободног споразумевања странака и оних приликом чијег се заснивања непосредно уплиће држава ради обезбеђења неких интереса опшტიјег карактера. Међутим, уколико државни апарат енормно ојача његово уплитање у сферу приватног живота појединца узима неслуђене размере, тако да се чак и они односи који су се раније искључиво остваривали помоћу уговорног обвезивања, сада их држава регулише административним, принудним путем. Институција контракта тиме бива потиснута у други план и њен значај изузетно умањен. Диожди сматра да се тај процес може запазити и на примеру позног источноримског царства. Док је Рим, наимае, био на врхунцу своје моћи, свако ко је желео да обрађује туђе земљиште могао је са његовим власником закључити уговор о закупу. Међутим, у доминату закупи постају колони везани за земљиште и њихов положај, права и обавезе нису више ни формално регулисани неким посебним уговором, већ императивним законским нормама.

Сам аутор увиђа да ова запажања нису потпуно у складу са у главном прихваћеним мишљењем да је контракт типична правна форма кроз коју се остварује размена добара и да развој уговорног права првенствено зависи од тог фактора. Диожди истиче да уговорно право само делимично одговара датим друштвено-економским односима, јер историја понекад даје и сасвим супротне примере. Треба се само подсетити изузетно развијеног привредног живота античке Грчке који није дао ништа више од рудиментарних форми уговарања. Исто тако, у средњем веку трговина на Западу не доживљава свој процват, али бројна обвезивања не само да и даље постоје, него тзв. вазални уговори представљају основне карике на којима почива целокупна структура феудалног друштва. Путем њих организована је јавна управа, војска, црквена организација, па чак и остварење неког права на суду. Отуда Диожди закључује да значај уговорног права у то доба не само да се није умањео, него је чак далеко већи од оног у римском праву класичног периода!

На крају, може се приметити да се са појединим ставовима аутора ове студије није лако сложити, а на неодрживост неких закључака указали су већ и њени приређивачи у посебним напоменама. Сигурно да би неке грешке и противречности отклонили и сам Диожди да је био у могућности да изврши последњу ревизију свог текста. Међутим, и поред свега, неспорно је да је у овој књизи дата веома снажна и упечатљива слика развоја римског контрактног система кроз дуги временски период, као и мноштво подстицајних идеја за даља истраживања. За сваког романисту, ова студија постаје незаобилазна литература, али изузетна лакоћа у излагању и ширина у приступу приближиће је и свим другим научницима који се баве правно-историјском проблематиком.