

Милена Полојац

ПОДЕЛА ДОБИТИ И ГУБИТКА МЕЂУ ОРТАЦИМА – РИМСКО ПРАВО И МОДЕРНА РЕШЕЊА

У овом чланку аутор, на основу расположивих римских правних текстова, показује како у позадини веома либералног става римског права, кад је реч о подели добити и губитка међу ортакцима, стоји дуз историјски развој овог институција. За најстарији тип ортаклука свих добара везано је правило о подели добити и губитка на једнаке делове у недостигању дружачије с поразума сиранака. Један од важних заокрепа у развоју институција представљао је моменат када се удео ортака могао сасијојати искључиво у раду, а не као до тада само у кинталу, а такав ортак могао је договором сиранака бити искључен из поделе губитка ортаклука. Анализирајући одредбе модерних законодавстава које се односе на питање поделе добити и губитка међу ортакцима, аутор доказује несумњив, снажан утицај римског права, уз закључак да се римска решења преузимају због своје рационалности и супериорности, а понекад на првом месту као дуз традицији и великом поштовању према римском праву.

Кључне речи: Добити. – Губитак. – Лавовски ортаклук. – Мешовити ортаклук.

Питање поделе добити и ризика међу ортакцима представља важно питање у режиму удружења када се има у виду да је циљ ортаклука по правилу стицање имовинске користи, профита.¹ О овом питању своје мишљење дала је читава плејада најугледнијих

1 Што се циља ортаклука у римском праву тиче, у литератури се прави разлика између ортаклука који имају за циљ само коришћење, уживање заједничке имовине, какав је нпр. случај код ортаклука свих добара (*societas omnium bonorum*), од оних који су основани у сврху привређивања, дакле, стицања имовинске користи. За први тип користе се нпр. називи *societas non questuaria*, *Nutzungsgesellschaft*, *società di mero godimento*, док се други тип назива *societas questuaria*, *Erwerbsgesellschaft*, односно *società di industria*. Види: М. Kaser, „Neue Literatur zur 'Societas'“, *Studia et documenta historiae et iuris*, *SDHI*, 41 (1975), стр. 311 и сл.; F. Cancelli, „Società (diritto romano)“, *Nuovissimo Digesto Italiano (NNDI)*, vol. 17, 1961, стр. 503.

правника преткласичног, класичног и познокласичног периода, почевши од Квинта Муција Сцеволе², Сервија Сулпиција³, Масурија Сабина⁴, Гаја Касија Лонгина⁵, Аристона⁶. Гај у *Институцијама*, Улпијан у својим коментарима *ius civile*-а, као и Јустинијанови правници, састављачи императорског уџбеника са законском снагом, преносе мишљења ових правника, истовремено у извесној мери интерпретирајући њихове ставове.

Решења која је понудила класична римска јуриспруденција почевши од Сервија Сулпиција, представља снажну афирмацију принципа аутономије воље.⁷ Начело слободе уређивања односа међу ортацима изражено је најпре у Јустинијановим *Институцијама*, 3.25.1, речима: *Quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent.* (Онако како су странке уговориле, то треба да буде поштовано.) Гај нас затим информисе која су решења уколико странке нису ништа уговориле о подели добити и ризика, не искористивши тако прилику да њихова воља постане закон.⁸

Inst., 3.150: *Ex illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est similes partes erunt.*

У случају да није ништа уговорено о уделима у добити и ризику, јасно је да ће и добит и штета бити подељени на једнаке делове. А ако је о једном изричито уговорено, нпр. о добити, а о другом није, на оно о чему није уговорено примењује се исти однос као и на оно о чему је уговорено.

2 Најпознатији из чувене породице правника и најутицајнији правник у периоду републике, поред Сервија Сулпиција. Конзул у 95. п.н.е и *pontifex maximus* у 82. г. п.н.е. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952, стр.18 (нр. 28/1).

3 Servius Sulpicius Rufus, поред претходно поменутог Квинта Муција Сцеволе, најпознатији и најугледнији правник из периода републике. Припадао је патрицијима, али је његова породица сумњивог нобилитета. Други пут је изабран за конзула 39. п.н.е. *Op. cit.*, стр. 25 (нр. 40/1).

4 Припадао је витезовима. Од Тиберија је добио *ius respondendi*. Припадник школе Сабинијанаца по коме је школа и добила име. *Op. cit.*, стр. 119 (нр. 6/II).

5 Правник из породице која је припадала високој аристократији. Обављао је многе државне функције: *consul suffectus* 30. н.е., *proconsul Asiae* 40/41. н.е., *legatus Augustus pro praetore Syriae* 45/49. н.е. Био је припадник школе Сабинијанаца. *Op. cit.*, стр. 130 (нр. 14/II).

6 Титиус Аристо, ученик Гаја Касија Лонгина. Поред Јаволена и Нерација, био је најпознатији правник на преласку из првог у други век. *Op. cit.*, стр. 141 (нр. 25/II).

7 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, стр. 457 и сл.

8 Исту информацију даје и Улпијан: D.17.2.29pr (Ulpianus 30 ad Sabinum): si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat.

Додуше, овај принцип слободе уређивања односа међу ортацима има и своје границе, али оне веома мало угрожавају слободу странака. Наиме, у класичном римском праву дозвољено је:

1) да положај ортака међусобно буде неједнак у погледу поделе добити и ризика, тј. да поједини ортаци суделују у различитим квотама у подели добити и штете.

2) да поједини ортак сноси различиту квоту добити у односу на ризик.

3) да поједини ортак буде потпуно искључен из поделе ризика⁹.

Није дозвољено да ортак буде искључен из поделе добити, а да сноси искључиво штету. О овом решењу које је познато као лавовски ортаклук (*societas leonina*) информише нас Улпијан у свом коментару *ius civile*-а преносећи став Аристона, односно Касија:

D.17.2.29.2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

Аристон наводи да је Касије одговорио да се не може основати такав ортаклук у којем би неко стицао само корист, а други само штету; такав ортаклук обично се назива лављим. И ми се слажемо с тим мишљењем да је уговор о ортаклуку у којем би један само стицао, а други не би имао никакве користи, него сносио штету – ништав, јер је најнеправичнији облик ортаклука онај у којем неко сноси штету, а нема и користи.

До овако либералног става Римљани нису дошли одмах нити на једноставан начин. Изгледа да је слободоумље римског класичног права плод једног наглог заокрета и раскида с традицијом коме је претходило жестоко супротстављање мишљења јуриспрудената. Зато је спорно питање да ли један ортак може сносити различит удео у добити у односу на његов удео у ризику. Гај га је у својим *Институцијама* назвао *magna questio*:

Gai Inst., 3.149: *Magna autem quaestio fuit an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet, quod Q. Mucius „contra naturam societatis esse existimavit, sed Servius Sulpicius, cuius“ etiam prevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur ut aequum*

⁹ Gai Inst., 3.149, Justiniani Inst., 3.25.2, D.17.2.29.1 (Ulpianus 30 ad Sabinum). Улпијан се позива на мишљење Касија и Сабина.

sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

Веома је спорно било да ли се може уговорити ортаклук тако да један ортак има већи удео у добити, а да трпи мањи ризик. Тако штогод Квинт Муције је (сматрао противним природи ортаклука. Али, Сервије Сулпиције, чије је) мишљење преовладало, сматрао је да је такав ортаклук могућ у тој мери, да би се чак могло уортачити тако да неко уопште не учествује у ризику, а ипак дели добит, ако је његов удео/рад толико драгоцен да је са гледишта правичности оваква клаузула оправдана. А може се и тако уортачити да један улаже имовину, а други не улаже, па да ипак заједнички деле добит, јер често нечији рад вреди колико имовина.

Веома сличан текст је и онај из Јустинијанових *Институција*, 3.25.2, који нам потврђује оно о чему сведочи Гај:

De illa sane conventione quaesitum est, si, Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.

Постављало се питање да ли се уговор о ортаклуку, у којем су се Тиције и Сеј тако споразумели да ће на Тиција отпадати два дела користи и трећи део штете, а на Сеја два дела штете и трећи део користи, може сматрати ваљаним? Квинт Муције је сматрао да је такав споразум супротан природи ортаклука и да због тога не може бити ваљан. Међутим, Сервије Сулпиције, чије је мишљење преовладало, сматрао је супротно, јер је често рад појединаца у ортаклуку толико вредан да им је правично одредити повољнији положај у ортаклуку, када се и иначе, изван сваке сумње, може основати ортаклук у који један уноси новац, а други га не уноси, па ипак им је добит заједничка, јер често рад једнога вреди колико и новац. Стога је прихваћено стајалиште супротно мишљењу Квинта Муција, да се може основати и такав ортаклук у којем неко добија део користи, а за штету не одговара, што је и сам Сервије сматрао оправданим; ипак, то треба разумети тако да, ако се у

неком послу појави корист, а у другом штета, треба извршити компензацију, па се оно што преостане узима као корист.

Због велике сличности између текста Гајевих и Јустинијанових *Инсџијиуија*, празнина која је постојала у тексту веронског рукописа, означена заградама, а која је давала супротан смисао тексту, попуњена је помоћу истоименог Јустинијановог дела.¹⁰

Неки аутори, међутим, поред ове несумњиве сличности, проналазе и наглашавају разлике између текстова. Највише пажње том питању посветио је Аранђо-Руиз који предњачи у покушају да пронађе минуциозне, али по његовом мишљењу суштинске разлике између текстова Гајевог и Јустинијановог уџбеника. Успоредујући две формулације, прву из императорског уџбеника, која гласи: *quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti* и другу из Гајевих *Инсџијиуија*: *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*, утицајни италијански романиста дошао је до закључка да је реч о два битно различита решења. У Јустинијановим *Инсџијиуијама*, према његовом тумачењу, говори се само о разлогу због којег може доћи до уговарања различитих пропорција у добити и ризику за појединог ортака, у овом случају реч је о вредности рада једног од ортака, због чега је праведно да један ортак има бољи положај од другог. У Гајевим Институцијама, међутим, процена да ли је праведно да један ортак има бољи положај у односу на друге ортаке препуштена је судији, који ће у поступку поводом подизања *actio pro socio* закључити да ли је споразум ортака ваљан или није.¹¹ Овакву врсту решења која је дата у Гајевим *Инсџијиуијама*, аутор упоређује с питањем које се постављало приликом уговора о купопродаји: да ли је цена правична (*iustum pretium*) и институтом који је поводом тога настао – *laesio enormis*, у којем се улазило у питање еквиваленције узајамних давања. Аутор тако закључује да су Гајеве *Инсџијиуије* претрпеле интервенцију посткласичног глосатора који је у проблем поделе добити и ризика унео став посткласичног права. Наиме, познато је да је у посткласичном периоду дошло до промена у праву у смеру већег моралисања, ограничавања аутономије воље странака и интервенционизма од стране државе, који се у овом случају огледа у

10 Овакву реконструкцију извршио је Гешен а касније ју је прихватила већина романиста. Међу онима који нису прихватили ову реконструкцију, треба поменути Беселера, романисту склоног радикалним и мало вероватним решењима, што је показао и у овом случају. Његова реконструкција гласи: *Quod Quintus Mucius et Servius Sulpicius negabant: Cassius autem cuius etiam praevaluit sententia etc.* По његовом мишљењу, дакле, раскид са конзервативним ставом почиње од Гаја Касија Лонгина. *Studia et documenta historiae et iuris, SDHI, 4, 1938, стр. 295 и сл.* Види такође V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, стр. 96.

11 V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 100 и сл.

широким овлашћењима судије. За разлику од Гајевог уџбеника, према виђењу Аранђа-Руица, Јустинијанов изражава више став класичног права. Тако су позиције ова два чувена уџбеника промењене, па Гајево дело, настало у класичном периоду, изражава посткласичан став и обрнуто, Јустинијанов уџбеник, који је настао у посткласичном периоду, изражава став класичног римског права.¹²

Иако оцењено као атрактивно¹³, тумачење Аранђа-Руица није у основи прихваћено,¹⁴ што се чини оправданим. Наиме, кад је реч о овако сличним формулацијама које постоје између текстова Гајевих и Јустинијанових *Инсџијиуиџа*, тешко је међу њима тражити неку дубљу разлику осим оне која се своди на питање стила. Не изгледа уверљива тврдња да се у Гајевим *Инсџијиуиџама* више моралише, јер формулација *aequum sit* коју је употребио Гај и *iustum sit*, израз који користе Јустинијанови компилатори, на сличан начин упућују на примену принципа правичности.¹⁵

Међутим, наведени текстови дају основ за конструктивнију анализу. Наиме, овде представљено конзервативно мишљење Квинта Муџија Сцеволе, које не допушта да поједини ортак сноси различиту квоту добити у односу на ризик, свакако се не може потценити због великог престижа и угледа који је овај републикански правник уживао захваљујући свом знању и умешности. Овакав став чувеног републиканског правника могао би бити везан за ранији период, када се удео у ортаклуку могао састојати искључиво у капиталу, стварима или новцу, а не у раду.¹⁶ То је блиско менталитету античког човека који, као што је познато, рад није схватао као нешто што би се могло процењивати у новцу. Нарочито је наилазило на отпор схватање да се рад слободних људи који обављају неке више службе у држави може вредновати у новцу. Осим тога, капитал који ортаци улажу као свој удео сигурнији је него обећани, у будућности евентуално остварени рад.¹⁷

Полазећи од овакве претпоставке, могуће је у основним цртама скицирати развој на следећи начин:

12 *Idem*, стр. 101.

13 A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, first print. Oxford 1965, repr. 1984, стр. 138.

14 Е-Н. Kaden, *IURA*, II, 1951, стр. 230–235 (рецензија књиге Arangio-Ruiz, V., *La società in diritto romano*), нарочито стр. 233. Такође у рецензији F. Wieacker, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, ZSS, 69 (1952), стр. 488–506.

15 Вијакер сматра, као и његов италијански колега, да је Јустинијанов текст бољи од Гајевог, али он, за разлику од Аранђа-Руица, не види битнију разлику у самом смислу текстова. F. Wieacker, *op. ult. cit.*, стр. 498.

16 Овакво схватање има нпр. F. Wieacker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, стр. 253. Супротно, A. Guarino, *Societas consensu contracta*, Napoli, 1972, стр. 25, који сматра да су отпочетка били могући тзв. мешовити ортаклуци у којима је као удео могао фигурирати капитал и рад.

17 О овоме детаљније М. Kaser, *op. cit.*, стр. 314.

а) У ортаклуку свих добара (*societas omnium bonorum*) који се може сматрати најстаријим, или у најмању руку једним од најстаријих типова ортаклука, сваки ортак уносио је једнак удео у имовини (капиталу), па је логично да је на сваког ортака отпадао једнак удео како у добити, тако и у губитку. Овакав режим у ствари је последица чињенице да су ортаци браћа, законски наследници умрлог *pater familias* (*sui heredes*) који наследство деле на једнаке делове. Информација коју добијамо од Гаја о томе да се, ако међу ортацима није ништа уговорено, добит и губитак деле на једнаке делове (3.150), може се довести у везу са ортаклуком свих добара и његовим режимом поделе добити и ризика. Наиме, правило које је важило за најстарији тип ортаклука добило је генерално значење и као такво примењено на све облике ортаклука.

б) Код осталих типова ортаклука (*societas questus, societas alicuius negotiationis, societas unius rei*) који су претежно склапани ради остварења имовинске користи, улог ортака се у почетку такође састојао искључиво у имовини, не и у раду. Рад ортака се подразумевао као нешто природно и у домену добре воље ортака и није се вредновао као улог. Удели појединих ортака у имовини могли су бити различите вредности. Како се није новчано вредновао допринос појединих ортака у раду, него само у имовини, одређена квота за појединог ортака у добити, која је по правилу зависила од висине његовог имовинског удела, није могла бити различита од његовог учешћа у подели ризика.

в) Иако се поуздано не зна када је у ортаклук било могуће као удео унети искључиво рад (*opera*), чини се вероватним да је то управо време у којем су живели Квинт Муције и Сервије Сулпиције, дакле друга половина периода Републике, јер је тзв. *magna questio* могла настати једино поводом неке важне новине у режиму уговора. Та новина могла је бити управо уношење рада као удела у ортаклук уместо новца или друге имовине. С тим у вези појавило се спорно питање како тај рад вредновати у односу на капитал, а затим како делити добит и губитак између ортака с неједнаком врстом улога.¹⁸ На новине и потешкоће које се јављају при новим

18 У вези с овим мешовитим ортаклуком и питањима вредновања рада, Казер је изнео своју претпоставку. Од момента када је тзв. мешовити ортаклук постао могућ, ортак који уноси удео у раду делио је профит и ризик према уговору, односно на једнаке делове, као и остали ортаци који уносе имовину. Ако је ортаклук пословао позитивно, ортак који улаже само рад добио би удео у профиту. Ако би, пак, ортаклук пословао с губитком, овај ортак је такође сносио део губитка. Након престанка ортаклука, само би ортаци који су унели капитал свој удео добили натраг, док би ортак који је унео рад остао без ичега, јер његов удео се не може вратити у природи. Он, такође, не може од свог удела одбити губитак уколико је салдо пасиван, као ортаци који су унели капитал, него мора осталим ортацима да плати одређену своту на име штете коју је ортаклук претрпео и која треба да се расподела на ортаке.

ситуацијама, могле би упућивати и речи Јустинијановог текста *non dubitatur* у вези с могућношћу оснивања тзв. мешовитог ортаклука. Наиме, оваква формулација у којој се наглашава да питање није спорно, употребљава се обично када је то питање претходно изазивало недоумице.

Остаје да се размотри питање поделе добити и губитка између ортака с различитом врстом улога које у извесном смислу остаје проблематично и у модерним правима. Наиме, Гајев и Јустинијанов текст говоре о томе да поједини ортак може потпуно бити искључен из поделе ризика и тај случај се доводи у везу с његовим, нарочито вредним уделом у раду. О овом питању говори такође још један текст, фрагмент из Улпијановог коментара *ius civile*, који може допринети расветљавању проблема:

D.17.2.29.1 (Ulpianus 30 ad Sabinum): *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

Касије сматра да се може основати такав ортаклук у којем једна страна не сноси никакву штету, а сви ортаци деле добит. Ово ће важити, како пише Сабин, ако је вредност рада једнака (претрпљеној) штети: често је вредност рада ортака толика да доприноси ортаклуку више него новац, ако је он једини ортак који плови или путује у иностранство или сам сноси опасност.

Правило о томе да поједини ортак може бити искључен из поделе ризика веома је либерално и даје снажну афирмацију принципу аутономије воље. Ипак, оно је дато, како из Улпијановог текста произилази, под ограничењем: *si tanti sit opera quanti damnum est*, дакле, ако је вредност рада једнака штети.

Текст није лако интерпретирати. По свему судећи, привилеговани ортак је онај чији се удео састоји у раду који има изузетну вредност за успех заједничког привредног подухвата. Око вредновања рада, међутим, остају многе недоумице. Није јасно да ли је ортак који је уносио искључиво рад, по престанку ортаклука добијао новчани еквивалент у вредности свог удела као други ортаци или је он само суделовао у подели добитка ако је ортаклук позитивно пословао и евентуално штете, ако то није био случај? Да ли је овакав ортак, осим што је суделовао у подели добити, добијао

У следећој етапи, удео у раду, једнако као и удео у имовини, могао је бити изражен у новцу. Тако је након престанка ортаклука имовина ортака, прерачуната у новчаном еквиваленту, дељена свим ортацима без обзира на врсту улога у сразмери с вредношћу њиховог улога. М. Kaser, *op. cit.*, стр. 315.

претходно и накнаду за свој рад? Није јасно шта се подразумевало под добити, а шта под штетом, тј. на који се начин добит, односно штета, израчунавала?

Због несавршености текста једни га сматрају посткласичном интерполацијом којом је дошло до ограничавања принципа аутономије воље¹⁹, а други сматрају да је суштина текста класична, али да је текст тешко разумљив захваљујући драстичним и неспретним скраћивањима.²⁰ Казер је и у овом случају изнео како он схвата ограничење о којем је овде реч; ако је након престанка ортаклука стање касе једнако нули и не постоје дуговања према трећима, онда ће ортаци добити своје улоге, с тим да неће имати дуговања један према другоме. Ако је ортаклук пасиван и вредност дугова прелази вредност ортаковог удела у раду, онда уговорна клаузула по којој је један ортак искључен из поделе ризика више неће важити.²¹

У сваком случају, правило по којем је један ортак могао бити потпуно искључен из сношења ризика, како из римских текстова произилази, није значило да је он у апсолутном смислу био ослобођен сношења ризика. О томе сведочи и текст Јустинијанових *Институција* који указује на то да правило постоји уз извесна ограничења која се, као и у Улпијановом тексту, приписују правнику Сабину. Не можемо са сигурношћу рећи која је права граница учешћа привилегованог ортака у сношењу ризика. Она може бити и блажа него што ју је поставио Казер. Наиме, ако ортак не добије ништа за рад који је уложио у ортаклук, иако не сноси штету у смислу да мора платити дуг који је настао пословањем ортаклука, није ли и то вид учествовања у ризику?

МОДЕРНА РЕШЕЊА

Српски грађански законик није усвојио решење римског права по којем се добит и ризик, у недостатку другачијег споразума, деле на једнаке делове. У параграфу 739. Законик прописује: главно припада сваком своје, а добитак ће се делити по мери улога. Аналогно важи за губитак у параграфу 742: Ако би место добитка штете било, онда по мери улога, као и добитак, пада штета на све ортаке.

Законик заузима став и у погледу тзв. мешовитог ортаклука и одређује положај ортака који уноси у ортаклук искључиво свој рад: Ортак, који ништа друго не би дао у ортаклук осим труда свога, он по закону само право има на добитак, а не на главно.²²

19 V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 108.

20 A. Watson, *op. cit.*, стр. 141.

21 M. Kaser, *op. cit.*, стр. 316 и сл.

22 § 728. По угледу на чл. 1183. Аустријског грађанског законика.

У параграфу 739. решавају се неке недоумице које су постојале у римском праву, а тичу се поделе добити у мешовитом ортаклуку: При деоби користи ортачке најпре ће се одбити уложени улози, после трошкови и претрпљене штете; па што претече, оно ће бити добитак. Главно припада сваком своје, а добитак ће се делити по мери улога. Труд и радња узима се у рачун само онога ортака који само труд место улога даје, или је уз улог особиту радњу обећао.

Ортак који је унео само рад, нема право на повраћај главнице, односно онога што је унео у ортаклук у облику рада. На овог ортака не падају трошкови нити је он дужан да надокнади штету насталу лошим пословањем ортаклука. Он дели само добит ортаклука. Закон не прецизира, међутим, како се одређује његово учешће у добити уколико то уговором није одређено. За остале ортаке ствар је јасна; добит се рачуна сразмерно њиховом улогу, с тим што се додатно награђује и онај ортак који је осим удела у имовини „особиту радњу обећао“. Ортак који у ортаклуку суделује искључиво својим радом, сносиће и ризик у том виду што неће добити никакву накнаду за свој труд.²³

Трговачки закон за Краљевину Југославију из 1937. године заузео је другачији став од грађанске кодификације у погледу поделе добити и губитка. Додуше, не постоји изричита начелна одредба по којој, у недостатку другачијег споразума ортаци деле добит и губитак на једнаке делове, али тај закључак произлази из члана 109. ст. 1. у којем се каже да другари уносе једнаке улоге у ортаклук, па је логично да на исти начин деле добит и ризик. У ставу 3. истог члана допушта се да улог ортака буде искључиво у раду. Интересантан је члан 123. ст. 3. овог Закона који допушта могућност да неки од ортака сноси само добитак, а да споразумом ортака буде искључен из сношења губитка. Оваква клаузула допуштена је само у случају да је улог другара који не учествује у губитку у раду или другим услугама за ортачко друштво.

Закон о привредним друштвима из 2004. године у основи следи решења предратне кодификације, уз нека битна одступања. Улог ортака у ортачко друштво може бити у новцу, стварима и правима, као и у раду или услугама, који су извршени или треба да буду извршени.²⁴ У недостатку другачијег споразума, ортаци уносе уделе једнаке вредности²⁵ и добит и губитак деле на једнаке делове.²⁶ Међутим, овај закон не предвиђа могућност да један ортак буде изузет из поделе губитка, као ни из поделе добити. Ако

²³ § 742.

²⁴ Чл. 59. ст. 1.

²⁵ Чл. 59 ст. 2.

²⁶ Чл. 71. ст. 2 и 3.

оснивачки акт ортачког друштва садржи одредбу којом се одређује само удео у добити, или само удео у губитку, сматра се да се она односи и на добит и на губитак.²⁷

Француски грађански законик као бољи принцип узима поделу добити и ризика сразмерно величини улога ортака као и Српски грађански законик, а не на једнаке делове попут римског принципа (чл. 1853). Законик поставља границу принципу аутономије воље у чл. 1855, у којем забрањује да један ортак сноси сву добит (ст. 1) као и да један или више ортака буду ослобођени од сношења штете (ст. 2).²⁸

Италијански грађански законик, слично као и Code civil, у недостатку другачијег споразума странака узима да се добит и ризик деле пропорционално вредности улога (чл. 2263). Посебно, у другом ставу овог члана, регулише се положај ортака који уноси рад као улог. Ако уговором није одређен удео овог ортака у подели добити и ризика, о томе ће одлучити судија у складу с принципом правичности. Лавовским ортаклуком сматра се онај у којем би један или више ортака били искључени из поделе добити или из поделе губитка (чл. 2265). У овом случају лавовска клаузула би се сматрала ништавом, али не и уговор у целини, па би се применила одредба закона о подели добити и губитка пропорционално улогу појединих ортака.

Немачки BGB на другачији начин регулише питање поделе добити и губитка. У члану 722. предвиђено је да се добит и губитак деле на једнаке делове међу ортацима, ако о томе не постоји споразум ортака, без обзира на то која је врста и висина улога.

Удео ортака може бити само у раду, односно услугама (чл. 706 ст. 3). Ортак може тражити поделу добити и губитка тек након што престане ортачки уговор, а ако је уговор закључен на дужи период, онда по истеку године дана од закључења уговора (чл. 722). Закон не забрањује могућност да уговором један или више ортака буду искључени из поделе добити и губитка, па се аргументом *a contrario* може закључити да је тзв. лавовска клаузула могућа.²⁹

²⁷ Чл. 71. ст. 5.

²⁸ Овај члан забрањује, дакле, лавовску клаузулу проглашавајући је ништавом. С обзиром на то да је ништава клаузула, а не уговор у целини, у овом случају примениће се правило закона о подели добити и ризика.

Међутим, по мишљењу утицајних цивилиста оваква клаузула води до ништавости уговора у целини, јер је она у супротности с односима у ортаклуку, нарочито принципима *ius fraternitatis i bona fides*. J. Heenen, „Partnership and Other Personal Associations for Profit“ (Chapter 1), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII (Business and Private Organizations), стр. 30.

²⁹ Око оваквог решења води се научна расправа. J. Heenen, *op. cit.*, стр. 32.

И у англосаксонским правима Енглеске и Америке прихваћено је начело о подели добити и ризика на једнаке делове у недостатку другачијег споразума странака. Чињеница да чланови деле добит и губитак јак је доказ у пракси да је реч о ортаклуку (*partnership*), иако није неспојиво с ортаклуком да неки члан буде изузет из поделе губитка.³⁰

Из решења модерних законодавстава јасно се види снажан утицај римског права у виду јасних принципа које је оно оставило у наслеђе, али и неких недоумица које су оставиле видног трага на модерно право.

Римски принцип по којем се, у недостатку другачијег споразума, добит и губитак међу ортацима деле на једнаке делове, остао је актуелан принцип у модерном праву. Додуше, овај принцип је добио снажну конкуренцију у начелу поделе добити и губитка сразмерно улогу странака, па су се велике кодификације грађанског права поделиле око овог питања. Француски *Code civil* и Аустријски грађански законик прихватају неримски принцип сразмерне поделе као правичнији, а овај пример следе и друге кодификације настале под утицајем великих узора, па тако и наша прва грађанска кодификација. Ипак, римски принцип није изгубио право грађанства. Утицајни Немачки грађански законик (BGB) задржава овај принцип поделе добити и ризика на једнаке делове као данак традицији, али не само због тога. Овај принцип због своје једноставности доводи до лакшег решавања спора међу ортацима. Ако већ странке уговором нису регулисале ово важно питање, иако су такву могућност имале, онда је у крајњој линији правичније да се примени принцип једнакости између особа међу којима владају односи блискости (*ius fraternitatis*), а тиме се олакшава и посао судије. Интересантно је приметити да земље англосаксонског правног система, Енглеска и Америка, примењују принцип једнаке поделе добити и губитка. Иако се ова чињеница не може приписати утицају римског права, вероватно је да су његове творце руководили исти разлози и логика као и римске правнике.³¹ Треба поминути да овај принцип следи наш предратни трговачки закон, као и најновији Закон о привредним друштвима, а такође и чувени предлог за кодификацију облигационог права проф. Михајла Константиновића.³² Тако се, барем кад је о нашем праву реч, више вреднује римски принцип.

30 J. Heenen, *op. cit.*, стр. 31; Sir Arthur Underhill, *Principles of the Law of Partnership*, London, 1966, стр. 89 и сл.; R. Anderson, J. Fox, D. Twomey, *Business Law*, Cincinnati, Ohio, 1987, стр. 788.

31 О интересантном феномену честе сличности римског и англосаксонског права међу којима није било директних утицаја и који се начелно сматрају супротстављеним, овде није могуће детаљније расправљати.

32 Чл. 592 ст. 4; М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, први пут објављено 1969, стр. 214.

Већина модерних законодавстава посебно издваја и регулише могућност да се улог ортака може састојати искључиво у раду, чиме се сугерише да овакав улог, односно ортак који уноси овакву врсту улога, има посебан статус. Та посебност огледа се у неколико праваца:

– ортак који је у ортаклук унео само рад има право на добит, а не и на главницу.³³

– овакав ортак сноси ризик у специфичном и ограниченом виду.³⁴

– једино овакав ортак, а не онај чији се улог састоји у стварима или новцу, уговором може бити искључен из сношења ризика.³⁵

– предвиђа се учешће судије који примењује принцип правичности у случају да уговором није одређен удео ортака који у ортаклук уноси рад.³⁶

Лавовску клаузулу, по угледу на римског правника Гаја Касија Лонгина, предвиђају и уграђују готово сва модерна законодавства.³⁷ Нека законодавства су верна римском схватању и лавовски ортаклук регулишу као немогућност да неки од ортака буде изузет из поделе добити, а не и ризика.³⁸ Већи број закона, међутим, иде корак даље у ограничењу аутономије воље странака. Тако се лавовска клаузула схвата као немогућност да ортак буде искључен како из поделе добити, тако и из поделе губитка.³⁹ Разлика ипак није тако велика како изгледа на први поглед. Наиме, могућност да ортак буде изузет из поделе ризика није схваћена у апсолутном смислу, како у римском праву, тако и у модерним правима која следе ову идеју.⁴⁰

Очигледно је да су јасни принципи римског права, али и дилеме римских угледних правника Квинта Муџија Сцеволе, Сер-

33 СГЗ, § 728. Тако се рад, у светлости овог решења не сматра улогом. То изричито каже нпр. Општи аустријски грађански законик у параграфу 1187.

34 Према СГЗ, овакав ортак сноси ризик утолико што неће добити никакву награду за свој рад, али неће сносити трошкове нити накнаду штете, што је уобичајено за остале ортаке.

35 Чл. 123. ст. 3 Трговачког закона за Краљевину Југославију из 1937.

36 Италијански грађански законик, чл. 2263, Аустријски грађански законик, чл. 1193.

37 Изузетак представља немачки BGB.

38 Нпр. Аустријски грађански законик, Српски грађански законик и Трговачки закон за Краљевину Југославију.

39 Француски грађански законик, Италијански грађански законик, наш Закон о привредним друштвима.

40 Изузетак би могао представљати наш предратни трговачки закон, с обзиром на то да из његове формулације произилази апсолутно искључење ортака који уноси рад од сношења ризика.

вија Сулпиција Руфа, Масурија Сабина, Гаја Касија Лонгина и Тиција Аристона, садржане у текстовима који су вековима били предмет темељног проучавања, оставили видљиве трагове на модерне законе. Ови закони, не само да усвајају супериорна и рационална решења римских правника, него уврштавају препознатљиве римске садржаје, чак и онда када они пре свега, као свој *raison d'être*, представљају данак традицији и великом поштовању према римском праву.

Milena Polojac

DIVISION OF PROFITS AND LOSSES AMONG PARTNERS – ROMAN LAW AND MODERN SOLUTIONS

Summary

Classical Roman jurisprudence has offered solutions which represent a strong affirmation of the party autonomy principle with respect to division of profit and loss among partners; it is possible to exclude a partner from division of risks. However, it was prohibited to exclude a partner from division of profits only (Iion's partnership). Roman Iurisprudence did not arrive to this solution straightforwardly. This was the result of a sudden change of course and abandonment of tradition, as evidenced in fragment 3.149 of Gaius' *Institutions* which state that, already during the period of the Republic, and within the time period when famous lawyers Quintus Mucius Sceviola nad Servius Sulpicius Rufus, it was considered doubtful if a partner's share in profit allocation may differ from his share in allocation of risk (so-called *magna questio*). Liberal approach of Servius Sulpicius has prevailed. Conservative (negative) position of Quintus Mucius may be traced to an earlier period of partnership development, when one could only invest his own capital, but could not invest his own work. Documents do not tackle the issue of evaluation of work/capital ratio in so-called mixed partnership, but it is worth noting that three texts state that a partner who contributes exclusively his own work into the partnership may be, in accordance with agreement of the parties, be excluded from the division of risks. This rule should not, however, be taken without reservation – it is applicable unless partnership is in the red (*si tanti sit opera quanti damnum est*).

Modern legislations are under a clear and strong influence of Roman law. Roman principle that, unless parties agree otherwise, profit and loss and distributed evenly among partners, has remained until today in modern laws, even as it is being challenged by the principle that profit and loss are divided in accordance with one's share. Most of the modern legislations explicitly allows a partner to invest solely his own work, which in turn suggests that

such partner enjoys a special status. Particularity of this position reflects itself on several issues: a) partner who invested solely her own work may participate in the division of profit, but can not participate in the division of the share capital, b) such partner undertakes risk to a different and limited degree, c) only such a partner may be excluded from allocation of risks, d) a judge shall apply equity principles unless the contract stipulates the share of the partner who invests solely her work. Lion's clause, akin to solution proposed by Roman lawyer Gaius Cassius Longinus, is provided for in almost all of the modern legislations.

Roman solutions are adopted for their rationality and superiority, but they sometimes represent primarily a tribute to tradition and expression of respect for Roman law.

Keywords: *Profit. – Loss. – Lion's partnership. – Mixed partnership.*