

Мр Владимир Вулетић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОД *BONA FIDES* ДО НАЧЕЛА САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА*

Предмет овог текста је развој и утицај римског начела bona fides, схваћеног као начело савесности и поштења.

У првом реду циљ је да се истражи настанак појма, његов развој у Риму и примена на уговор о продаји, као најважнији уговор облигационог права. Уп ркос преовлађујућим мишљењима која ово начело посматрају донекле издвојено у односу на заштиту права купца у класичном римском праву, сумњајући у његов допринос, аутор настоји да понуди један нови поглед на улогу и значај римске bona fides у анализи овог проблема.

Римски концепт, оснажен идејама грчких философа, прихваћен је од средњовековних правника, који су га додатно развијали и утицали на његову примену у свим облигационим пословима.

Модерни европски грађански законици су претежно усвојили римски концепт, што је, у савременим расправама, допринело да се римска bona fides поистовећује с англосаксонским концептом good faith.

Улога, допринос и примена римског концепта анализирана је кроз упо редни приказ савремених европских правних система и најважнијих докумена та Европске уније којима се покушава остварити идеја јединственог европског приватног права.

Кључне речи: *Bona fides. Уговор о продаји. Средњовековно право. Good faith. Европско приватно право.*

* Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

1. УВОД

Нема много правних института који су прошли кроз толико различите фазе у развоју као што је случај са начелом *bona fides*. Ово правно начело, једно од најзначајнијих и најшире тумачених, не само у римском праву, него и у модерним грађанским законима и позитивним европским правним системима, формулисано је претежно као начело савесности и поштења.¹

Могло би се чак рећи да *bona fides* прожима својим духом читав систем облигационог права уопште, док код уговора о продаји заузима нарочито истакнуто место. Упркос богатој историји овог института, на нека важна питања до данас нису дати адекватни одговори. На који је начин *bona fides*, од римске установе која се односила само на неформалне *bonae fidei* уговоре и била утужива са *iudicia bonae fidei*, успела да постане опште правило, проширено на све правне послове? У којој мери Аристотелово учење има утицај на римске јуриспруденте и да ли је оно пресудно деловало на настанак ове установе? Да ли су и на који начин средњовековни правници, иначе склони уопштавању, допринели да се поље примене *bona fides* прошири и ван консензуалних контраката? Коначно, какав је допринос римске *bona fides* у формулисању и развоју начела савесности и поштења у модерном облигационом праву?

Покушајем давања могућих одговора на ова питања жели се истаћи значајан допринос римског класичног права и римског концепта купопродаје на нека од основних начела у облигационом праву данас. У том контексту, место начела савесности и поштења посматра се кроз оквир утицаја римске *bona fides* и улоге средњовековних правника.

2. *BONA FIDES* У РИМСКОМ ПРАВУ

У вези са пореклом појма *bona fides* постоји више мишљења познатих романиста и цивилиста. Термин је, дакако, кованица двеју речи: *bonus* (добар) и *fides* (вера, поштење), што би у дословном преводу могло да се означи као „добра вера“. Етимологијом овог појма баве се и данас правни историчари и цивилисти, који, већином, његово порекло доводе у везу с одређеним религијским, митским и

¹ Овакву формулацију усваја и наш Закон о облигационим односима у својим основним начелима: „У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења“, Закон о облигационим односима (ЗОО), чл. 12, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

симболичким обележјима старог Рима.² Међутим, ту настају проблеми.

Bona fides током римске историје доживљава значајне промене, како у свом значењу, тако и у тумачењу, што је превасходна заслуга јуриспрудената, магистрата и променама територијалне и друштвене структуре државе.

У свим фазама њеног развоја доминирала је једна идеја: ово начело представља поштовање савесности, морала, добрих обичаја, култа предака, исконског поштења које је, чини се, много важније Римљанима, него ли осталим народима у окружењу.³

Првобитни утицај начела *bona fides* на Римљане последица је, пре свега, величине тржишта на којем су се обављали правни послови. Омањи град-држава, с почетка развоја, Рим на седам бегуљака, затворена кућна привреда, лично познавање учесника у правном промету, снага дате речи чијим се непоштовањем ризикује гнев богова, вређа култ предака и презрење заједнице које неминовно доводи и до *aquae et ignis interdictio*, били су, довољан разлог да се Римљани строго придржавају савесности и поштења, добре вере у правним пословима. Уосталом, апстрактност правних послова у овом периоду толико је омогућавала простора злоупотребама, да не би ни могли да опстану без уврежене свести о поштовању *bona fides*.⁴

Основна идеја еквиваленције у пословним односима, што је централно поље деловања начела *bona fides* у сфери приватног права, позната је већ старим Грцима. Аристотел, разматрајући ово питање у IV веку пре Хр., истиче да странке у пословном промету морају бити једнаке, да се нико не богати на штету другог, а правично је средина између добитка и губитка, тј. да се после има исто колико се имало и пре.⁵

² О томе детаљно пише професор Хорват, истичући да се у раном римском периоду јасно уочавају друштвени односи који се заснивају на доброј вери. Повреда тако уобличеног правила понашања изазива симболичке и религијске санкције (пре зир околине, гнев богова). Вид. М. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb 1939, 20 и даље. У новије време овим питањем се баве и М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2009, 68; Ж. Вујклић, *Forum Romanum Rimска држава, право, религија, mitovi*, Београд 2006, 161; Н. Тешић, „О каузи и доброј вери (један правно етимолошки оглед)“, *Правни живот*, 1 2/2010.

³ Грчки историчар Полибије, у II веку, с дивљењем истиче да ће Грк, ако да реч пред десет сведока, ипак избећи да је одржи: реч је Римљанима, напротив, и без сведока, за њих закон (М. Милошевић, 68).

⁴ Вид. више D. Stojčević, *Rimsko privatno право*, Београд 1975, 190.

⁵ „...Важно је само да се утврди да један неправду трпи, а други је наноси, да је један оштетио а други је на штети. Зато судија настоји да такву неправедност која се оглушује о једнакост изједначи. Судија поново успоставља једнакост када би од већег дела дужи пресечен на једнаке делове, одузео онолико колико је

У својој *Реторици*, Аристотел тврди:

Очигледно је да, уколико писани закон противуречи нашем случају, треба прибегавати општем закону који је сагласнији са правичношћу и правдом, с образложењем да судска формула, судити по својем најбољем разумевању, значи да се не ваља придржавати само писаних закона.⁶

Надаље, указивати да је улога судије да дели правду и, доследно томе, да није његово да гледа слово уговора, већ оно што је праведније, а праведно се не може измерити ни прева ром ни принудом (јер се темељи на природи), док се, супротно томе, уговори могу заснивати на превари и принуди.⁷

Премда су ове Аристотелове мисли сувише теоријске и далеко од конкретних случајева у којим се налазе учесници у правном промету, основна идеја је далекосежна. Задатак судије (па тако и сваког правника) је да поштује правичност и правду, да не буде само пуки извршитељ слова закона, поготову онда када закон није у складу са правичношћу и поштењем. Тада ваља пресуђивати по својем најбољем разумевању, не осврћући се на слово закона. Већ у овој Аристотеловој мисли види се ембрион идеје коју ће Римљани касније уврстити у правила о заштити друге уговорне стране клаузулом *quid quid dare facere oportet ex fide bona*.

Римљани, чини се, на један конкретан и казуистички начин, идеју савесности и поштења постављају у средиште проучавања правног промета. Тако Цицерон разматра питање савесног и поштењеног понашања у правним пословима, с посебним освртом на уговор о продаји.

У делу *De Officiis* наводи пример трговца који је путовао, носећи товар жита од Александрије до острва Родос, на којем је тада владала глад. Искористивши свој брзи брод, трговац је претекао остале бродове који су такође пловили према Родосу и, стигавши доста пре њих, продао читав товар жита по много вишој цени.⁸

Како се може окарактерисати ово понашање трговца? Да ли је он поступио исправно или је био у обавези да најави долазак и оста-

тај део већи од половине и додао га мањем делу. Али, ако се целина дели између двојице, онда се за сваког од њих каже да је добио свој део ако је добио тачно по ловину. Једнако је, пак, према аритметичкој пропорцији, средина између превеликог и премалог. Добитком се назива прираштај добру које неко поседује. Претрпети губитак значи имати мање него што се пре тога имало. До тога долази приликом куповине и продаје, и уопште у свим правним пословима које закон дозвољава...“ Аристотел, *Никомахова етика* (превод Р. Шалабић), Нови Сад 2003, 1132а, 1132б.

⁶ Аристотел, *Реторика* (превод М. Вишић), Загреб 1989, 1, 15, 4 (1375а)

⁷ Аристотел, *Реторика*, 1, 15, 24 25 (1376б).

⁸ Cicero, *De officiis*, Cambridge University Press 1991, 3. 12. 50.

лих бродова, чиме би, свакако, своје жито продао по нижој цени? Цицерон, дајући одговор, нема дилему: такво понашање продавца је потпуно у супротности са начелом *bona fides* и оличење је лукаве, злонамерне и неморалне особе. Продавац, верује Цицерон, није смео прикривати чињенице које би утицале на цену продаје товара жита.⁹ Опште узев, Цицерон закључује да човек мора добро да поступа, као међу добрим људима, и без обмањивања.¹⁰

Међутим, интересантно је уочити на који је начин сам термин *fides* проширен у тумачењу и примени на *bona fides*. Термин *fides* у текстовима римских правника претежно означава верност датог речи,¹¹ док се *bona fides* претежно користи да се потврди садржај закључених уговора. Верност сопственој речи предуслов је за сваки уговорни однос и стога га Цицерон дефинише као *fundamentum iustitiae*.¹² У овом поређењу *bona fides* не представља само извршење уговора, него, кроз захтев да стране поступају поштено, утиче на начин на који би странке требале да извршавају уговор.

Шермајер (*Schermaier*) покушава да развој термина *fides* веже за паралелу коју повлачи са потчињавањем римској доминацији оних који се предају и тиме обавезују према новом освајачу.¹³

Можда би, ипак, најпожељније тумачење контекста речи *fides* у ширењу на *bona fides* могло бити прихватање синтагме *fiat, quod dictum est*,¹⁴ као правне инспирације за настанак *iudicia bonae fidei*. Квалификација *fides* као *bona fides*, чини се, наглашава суштинску специфичност тог стандарда понашања: то је *bene agere* римског грађанина, који поступа савесно, брижљиво и мудро, поштујући и интерес друге уговорне стране, односно поступа као *bonus vir*. Тако је у уговору о продаји *bonus vir* онај ко савесно, независно, имајући

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*, Cicero, *De officiis*, 3, 70.

¹¹ Cicero, 1, 23: *credamus...quia fiat, quod dictum est, appellatam fides*. Исти смисао и у 3, 102. Исто филолошко тумачење нуди и Мејер (Meyer). Вид. више: R. Meyer, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*, Göttingen 2004, 48 51.

¹² *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*, Cicero, *De officiis*, 1. 23.

¹³ Шермајер истиче да је *fides* у међународним споразумима, чуваним у храму посвећеном богињи *Fides*, изграђеном средином III века, наглашен такође као „поступање у складу са датим речима“. Тако он изједначава *fides* римског освајача с онима који су се ставили под заштиту таквог *fides* а: и онај који се предаје у обавези је према освајачу, па је и ова обавеза заснована на основу дате речи, M. J. Schermaier, „Bona Fides in Roman Contract Law“, *Good Faith in European Contract Law* (ed. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge 2000, 78 79.

¹⁴ Cicero, *De officiis*, 1. 23.

у виду интересе обе уговорне стране, доноси одговарајућу пресуду засновану на савесности и поштењу.¹⁵

Простор за доношење оваквих пресуда, шире тумачење појма *fides* и његово претварање у *bona fides*, омогућен је променама у државној и друштвеној структури Рима. Оне су, неминовно, извршиле промене у обиму, садржини и структури правних послова и тржишне привреде која се почела стварати у класичном периоду. Те промене су условиле и значајно другачија тумачења римских правника, а омогућиле су и деловање магистрата, у првом реду претора да, како то Папинијан истиче, измени, допуни и промени старо *ius civile* за свачије добро и корист.¹⁶

Перегрински претор (магистратура уведена 242. године пре Хр.), који је решавао спорове између римских грађана и перегринина, као и перегринина који су припадали различитим народима, имајући далеко већу слободу при одлучивању, није био везан решењима старог *ius civile*-а. Полазио је од принципа да се странке у правним пословима морају понашати савесно и поштено, па странка која се оглушила о овај захтев, треба да буде на одговарајући начин кажњена.

У новим околностима у којима је тржиште далеко проширено, када слаби страх од одмазде богова због прекршаја дате речи, када се уговорне странке више уопште и не познају, чак се, можда, при закључивању уговора први и последњи пут виде, када опасност од презрења заједнице више није ни изблиза тако јака као у старом праву, неформалним уговорима ваљало је обезбедити одговарајућу правну санкцију, опет темељену на савесности и поштењу. У основи, *bona fides* није престала да буде значајан елемент поступања уговорних странака. Једноставно, морао је бити на одговарајући начин „правно институционализован“.

Странке су се сада чешће обраћале јуриспрудентима, тражећи од њих одговоре и савете како да заштите своје интересе и, у том деловању учених правника, може се потражити додатни аргумент постепеног увођења начела *bona fides* у правни поредак, тако што ће на основу ових начела настати право оштећене странке да тражи заштиту. Јуриспруденти су овлашћени на основу *ius publice respondendi ex auctoritate principis* да процењују шта у конкретном случају означава *bona fides*, па су у својим одговорима (*responsa prudentium*) санкционисали долозно и преварно понашање уговорних странака.

Поље најзначајнијег деловања начела *bona fides* свакако су *bonae fidei* неформални уговори, у првом реду уговор о продаји. За-

¹⁵ D. 19. 2. 24 (*Paulus libro 34 ad edictum*): ...nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

¹⁶ D. 1.1.7.1 (*Papinianus libro secundo definitionum*): „Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel suplendi cel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.“

штита права купца најбоље се осликава у правном положају обе уговорне стране, кроз уговарање одговарајуће цене и делатности правника у вези с овим проблемом, о чему ће надаље бити више речи.

Уговор о продаји, као типичан консензуални контракт, у класичном периоду омогућавао је странкама да саме одреде цену. При том су била могућа тзв. заобилажења истине *invicem se circumscribere* која, у основи, нису била ни ретка ни неуобичајена. Наиме, делује природно да у преговорима око куповне цене продавац тежи да ствар прода што скупље, а купац да за ствар да што мање новца.

„Ситнија заобилажења истине“ нису представљала посебан проблем ни за једну од уговорних страна.¹⁷ Међутим, поставља се питање има ли преваре у случају да ситно постане крупно заобилажење истине, тачније, да купац буде прекомерно оштећен плаћајући неку ствар много скупље него што она заиста вреди, а то је учинио услед лукавог и долозног понашања продавца.

Појам *invicem se circumscribere* помињу Дигеста:

*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*¹⁸

*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*¹⁹

Да ли је овде реч о класичној превари? Може ли се овај појам подвести под значење преваре, упркос чињеници да је правнотехнички појам за превару *dolus*, односно *fraus*? Неки класични правници их изједначавају,²⁰ други одричу ово изједначавање.²¹

Маријан Хорват сматра да се не могу изједначити ова два појма, да се *circumvenire* не може подвести под *dolus*.²² Према Хорвату, не може се долозно окарактерисати понашање странке које тежи да за

¹⁷ О. Станојевић, *Римско право*, Београд 2003, 370.

¹⁸ D. 4.4.16.4 (*Ulpianus libro 11 ad edictum*).

¹⁹ D. 19.2.22.3 (*Paulus libro 34 ad edictum*).

²⁰ Тако чини Лабееон у својој дефиницији *dolus* а: D. 4.3.1.2 (*Ulpianus libro 11 ad edictum*)

²¹ Тако чини Павле: D. 17.2.3.3 (*Paulus libro 32 ad edictum*).

²² „Прије свега, тај *circumscribere* ограничава се само на формирање висине цијене, а не односи се на евентуалне правне и физичке скривене мане због којих се цијена евентуално указује неадекватном. Надаље, „природа промета робом“, вриједност одређена потребама (субјективна вриједност) и дјеловање закона понуде и потражње на римском либералистичком тржишту били су одлучни за формирање цијена и на тој бази долази до могућности да се ствар продаје и купује изнад или испод њене објективне вриједности, дакле да долази до несразмјера објективне вриједности и цијене, иако су субјективно обје странке с тиме задовољне“, М.

себе извуче корист из уговора и негира да је странка код уговора о продаји дужна радити против својих интереса у корист друге странке, која је евентуално у незнању.²³

У прилог својој тези, он наводи и мишљења неких класичних правника (Диоген Вавилоњанин), иако истовремено признаје да има правника који се са тим не слажу (Цицерон, Стоик Антипатер). То му омогућава да закључи да је „нормално да се код продаје зарађује и да несразмер цена, уколико се не ради о правој превари, класични правници сматрају дозвољеним и нормалним“.²⁴

Чини се да би се Хорватов закључак могао додатно проблематизовати. Прво, овај уважени романиста пренебрегава чињеницу коју и сам признаје: не влада потпуно сагласје међу класичним римским правницима у вези с карактером *circumscriptio*. Делује да зато, можда олако, изводи закључак није реч о преварном понашању. Друго, за тренутак се ваља задржати на термину који Хорват користи: уколико се не ради о *правој* превари...“ (подвукао В. В.). И он, изгледа, прихвата могућност да несразмер цена буде проблематичан за купца, међутим, не санкционише га уколико није реч о правој превари. Ова могућност је, чини се, довољна да се постави питање има ли ситуација у којима та могућност постаје реалност? С друге стране, треба проблематизовати каква је то „права превара“?

Да ли је ту реч о већој несразмери или о долознијем поступању продавца, односно да ли је критеријум обим несразмере или обим одсуства *bona fides*? Чини се да би ипак могао да се понуди нешто другачији став који не би тако искључиво негирао *circumscriptio* као превару.

Иако цитирани Павлов став о уобичајеном понашању којим се покушава продати мање вредна ствар за више новца то не третира као преварно понашање, иако се либерално тржиште Рима често сусретало са оваквим ситуацијама, закључити да римско класично право не поставља захтев за правичном ценом, савесношћу и поштењем, делује, ипак, једнострано.

Наведеним текстовима и ставовима, могу се супротставити Помпонијеви одломци:

Horvat, „*Circumscriptio* i *bona fides* kod kupnje“, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wroclawskiego, Zeszyty naukowe, Nauki społeczne*, A, 34, Warszawa Wrocław 1961, 33.

²³ Хорват полемиче и с Цицероном, односно његовим наведеним примером трговца који продаје свој товар жита на Родосу, не обавештавајући становнике да се острву приближавају и остале лађе. При том недвосмислено критикује Цицеронов став по којем је продавац жита био дужан да обавести о доласку осталих лађа, сматрајући да Цицерон има на уму етички идеал *bonus vir*, а да правници ипак оперишу са појмом *sapiens vir* односно онај који штити своје интересе, М. Horvat, 83 и даље.

²⁴ *Ibid.*

*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores.*²⁵

*Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur...*²⁶

Види се да Помпоније инсистира на томе да нико не треба да се обогати на штети и неправди учињеној другоме и да се цена ствари не одређује на основу наклоности или корисности за појединца, него уопштено. Може се, стога, поставити питање има ли смисла претпоставити како ни класично римско право није потпуно неограничено, либерално поставило правила о *circumscribere*, да је већ у овом периоду било интервенција које ће штитити купца од преварних радњи продавца, невезано за обим или степен несразмере цене или његове долозности?

Мишљење које се у овом раду истиче охрабрено је ставом Цицермана који наводи да либерализам класичног периода није неограничен. Подређен је строгим моралним схватањима ауторитативног патерфамилијаса, који је био свестан да, поред својих интереса, има обавезу да води рачуна и о слабијим, сиромашнијим припадницима своје заједнице.²⁷

Дакле, наслуђује се да је ипак у одређеним случајевима либерализам тржишта морао да устукне пред захтевом да се мора поступати савесно и поштено, да неке радње продаваца ипак нису могле бити карактерисане само као ситно заобилажење истине, да *circumscriptio*, у одређеним ситуацијама, може да значи и превару. Међутим, које су то ситуације? Како повући границу између дозвољене и недозвољене преваре?

Иако се уобичајено сматра да је морал строжи од права, да није све што је допуштено уједно и часно,²⁸ превара се у продајним уговорима процењује с правног, а не с моралног аспекта. Постоје случајеви када јавни поредак интервенише у заштити слабије уговорне стране: заштиту ужива лице млађе од 25 година (*minor*) уко-

²⁵ D. 50.17.206 (*Pomponius libro nono ex variis lectionibus*).

²⁶ D. 35.2.63 (*Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papianam*).

²⁷ R. Zimmermann, 256. На ово мишљење Цицермана надовезује се и Магдолна Сич, која истиче да, с обзиром на то да се на строга морална схватања *bonus pater familias* није могло више рачунати од времена када се трговина проширила на обласи Медитерана (друга половина периода Републике), претор је морални принцип савесности и поштења санкционисањем претворио и у правни принцип. Према томе, слободи уговарања цене, самим тим и *circumscriptio*, биле су постављене не само моралне, него и правне границе, М. Сич, „Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120/2006, 204.

²⁸ D. 50.17.144 (*Paulus libro 62 ad edictum*): *Non omne quod licet honestum est*“.

лико је уговор за њега неповољан због знатне несразмере између вредности ствари и цене и, мада се не ради о превари, може захтевати повраћај у пређашње стање из разлога незрелости (*restitutio in integrum ob aetatem*).²⁹ Ливије спомиње едиле који су 299. године пре Хр. енергично спречили подизање цене жита намењеног подели сиромашним грађанима (*cura annonae*).³⁰ Поред тога, Улпијан наводи закон *Lex Iulia de annonae* којим су била забрањена удружења чији је циљ био подизање цене жита.³¹

Међутим, све су ово примери интервенционизма државе више у сфери јавног, него приватног права. Значи ли то да интервенција у приватноправним односима није било? На ово питање треба, изгледа, дати негативан одговор односно истаћи да су и у приватним односима постојале околности које су захтевале правно санкционисање. Те околности биле би преваходно, чини се, злонамерно навођење купца на закључивање за њега неповољног уговора и прикривање физичких мана ствари.

То је, треба истаћи, граница, од које ситна превара постаје крупна, околност која заслужује заштиту купчевих права. То је, уосталом, а надаље ће анализа покушати да докаже, основ којим се римска класична јурипруденција руководила стварајући своју (р)еволуционарну клаузулу – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

У вези с овом клаузулом важно је дати одговор на два питања: како и зашто? Може се почети од оног мање спорног, односно треба се позабавити постепеним начином претварања *iudicia stricta* у *iudicia bonae fidei*.³²

Облигационе обавезе су утуживе у Риму посебном групом тужби – *actiones in personam*.³³ С обзиром на то да су ово тужбе које је предвиђало *ius civile*, њихове формуле засноване су на праву (*in ius conceptae*), па се дужничка обавеза изражава у формули терми-

²⁹ D. 4.4.9 (*Ulpianus libro 11 ad edictum*).

³⁰ D. 48.12.1. (*Ulpianus libro nono de officio proconsulis*).

³¹ D. 48.12.2. (*Ulpianus libro nono de officio proconsulis*).

³² Има различитих ставова у вези с временом настанка *iudicia bonae fidei*. Мејер верује да је то време Цицерона и његовог дела *De officiis* (R. Meyer, 77). Шермајер одбацује овај став и временски оквир смешта у другу половину II века пре Хр. (M. J. Schermaier, 75.). Има и аутора који се опредељују за III век пре Хр. (K. Zweigert, H. Kötz, 116; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press 1965, 52).

³³ Има мишљења да су поступци *in personam*, по својој структури, облици формализоване и контролисане освете, јер су у Риму, попут других народа, први предмет процесне заштите били деликти (вероватно *iniuria* и *furtum*), да би касније правни послови добили заштиту тако што се неизвршење обавезе схвата као деликт, М. Милошевић, 197, фн. 74.

ном *oportere*,³⁴ а сам садржај његове обавезе термином *dare*, уколико је реч о преносу одређеног права односно *dare facere*³⁵ у осталим случајевима.

Приметно је да је у оба наведена случаја, било да је реч о одређеном или неодређеном тужиоцевом захтеву, судија у врло стешњеном маневарском простору. Наиме, чињеница да он није у прилици да се обазире на наводе туженог, него да само испитује формалну исправност тужиоцевог захтева, омогућавала је да долозно понашање једне стране тријумфује у односу на номинално позивање на *bona fides* у свим правним пословима.

Занимљива је, на пример, ситуација у којој продавац тужи купца којем је продао болесног коња или долозно учинио било какву другу превару приликом продаје. Купац, тужени, покушава судији да укаже на те додатне, али изузетно важне околности, које би могле битно да утичу да његову одлуку. Међутим, судија на то не обраћа пажњу, оцењујући само да ли су сви елементи формуле исправно попуњени и да ли постоји формална оправданост тужиоцевог захтева. Ту ће оправданост судија, несумњиво, утврдити али, истовремено, његова пресуда, изразом модерне терминологије, иако легална, није и легитимна.³⁶

Пре свега делатношћу старих правника (*veteres*),³⁷ у интенцији формуле судија сада бива упућен да суди тако да процени све оно што тужени дугује на основу добре вере – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Ово је револуционарни тренутак и у заштити права купца. Проширење интенције формуле клаузулом *ex fide bona* омогућава судији да, приликом одређивања пресуде,³⁸ води рачуна о наводи-

³⁴ *Dare oportere* је већ раније компонента *legis actio sacramento in rem*, М. Ј. Schermaier, 73.

³⁵ Ово се односи на експлицитну обавезу туженог. Он је мора извршити јер је по закону обавезан на то. Како Вијакер (*Wieacker*) каже: „Подношење правног захтева тужиоца ритуалним изговарањем формуле, сада је преформулисано у објективно формулисан основ за доношење одлуке магистрата“, F. Wieacker, *Römische Rechtgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München 1988, 102.

³⁶ Вреди, међутим, напоменути да то свакако не би била консензуална продаја.

³⁷ Израз *veteres* представљао је назив за старе правнике који су деловали пре краја републике, и који су, у знак великог поштовања, називани *senes* од стране јуриспрудената класичног периода. Вид. О. Станојевић, *Gaius noster (прилог историји римске правне науке)*, Београд 1976 и исти, „О Гајевом делу *Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/1983, 639 651.

³⁸ *Iudicia bonae fidei*, следствено овоме, представља битно обележје у истој еволуцији од поступка *legis actio sacramento* до когниционог поступка. Шермајер истиче да је најважнији моменат сједињавање начела *bona fides* са форму

ма купца као туженог, који могу битно утицати на исход суђења.³⁹ Он је сада слободан да самостално размотри тужбени захтев и да процени, у складу са добром вером, да ли је и у коликој мери само потраживање засновано.⁴⁰ У овом смислу *officium* судије је проширен од пуког примењивања чињеница из формуле на процену оправданости тих чињеница *ex fide bona*.

Поставља се питање: уколико *circumscribere* није представљао било какву превару или само ситну која не подлеже правном санкционисању (за шта се неки аутори залажу), уколико је прихватан либерализам тржишта, а самим тим и потпуно слободно закључивање уговора о продаји, зашто је уопште постојала потреба да се уводи једна нова клаузула у формулу која је толико променила положај оштећене и преварене стране?

Није ли могуће да су римски правници, управо сагледавајући честе случајеве најразличитијих превара, од којих су, вероватно, најбројније биле оне код уговора о продаји, као најважнијег и најраспрострањенијег, дошли на револуционарну идеју увођења клаузуле *ex fide bona*? Да су ситне преваре биле увек само ситне, тешко би се, чини се, појавила свест о потреби заштите преварене стране. Делује, стога, могуће да, поред реакција државе на јавноправном пољу, ово бива одговор претора и јуриспруденције у приватноправним односима, чиме није умањен дотадашњи либерализам у закључивању правних послова, нити је тржиште, историјски је већ показано, трпело било какве последице.

Чини се да је ова клаузула не само револуционарна, него и еволуциона, с обзиром на то да од њеног увођења почиње потпуно другачији, за важан степен виши обим заштите права оштећене стране, у нашем случају, купца. После њеног увођења, у појму за-

лом, и њихово интегрисање у законску процедуру. Резултат је проширење овлашћења судије, М. J. Schermaier, 76.

³⁹ Инсистирањем на позивању на *fidem bonam*, судија сада не узима у обзир само изричите додатке странака формули, тумачећи их строго према употребљеним изразима и речима, него и све евентуалне доложне радње или преваре на које му може указати тужени да их тужилац починио. То ће у великој мери судијску одлуку учинити веродостојнијом (R. Meyer, 126). У истом смислу Хорват и Цимерман. Витакер: Судија може да прихвати све додатне споразуме странака (*pacta adiecta*), може уважити свако преварно и непоштено поступање странака, па се тужени могао позивати пред судијом на тужиочев *dolus*, макар у формули није предвиђен *exceptio doli* (*doli exceptio bonae fidei iudicis inest*). Судија и без приговора уважава силу и принуду као основе који могу одбити тужиочев захтев, М. Хорват, 40; R. Zimmermann, S. Whittaker, 49.

⁴⁰ Иако је везан формулом коју претор издаје, судији клаузула *ex fide bona* омогућава да обликује суштински садржај формуле. Тиме је омогућено да се смекшају стари, крути, формализовани поступци да би се постигли праведнији резултати, М. J. Schermaier, 76.

штите преварене стране више ништа није као раније. До тада етички, морални кодекс понашања приликом закључивања правних послова, постао је правни институт⁴¹ који је и даље живо развијан делатношћу јуриспрудената.

Судије-лаици у начелу нису били у могућности да примењују клаузулу на конкретне случајеве, па су помоћ и савете тражили од учених правника, чија ће делатност у овом сегменту развоја права бити незаобилазна. *Iudicia bonae fidei* су на тај начин омогућили најшири оквир деловања класичне римске јуриспруденције, која је различита несавесна понашања продаваца санкционисала као *mala fides* активност, што је сада судија, по службеној дужности, био дужан да узме у обзир.

Претходна излагања била су усмерена на истицање услова и ситуација под којима је купац имао могућност да заштити своја права, на основу старог цивилног, а касније и права курулских едила. Начело *bona fides* у овој заштити игра веома значајну улогу, која опредељује утицај јуриспруденције на рад судија, и, још више, тумачење духа правичности, који се, понекад, разликује од случаја до случаја. Доследно поштовање клаузуле *ex fide bona*, вреди подсетити, може изазвати исте или веће неправде него ли њено потпуно одсуство. Зато је судија, а најпре учени правник који и саветује судију-лаика, тај који мора имати истанчан осећај за добро и правично, као Цицеронов *bonus vir* у свим правним ситуацијама.

3. СРЕДЊОВЕКОВНИ КОНЦЕПТ

На темељу решења класичног права које је усвојио и Јустинијан, средњовековни правници развијали су теорије о значају и примени *bona fides*. Школе глосатора и коментатора су се посебно истицале у овој делатности. Коментатори су оријентисани према пракси. Одсуство критичког сагледавања римског права и изразити догматизам ипак нису могли да у други план ставе доприносе ове школе. Римско право је, њиховом заслугом, постало правнички инструмент, систем правила и појмова који је могао бити примењен у свакој средини и ситуацији као опште право (*ius commune*).⁴²

Као што ће се видети, једино је Балдо Убалди (*Baldus de Ubaldis*), припадник коментатора и последњи велики средњовековни правник, дао релативно кохерентну оцену значења и дефинисања

⁴¹ Клаузула *quidquid dare facere oportet ex fide bona* односила се и на обавезе странака у компензацији. Судија је могао пребити и све захтеве туженог из истог правног посла (*ex eadem causa*), чак и уколико нису биле истоврсне (*ex eadem specie*). Начело *bona fides* не би дозволило да тужени своју обавезу мора да испуни у целини, уколико и сам има захтев из истог правног посла, R. Zimmermann, S. Whitaker, 52.

⁴² М. Милошевић, 110.

ових термина. Међутим, и његов рад се углавном ослањао на идеје Аристотела и Томе Аквинског.

Правници пре Балда, било да су писали о римском или канонском праву, користили су *bona fides* да опишу три типа правног понашања које се очекује од уговорних страна: прво, свака страна била је у обавези да држи дату реч. Друго, једна страна не сме искоришћавати другу тако што ће је довести у заблуду или постављати превише строге услове пословања. Треће, свака страна треба да поштује обавезе које би препознала савесна и поштена особа, чак иако их изричито нису прихватили.⁴³

Средњовековни правници су обавезу држања речи заснивали на римским текстовима. Као пример узет је Улпијанов фрагмент из Дигеста:

*Huius edicti aequitas naturalis est, quid enim tam congruum fidei humanae quam ea que inter eos placuerunt servare.*⁴⁴

Види се да је Улпијан повезао *fides*, у смислу држања дате речи, са природном правичношћу (*aequitas naturalis*), што је у складу са људском вером да поштују оно што су се међусобно договорили. Обавезе настале на основу консензуса или послова *ius gentium* су природне облигације за разлику од цивилних.⁴⁵

У канонском праву, Грацијанов декрет садржао је два примера облигација за које се сматра да су биле обавезујуће, иако, према строгом тумачењу римског права, не би биле утуживе.⁴⁶ И декрети папе Гргура IX наводили су римски принцип да се уговори морају поштовати.⁴⁷

Друга обавеза полазила је од начела да ниједна страна не треба да обмањује нити искоришћава другу страну. Текст, који се такође приписује Улпијану, и у овом случају је послужио као извор:

*Venditor si, cum sciret deberi, servitatem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem.*⁴⁸

⁴³ J. Gordley, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, Oxford 2000, 94.

⁴⁴ D. 2.14.1 (*Ulpianus libro quarto ad edictum*).

⁴⁵ Према римским правницима природна облигација је извршна, али не и утужива.

⁴⁶ Уколико се извођачу радова обећа накнада за посао који ће урадити за цркву, то обећање треба одржати. Исто важи и за случај када надбискуп обећа неко добро манастиру пре смрти. То обећање треба да испуни његов наследник *Glossa Ordinaria to Decretum Gratiani, 1595, Causa 12, Quaestio 2* (према J. Gordley, 98).

⁴⁷ *Decretales, 1.35.3: Aut inita pacta obtineant firmitatem, aut conventus, si se cohibuerat, ecclesiasticam sententiam disciplinam. dixerunt universi: pax servetur, pacta custodiantur* (према J. Gordley, 98).

⁴⁸ D. 19.1.1.1 (*Ulpianus libro 28 ad Sabinum*).

Купцу је на располагању, у случају прикривања неких особина добра које се продаје, тужба *ex empto*. Исто решење предлажу и средњовековни правници.

*Si venditor sciens obligatur aut alienum vendidisset et adiectum sit neue eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.*⁴⁹

У овом Помпонијевом тексту из Дигеста средњовековни правници истичу да, будући да је продаја контракт *bonae fidei*, не сме бити места долусу. Купац би, следствено овоме, имао право заштите уколико би му продавац несавесно продао имовину другог лица, истовременим прећуткивањем те околности. Савесност не трпи обману и превару, то је суштина ове поруке.

Глосатори су развили прву шему по којој се могу дефинисати несавесно понашање, превара и обмана. Они разликују две врсте преваре: „узрочну“, која наводи лице на склапање уговора које иначе не би закључило, и „инциденталну“, која наводи лице на закључење уговора по много неповољнијим условима. Као пример за узрочну превару помиње се случај продаје коња, при којој продавац може да прећути купцу како ће му коњ бити ускоро одузет (будући да продаје туђег коња, па је могућа евикција од стране правог власника), док би инцидентална била у случају када продавац истиче да коњ има мање година, како би га продао по вишој цени.⁵⁰

Средства заштите за купца у овим случајевима су различита: ако је реч о узрочној превари, купац има право да раскине такав уговор, док код инциденталне преваре може захтевати сразмерно смањење цене.⁵¹ Ово средњовековно решење подсећа на готово идентично решење римског класичног права и купчева правна средства *actio redhibitoria* и *actio quanti minoris aestimatoria*, само у другом контексту.

Имајући у виду ову околност, глосатори су се детаљније позабавили правима купца услед несавесног понашања продавца, у суштини први пут и дефинишући појам *laesio enormis*.⁵² Више није спорно да ли цена треба да буде правична, него како ту правичност обезбедити из угла права купца.

Свети Тома Аквински, хришћански мислилац XIII века, који је поред Платоновог, био окренут и Аристотеловом учењу, полазећи од

⁴⁹ D. 19.1.6.9 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*).

⁵⁰ J. Baldwin, *The Medieval Theories of the Just Price*, Philadelphia 1959, 164.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, Oxford 1995, 259.

Аристотеловог схватања да ниједна странка не сме да се богата на рачун друге,⁵³ формулисао је правно правило на основу римског класичног права да је скупле продати и јефтиније купити ствар од онога што она вреди, само по себи, неправедно и недозвољено:

*Carius vendere aut vilius emere rem quam valeat, est secundum se injustum et illicitum.*⁵⁴

Према Аквинском, обећање треба држати због врлине оданости својој речи.

Хуго Гроције, оснивач школе природног права, имајући у виду не само хришћанске идеале, већ и античке принципе природног права, инспирисан је истом идејом. Он захтева потпуну једнакост давања:

*In contractibus natura aequalitatem imperat, et ita quidem, ut ex inaequalitate iura oriatur minus habenti.*⁵⁵

Гроције, дакле, инсистира на томе да је у природи уговора једнакост, и то таква да се из неједнакости рађа право за оног ко има мање.

Паралела овим мислима Гроција може се пронаћи у Павловом тексту у Дигестама.⁵⁶ Такође, према декрету папе Гргура IX, ако је купац уговором о продаји преварен преко половине правичне цене, може захтевати од продавца, уколико жели да одржи уговор на снази, да му доплати до правичне цене.⁵⁷ Еквиваленција вредности није схватана у смислу да свака ствар има своју унутрашњу, суштинску и непроменљиву вредност, нити је правична цена везивана за трошкове производње ствари.⁵⁸

Међу средњовековним правницима постојале су одређене дилеме по питању када ће купац имати право на заштиту, односно шта се може сматрати прекомерним оштећем услед несавесног понашања продавца. Тако Ацоне (*Azzo*) сматра да, ако је правична цена 10, купац ће бити прекомерно оштећен уколико је платио 16, јер је 6 више

⁵³ Aristotel, *Nikomahova etika* (prevod R. Šalabalić), Novi Sad 2003, 21.

⁵⁴ T. Akvinski, *Izabrano djelo* (izabrao, priredio i predgovor napisao T. Vereš), Zagreb 1985, 19 и даље

⁵⁵ H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, 2.12.8 према М. Сич, 214.

⁵⁶ *Quanti omnibus valeret* D.35.2.63 (*Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*).

⁵⁷ *Decretales*, 3.17.3 (према J. Gordley, 99).

⁵⁸ Сич наводи да је различитост цене коју диктирају тржишна кретања прихватљива, изузев ако би она била уговорена искоришћавањем немарности, лако мислености, неискуства или друге сличне околности друге уговорне стране. Поред тога, правична цена може да одговара тржишној само онда ако нема јавноправних мера утврђивања цене или ако није диктирана од стране учесника у привреди који имају монополски положај нити је резултат картела, М. Сич, 215.

од половине од 10.⁵⁹ С друге стране, Плацентин и Мартин тврде другачије: уколико је правична цена ствари 10, купац мора платити чак и више од 20 да би се сматрало да је прекомерно оштећен и да би стекао право на заштиту.⁶⁰

Ова расправа није окончана ни током XIII и XIV века. Бартол из Сасоферата (*Bartolus de Sassoferato*) је у великој мери проширио римски институт прекомерног оштећења, па га је применио и на покретности, чак и изван уговора о продаји, а купцу је дао право и на раскид уговора и пре него што покуша да га одржи на снази сразмерним смањењем цене.⁶¹

Током XVI века не постоји дилема око тога да купац има право заштите у случају прекомерног оштећења услед несавесног поступања продавца. Међутим, овако постављен приступ глосатора и коментатора, истиче Цимерман, ствара неправичан положај уговорних странака.⁶²

Конечно, још једна обавеза уговорних страна, које су анализирали средњовековни правници пре Балда, била је везана за савесно понашање и добру веру у контексту свега онога што треба чинити при закључењу уговора, а што се може очекивати од савесне и поштене особе.

И у овом случају, темељ је пронађен у Дигестама:

*Nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, hunc ea praestantur quae naturaliter insunt huius iudici potestate.*⁶³

Тумачећи овај фрагмент, закључак је да ништа није толико у складу са добром вером као што је извршавање онога што су уговорне стране договориле. Уколико ништа није договорено, свако треба да извршава оно што је природно обухваћено у складу са судијском одлуком. Делује да су ове обавезе, у ствари, имплицирани услови закључења уговора, који се тумаче онда када стране ћуте.⁶⁴

⁵⁹ Овај став је аргументовао да купац не мора обавезно бити оштећен *in duplum* (дакле да је платио 20) да би имао право на заштиту, J. Baldwin, 170.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, 172.

⁶² Ако се узме да је вредност ствари 100, простом применом глосаторског и коментаторског правила, продавац има право заштите уколико је оштећен са више од 50, док ће купац ово право стећи само ако је платио двоструко вишу цену (200), односно и више од 100, дакле 201, R. Zimmermann, 263. Будући да овакво правило није имало довољну јасну аргументацију за општу примену, временом су се стварала нова правила, која су се разликовала од средњовековне комуне до комуне: Виртемберг је узимао као критеријум прекомерног оштећења две трећине (*Landrecht*, 1555, 1610), док је, рецимо, Бретања примењивала пет дванаестина, J. Baldwin, 171.

⁶³ D. 19.1.11 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*).

⁶⁴ Међутим, средњовековни правници овим ипак нису успели да дефинишу појам *bona fides*. Уместо тога, они уграђују римске текстове у различите системе

Попут правника који су му претходили и Балдо је поистовећивао *bona fides* са правичношћу и савешћу.⁶⁵ Међутим, посебну пажњу посветио је једном услову правичности, који је вероватно преузео од Аристотела и Томе Аквинског: да нико не сме да се богати на рачун друге стране. Балдо је ово начело назвао „правило савесног живота“.⁶⁶

Аристотел је, указано је раније, расправљао у *Никомаховој етици* особине комутативне правде, а Тома Аквински је, на основу ове расправе, закључио да пренос ствари на другог подразумева два акта: узајамне правичности и дарежљивости. Међутим, Балдо се, иако баштини њихове идеје, разликује од претходника баш по томе што је поставио оригиналну теорију *bona fides*: имајући у виду да сваки уговор мора имати каузу, било да је она видљива или не, било да је битан елемент уговора или не, он стаје на становиште да *bonae fidei* понашање такође подразумева обавезну каузу. Та кауза може бити намера еквиваленције или дарежљивости.⁶⁷

Ову идеју он даље развија, наводећи да намера еквиваленције не обogaђује ни једну страну на рачун друге, док намера дарежљивости то чини, али на разуман начин. У оба случаја, важно је да постоји основ, намера, кауза, која руководи савесно поштовање стране уговорнице. Тако, кауза дарежљивости не значи само давање неког богатства другој страни, већ давање „правим људима, правих износа и у право време“.⁶⁸

Иако се не може пренебрегнути утицај дела Аристотела и Томе Аквинског, ипак вреди подвући да је Балдова анализа *bona fides* нова и оригинална.

или шеме, у којима кључне речи нису „добра вера“ и „правичност“ него „природа“ и „суштина“, J. Gordley, 103.

⁶⁵ Baldus, 10.1.2.3: *bona fides aequitatem desiderat*; 10.1.29.3: *voco bonam fidem id est bonam mentis qualitatem et conscientiam que etiam in contractibus stricti iuris requiruntur*; 10.1.6.24: „*quaero unde proveniat bona fides, dicit glossa quod non proveniat mere a ure, sed ab hominis conscientia*“, цит. према J. Gordley, 108.

⁶⁶ За Балда, ово начело је у суштини већ садржано у римским текстовима, или експлицитно или имплицитно. То је, по њему, природна, општа правичност, која је успостављена већ у римском начелу да нико не треба да се богати на туђ рачун или несрећу других, *ibid.*

⁶⁷ Ова разлика коју је Балдо установио није поменута у римским текстовима. Нису је открили на глосатори, који, опште узев, нису ни читали Аристотелову *Етику*. У касном XIII веку, једино је Петро из Белапертика, упознат с Аристотеловим делом, правио разлику између *causa onerosa* и *causa lucrativa*. Вид. J. Baldwin, 203-207.

⁶⁸ Следствено овоме, кауза дарежљивости подразумева коришћење суштине на добар начин. Међутим, постоје и тзв. гранични случајеви: уколико се необразовани купац одрекао правног средства заштите услед прекомерног оштећења, судија би, према Балду, требало да претпостави да је то учинио из глупости, а не као по следицу каузе дарежљивости, *ibid.*, 210.

Ранији правници су више описивали ситуације које се могу подвести под *bona fides* (држање дате речи, избегавање преварног понашања и поштовање имплицитних уговорних обавеза које би поштовао сваки савестан човек), али нису успели да дефинишу саму суштину овог института.

То је, међутим, прво пошло за руком управо Балду. Његов приступ делује револуционарно, будући да је он први предложио намеру као основ савесног поступања, односно дефинисао *bona fides* као резултат каузе: еквиваленције или дарежљивости. Уколико нема овакве каузе (будући да је „нека“ кауза обавезна приликом закључења сваког уговора, чак и у канонском праву), реч је о несавесном понашању, за које друга страна увек има право заштите. Правници пре њега такво понашање су карактерисали као *dolus ex re ipsa*.⁶⁹ Међутим, Балдов приступ показује виши ниво апстракције којим је читав институт постао шире прихваћен.

Тако је у XVI и раном XVII веку правна школа у Шпанији, позната под називом „касни схоластици“ самопоуздано покушала да уједини решења римског права са достигнућима које је поставио Балдо.⁷⁰ Припадници школе природног права и правници који су били под утицајем идеја природног права, као једно од средишњих питања свог научног рада, ставили су и *bona fides*. При томе, делује да они у великој мери само настављају достигнућа коментатора, решења *ius commune* и Балдову идеју.

Дома истиче да је страна која закључи уговор у обавези не само према ономе што је уговором предвиђено, већ и свему осталом што је потребно према природи уговора и свим последицама које правичност додаје обавези коју је неко преузео.⁷¹

Код уговора о продаји, уколико нема посебних клаузула у уговору, продавац је у обавези да гарантује да ствар нема недостатака, јер би, у супротном, купац платио праведну цену за дефектну робу.

⁶⁹ D. 19.1.6.9 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*).

⁷⁰ Касни схоластици су градили свој систем на темељима римског права, комбинујући га с Аристотеловим и Балдовим учењем. Многи од њихових закључака су популаризовани од школе природног права, коју су основали Гроције и Пуфендорф, као и од правника на које је ова школа утицала: Жан Дома и Робер Поттијер (R. Meyer, 357). Будлински, изгледа у супротном тону, наводи да су касни схоластици и припадници школе природног права додатно анализирали Балдов рад, расправљајући о облигацијама које потичу од правичности и добронамерног поступања. Међутим, за разлику од Балда, они нису покушавали да своје закључке споје са формулацијама римских текстова. Зато ове термине користе много ређе, чиме је и њихов систем осиромашен, F. Bydliniski, *System und Prinzipien des Europäischen Privatrechts*, Wien 1996, 217.

⁷¹ У складу са разликама у њиховим потребама, стране уговорнице могу мењати неке одредбе уговора, али не тако да се тиме прекрши начело правичности и савесности, R. Meyer, 358.

Додуше, једина могућност да продавац отклони ову обавезу је да се стране унапред о томе договоре, наравно, само уколико продавац срезмерно смањи цену ствари.⁷²

Делује да је ова обавеза продавца заснована на његовој имплицитној гаранцији коју познаје римско право односно објективизираној одговорности за сваки недостатак ствари, без обзира на то да ли га је продавац истакао или није, да ли је за њега знао или није. Купчева права заштите деривирају из „*bona fides* генератора“ који захтева нешто више: понашање савесног и поштеног човека, према природи уговора и еквиваленције у међусобним престајацијама уговорних страна.

4. МОДЕРНИ ЕВРОПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИЦИ

Изгледа да је ово правило, од римског, преко средњовековног права, задржано и у модерним грађанским кодификацијама. Дома и његово дело инспирисали су и редакторе *Code Civil*-а, и отуда у нацрту овог законика стоји да уговори треба да се закључују и извршавају савесно.⁷³ Међутим, у самом тексту Законика савесност се не помиње као обавеза при закључивању уговора, него само при извршењу.⁷⁴ Мораће да прође још век и по како би савесност у предговорном стадијуму била институционално предвиђена, пре свега, захваљујући идејама Рудолфа Јеринга, који је истицао да правила о савесности не односе само на извршење, него и за настајање уговора.⁷⁵

Упркос заслуженом Јеринговом утицају, ипак се, у светлу већ наведених чињеница, мора подвући да је његов рад очигледно био инспирисан идејама Балда и Доче, којима треба указати поштовање за развој концепта савесности и поштења.

Француски грађански законик, међутим, у великој мери усваја принцип савесности и поштења, темељен на вековима развијаном концепту *bona fides*, истичући да уговори обавезују не само на оно што је у њима наведено, већ и на све оно што правичност, обичај или

⁷² *Ibid.* Дома, изгледа, попут Балда, сматра да је у бити правичног еквиваленција у давањима.

⁷³ „Идеја твораца Француског грађанског законика, била је да савесност прати не само извршење, него и закључење уговора. Закључивање уговора подразумева, без смуђе, процес који претходи настанку уговора и та идеја, да је неопходно при суство једне високе етичке категорије и то од пореговарања па до извршења уговора, дакле код уговарача али и код преговарача, изгледа да је ишла испред времена у коме би могла бити реализована“, О. Антић, „Савесност и поштење у облигационом праву“, *Правни живот* 10, 2/2003, 574 575.

⁷⁴ *Code Civil* чл. 1134: *executees de bonne foi.*

⁷⁵ „Насцитурус је створен од једног Француза, али је дете дошло на свет захваљујући једном Немцу“, О. Антић, 575.

закон по самој својој природи обавезују.⁷⁶ Време у којем је настао *Code Civil* ипак је промовисало превасходно начело аутономије воље, које је имало превласт над свим етичким и моралним категоријама. Биће потребно још времена, судских одлука и тумачења старих идеја, да *bona fides*, кроз концепт савесности и поштења, преовлада и у француском облигационом праву.⁷⁷

Немачки грађански законик такође усваја начело савесности и поштења (*Trau und Glaube mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*), захтевајући од уговорних страна да се савесно и поштено опходе у испуњењу својих уговорних обавеза, узимајући у обзир обичаје у промету.⁷⁸ Савесност и поштење прожимају читав текст Законика, чак је ово начело уграђено и у опште одредбе (тзв. краљевски параграфи),⁷⁹ због чега се сматра једним од његових основних начела.⁸⁰ Важан положај ово начело има и у упоредном праву.⁸¹

⁷⁶ *Code Civil*, чл. 1135: *Les conventions obligent non seulement a ce qui y est exprime, mais encore a toutes les suites que l'equite, l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'apres sa nature.*

⁷⁷ Тако се тек шездесетих година XX века начело савесности и поштења почиње отворено примењивати у Француској, нарочито у области међународног привредног права. Међутим, тек са изменама чл. 1152. *Code Civil* а из 1975. којим је судовима дато овлашћење да ревидирају уговоре због промене околности, или других захтева правичности, ово начело добија свој пуни смисао, М. Милутиновић, „Начело савесности и поштења (Универзални принцип међународне трговине)“, *Правни живот* 10, 2/2004, 424.

⁷⁸ Немачки грађански законик (НГЗ), чл. 242.

⁷⁹ НГЗ, чл. 138, 157, 226, 242, 817, 826.

⁸⁰ Овакво постављање начела (генералних клаузула, односно краљевских параграфа), које ће се у суштини, *mutatis mutandis*, односити на све остале правне институте садржане у Законику, било је могуће због тога што је Немачки грађански законик први одступио од поделе засноване на Гајевим Институцијама и прихватио пандектну поделу, у којој је издвојен („извучен испред заграде“) општи део, иза кога следе посебни делови облигационог, стварног, породичног и наследног права. То је, дакле, први законик који начелу савесности и поштења даје краљевско место, О. Антић, 579.

⁸¹ У Швајцарском грађанском законуку предвиђено је да у вршењу својих права и извршавању својих обавеза свако треба да поступа према начелу савесности и поштења (чл. 2, ст. 1). Италијански грађански законик инсистира на поштовању овог начела током свих фаза настајања уговора, од преговора до извршења и тумачења текста уговора (чл. 1366 захтева тумачење уговора у доброј вери, чл. 1375 налаже извршење уговора у доброј вери, чл. 1175 захтева од повериоца и дужника да се понашају у складу са начелом савесности и поштења, чл. 1377 прописује да се стране морају понашати у доброј вери током преговора и израде уговора). У новом грађанском законуку Холандије из 1992. термин савесност и поштење замењен је захтевом разумности и правичности (*redelijkheid en billijkheid*) који се очекује од свих уговорних страна. Врло сличне одредбе предвиђене су и у грађанским законима Луксембурга (чл. 1134), Белгије (чл. 1134) Шпаније (чл. 7, 1258), Португалије (чл. 762) и Грчке (чл. 288).

Савесност и поштење своје место заузели су и у одредбама Српског грађанског законика кроз термин „благодаравље“:

*Воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но у ономе што се тиче јавног по ретка и благодаравља, не може се ништа изменити вољом или уговором.*⁸²

Анализирајући ову одредбу, делује да СГЗ у дефинисању начела савесности и поштења одступа од свог изворника АГЗ-а, и, изгледа, јачу паралелу повлачи са Француским грађанским закоником. Није ли, можда, ово доказ више да просто трансплантирање АГЗ-а није учињено приликом стварања СГЗ-а?⁸³

Изменама ЗОО из 1993. начело савесности и поштења је нашло своје место у закону:

*Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.*⁸⁴

*У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења.*⁸⁵

Закон о облигационим односима, поред ових генералних одредби, садржи додатно и низ конкретних одредаба које ближе уређују етичке корективе у праву: савесност и поштење,⁸⁶ правичност⁸⁷ и добре обичаје.⁸⁸

⁸² Српски грађански законик (СГЗ), чл. 13.

⁸³ И Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године, у чл. 785, помиње јавни поредак, благодаравље, поштење и правичност: „Правила обичне људске и правичности, на поковање којима власт уопште не може свагда управо да принуди, али за то народна свијест свагда осуђује оне који та правила престају.“ Следећи теорију проф. Вотсона, могло би се рећи да је део СГЗ а трансплантиран у ОИЗ, иако сматрамо да је реч о два потпуно самостална правна текста, који чак не третирају ни исти обим материје (ОИЗ третира искључиво имовинско право, будући да је његов творац Валтазар Богишић, професор правне историје на Универзитету у Одеси и министар просвете на двору краља Николе Петровића, сматрао да породично и наследно право не чине хомогену целину са имовинским правом, а, поред тога, црногорска породица је нејединственог облика и сталног мењања).

⁸⁴ ЗОО, чл. 10.

⁸⁵ ЗОО, чл. 12.

⁸⁶ Код проширења одговорности дужника, раскида или измене уговора због промењених околности, уговора о посредовању, услова као уговорног модалитета, накнаде штете, стицања без основа и цесије.

⁸⁷ Код одговорности за штету, одговорности у случају удеса моторних возила у покрету, тумачења уговора, раскида или измене уговора због промењених околности, накнаде нематеријалне штете и уговорне одговорности за штету.

⁸⁸ Код уговора о приступу, закључења уговора, материји испуњења новчаних облигација, куповине на пробу и код разних врста именованих уговора: о закупу, превозу, налогу, посредовању, трговинском заступању, организовању путовања.

Поред, чини се, јасног утицаја римског начела *bona fides* на развој начела савесности и поштења у средњем веку, модерним грађанским кодификацијама и српском праву, делује да се овом римском начелу може окренути и у настојању да се термин *good faith* поистовети са савесношћу и поштењем, чиме би се покушало отклањање антагонизма између два доминантна правна система и стварање заједничког језгра у коме би европско приватно право могло бити хармонизовано.

Зато треба подржати мишљење Матијаса Стормеа (*Matthias Storme*): „Решења уграђена у посебна правила, која су, историјски посматрано само варијације римског начела *bona fides*, дају смернице будућем тумачењу истог принципа, јер право настаје од прецедента до прецедента и посебна правила у великом броју случајева нису ништа друго до кодификовани устаљени прецеденти. Тако, решења која су некад била базирана на римском начелу *bona fides*, а сада су уграђена у посебна правила, остају потпуно релевантна за одређивање садржине принципа *good faith*. Оно што се формално чини сувишним, веома често се покаже суштински битним“.⁸⁹

5. АНГЛОСАКСОНСКИ КОНЦЕПТ И ЕВРОПСКО ПРИВАТНО ПРАВО

Клаузула савесности и поштења се у савременим расправама континенталног права на енглеском језику поистовећује са англосаксонским појмом *good faith*. У свим модерним правним системима *good faith* се сматра нормативним појмом.⁹⁰ Овај појам је тесно повезан са моралним стандардима. Обично се дефинише нешто другачије него римски концепт *bona fides*. У дефинисању превода појма *good faith* преовлађује термин добронамерно поступање, тј. добра вера.⁹¹

Има мишљења да овај појам подразумева искреност, поштење и лојалност,⁹² да једна страна мора при закључивању и извршавању уговора узети у обзир интересе друге стране,⁹³ да је то капија кроз

⁸⁹ M. Storme, „Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law“, *Cambridge Law Review* 1/2005, 642.

⁹⁰ Такав је случај у нпр. немачком, холандском, белгијском, француском и италијанском праву. Из тих разлога многе одредбе које не садрже директну референцу која упућује на *good faith*, указују да су засноване на овом концепту.

⁹¹ Тако О. Антић, 578; М. Милутиновић, 428; Н. Kötz, *Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith*, Oxford 1998, 16; J. F. O' Connor, *Good Faith in English Law*, Aldershot 1990, 9; R. Brownsword, *Good Faith in Contract*, Aldershot 1999, 11; M. W. Hesselink, „The Concept of Good Faith“, *Kluwer Law International* 2004, 472.

⁹² M. Storme, 648.

⁹³ M. W. Hesselink, 472.

коју моралне вредности улазе у право⁹⁴ или да је средство којим вредности Устава улазе у приватно право.⁹⁵

На први поглед, веома различита терминологија којом се дефинише овај појам може да делује збуњујуће. *Good faith* се дефинише као норма, веома важан принцип, правило, максима, обавеза, стандард понашања, извор неписаног права, општа клаузула. Међутим, пажљивијим сагледавањем општа слика не делује тако конфузно. *Good faith* је детерминисан као нека врста отворене норме, чији концепт не може да утврди апстрактно ни генерално, већ зависи од околности у којима се примењује, и која се, у зависности од ситуације, конкретизује.

Конкретизација појма препуштена је углавном судовима, који су надлежни да тумаче шта захтева добра вера у одговарајућем случају (*Einzelfallgerechtigkeit*).⁹⁶ Међутим, судији није дозвољено да субјективно оцени који је то стандард. То мора учинити на што објективнији начин.⁹⁷

У Немачкој је начињена правна дистинкција која чини опште фундаментално полазиште (*grundlegend*). Рот (*Roth*) разликује три функције начела *good faith*, анализирајући чл. 242 НГЗ. То су: а) суплементација дужности, б) ограничење права и в) моралност.⁹⁸

У Италији се доктринарно прави разлика између функција овог начела, па тако постоји функција допуне (*funzione integrativa*) и функције процене (*funzione valutativa*) добронамерног поступања.⁹⁹ Међутим, у научним круговима не постоји јединство у вези с овом поделом.¹⁰⁰

⁹⁴ O. Lando, „Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code“, *European Review of Private Law* 3/1988, 279.

⁹⁵ Такав је случај у немачком праву. Вид. Н. Roth, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2001, 242 247.

⁹⁶ Н. Kötz, 58.

⁹⁷ У Холандији Грађански законик предвиђа да, при утврђивању шта добро намерно поступање предвиђа, мора да се направи референца на општеприхваћене принципе закона, на текућу судску праксу, и да одговарајуће друштвене и приватне интересе, J. Smits, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Oxford 2008, 444. Слично је и у Немачкој где су развијени методи рационализације и објективизације судских одлука. Доктрина је развила термин „унутрашњи систем“ добронамерног поступања који се односи на конкретне случајеве, F. Bydlinki, 116.

⁹⁸ Као додатак овим трима функцијама, Рот додаје још једну коју проналази у чл. 157 НГЗ: тумачење уговора у складу са правичношћу, Н. Roth, 251.

⁹⁹ A. Di Majo, *Commentario del codice civile*, Bologna Roma 1998, 322.

¹⁰⁰ Неки научници сматрају функцију допуне преовлађујућом, одбијајући да прихвате функцију процене као меродавну, док други имају супротно мишљење. Судска пракса је, међутим, обема функцијама признала одговарајућу улогу, на осно ву чл. 1336 Италијанског грађанског законика, *ibid*.

У Холандији, начело *good faith* има функцију или ефекта допуне (*aanvullende werking*) и функцију ограничавања (*beperkende werking*).¹⁰¹ Пре усвајања Грађанског законика 1992, функција ограничавања била је предмет оштре дебате међу правницима, која је имала сличне корене као и у Италији. Неки аутори фаворизовали су концепт широког тумачења начела *good faith*, сматрајући да је функција ограничавања сувишна. Међутим, Законик је прихватио постојање обе функције.¹⁰² Начело *good faith* у Белгији има три функције: функцију тумачења (*fonction interprétative*), функцију допуне (*fonction complétive*) и функцију ограничавања или ублажавања (*fonction restrictive, modératrice*).¹⁰³

Из наведеног упоредног прегледа основних функција начела *good faith*, може се поставити питање на који је начин римски концепт утицао на модерни? Делује да се и у овом случају може повући још једна јасна паралела:

*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*¹⁰⁴

Овај Папинијанов фрагмент из Дигеста указује на улогу претора у римском праву, чији је задатак да помогне, допуни или исправи цивилно право. Ова трихотомија изгледа врло слично као и дистинкције начињене у Италији, Холандији и Белгији. У грчком и португалском праву *good faith* такође има три функције: интерпретативну, улогу допуне и корективну.¹⁰⁵

И у римском и у савременом праву добра вера, савесност и поштење, имају готову исту улогу: тумачење, допуњавање и исправљање, као морални коректив старог цивилног, односно савременог уговорног права.¹⁰⁶ Уколико се пажљиво сагледа овај пример, може

¹⁰¹ J. Smits, 449.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ D. 1.1.7 (*Papinianus libro secundo definitionum*).

¹⁰⁵ M. W. Hesselink, 476.

¹⁰⁶ Правну анализу Папинијановог текста, из угла тумачења чл. 242 НГЗ, дао је Вијакер. Према њему, све три функције начела *good faith* кореспондирају са римским решењима, па тако сврсисходно остварење смерница које је законодавац наменио судији (*die sinngemäße Verwirklichung des gesetzgeberischen Wertungsplanes durch den Richter*) упоређује са *officium iudicis*, сва начела постављена од стране суда у погледу правно етичког понашања уговорне стране (*alle Maximen richterlicher Anforderung an das persönliche rechtsethische Verhalten einer Prozeßpartei*) доводи у везу са *praeter legem*, док коначно прихватање правно етичких начела о којима нема говора у законима, а који треба да руководе уговорне стране (*rechtsethische Durchbrüche durch das Gesetzesrecht*), поистовећује са *contra legem* (F. Wieacker,

се констатовати да ова трихотомија представља *common core* дела европског приватног права. Те заједничке особине и функције начела најбоље показују на који начин решења римског класичног права, уграђена у савремене националне правне системе, могу допринети изградњу општих начела Уније. Свака од наведених функција начела *good faith* у Европи одговара једној од функција преторског права у вези с утицајем на старо цивилно право: конкретизација (интерпретација) – *adiuvare*, допуна уговорних обавеза у складу са добром вером – *supplere*, кориговање (ограничавање, нпр. забрана злоупотребе права) – *corrigere*.

На који начин ово начело функционише у уговорним обавезама странака? Многи правни европски системи истичу општу обавезу предуговорног савесног понашања странака. Неки грађански законици чак садрже експлицитне одредбе о овој обавези.¹⁰⁷ И Ландови Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law, PECL*) и *UNIDROIT* принципи прописују исте обавезе.¹⁰⁸ На основу општих дужности, они обично захтевају од странака да обавесте једна другу о свакој промени процеса преговарања при закључењу уговора.¹⁰⁹

Уколико се пође од Ландових принципа уговорног права, могу се уочити важне одреднице које сведоче о утицају римског права на савремено европско приватно право.

У чл. 1:106 истиче се да „ове Принципе треба тумачити и развијати у складу са њиховом сврхом. Посебно треба узети у обзир потребу подстицања добре вере (*good faith*) и поштеног пословања (*fair dealing*), сигурност у облигационим односима и уједначеност примене.“¹¹⁰ Члан 1:202 наводи да „свака страна мора да поступа савесно и у складу са пошвеним пословањем“.¹¹¹

264 266). Ову анализу је довео у питање Хеселинк, који истиче да је пут којим је Вијакер кренуо помало изненађујући. Он, према Хеселинку, функцију допуњавања поистовећује са *iuvare*, док је римско право ову функцију називало *supplere*. У складу с тим, Вијакер сматра да *exceptio doli* има функцију *supplere*, а у римском праву је та функција била везана за *corrigere* (M. W. Hesselink, 478). Међутим, Сторме има речи оправдања за Вијакеров рад, истичући да се у Немачкој *exceptio doli* посматра као допуна норме да се не сме злоупотребљавати своје право. Осим тога, пише Сторме, Вијакер је анализирао само чл. 242 НГЗ, а не и конкретизацију одредби из тог члана садржаних у чл. 157 НГЗ (M. Storme, 650).

¹⁰⁷ На пример, чл. 1337 Италијанског грађанског законика, чл. 197 Грчког грађанског законика, чл. 227 Португалијског грађанског законика, чл. 311 Немачког грађанског законика.

¹⁰⁸ Чл. 2:301 PECL, чл. 2.15 UP.

¹⁰⁹ Странака може бити одговорна уколико прекине преговоре супротно доброј вери, чл. 311 Немачког грађанског законика.

¹¹⁰ чл. 1:106 PECL.

¹¹¹ чл. 1:202 PECL.

У коментарима на чл. 1:201 посебно се намеће свакој уговорној страни обавеза поштовања стандарда поштеност пословања и обавеза вођења рачуна о интересима друге стране. Тако чл. 6:111 предвиђа да, упркос општем ставу, се уговори морају поштовати, у случају одређених непредвиђених околности, обе стране морају поново ступити у преговоре да би испуниле циљ поштеност пословања:

1) Страна је дужна да испуњава своје уговорне обавезе чак и уколико је извршење постало теже, било да су се трошкови у вези с извршењем повећали или да се вредност уговорног учинка смањила.

2) Уколико извршење уговора постане неупоредиво теже због непредвиђене промене околности, стране су у обавези да поново ступе у преговоре, како би уговор био прилагођен новим околностима, или раскинут, под условом да:

а) нова околност се догодила после закључења уговора,

б) могућност да се деси нова околност није могла бити разумно узета у обзир приликом закључења уговора,

в) уколико уговором није унапред било предвиђено да страна која има корист од уговора сноси и ризик промене околности.

3) Уколико стране не успеју да постигну споразум у разумном периоду, суд може да:

а) раскине уговор у дану и под условима које ће суд утврдити,

б) прилагоди уговор тако да изврши правичну расподелу добитака и губитака обе стране услед промењених околности,

в) одлучи о накнади штете оној уговорној страни која ју је претрпела, услед одбијања друге уговорне стране да поново преговара, или потпуно прекине преговоре супротно начима добре вере и поштеност пословања.¹¹²

Тако је *good faith* на првом месту субјективан појам, а *fair dealing* објективан, због чега ова два појма увек иду заједно, налик немачкој варијанти *Treu und Glauben* и холандској *redelijkheid en billijkheid*.

Овако дихотомно схваћен принцип, изражавају и друге одредбе Ландових принципа уговорног права: обавеза стране да не ступи у преговоре о закључењу уговора, уколико нема стварну намеру постизања споразума са другом страном,¹¹³ обавеза чувања поверљивости

¹¹² чл. 6:111 PECL.

¹¹³ чл. 2:301 PECL.

вих података које је једна страна дала другој у току преговора,¹¹⁴ обавеза уздржавања од непоштеног искоришћавања зависног положаја друге стране, њене неповољне економске ситуације или осталих слабих тачака,¹¹⁵ право на одбијање извршења одређене уговорне обавезе, уколико би то изазвало зајмопримчево неоправдано излагање великом трошку.¹¹⁶

На основу овога може се закључити да, уколико се начела *good faith* и *fair dealing* правилно користе, она могу бити инструмент не само хармонизације приватног права, него и средства која омогућавају и допуштају да узмемо у обзир националне и регионалне разлике у примени права.

Посебно је питање на који начин оштећена страна може заштити своја права у случају кршења обавезе из начела савесности и поштења. У многим правним системима су одређени правни лекови које купац има на располагању засновани претежно баш на кршењу обавезе добре вере и поштеног пословања.

Једно од најважнијих правних средстава је могућност да купац одбије извршење уговора уколико је продавац поступао несавесно приликом преговора о закључењу. То је, у ствари, врста приговора купца (*exceptio non adimpleti contractus*) којом одбија захтев продавца за извршењем уговора.¹¹⁷ Имајући у виду овакво решење оно се, сходно начину примене, може проширити и на заједничка правила заштите права купца у европском приватном праву на основу кршења обавезе да се, приликом закључења и извршења уговора, мора водити рачуна о доброј вери и интересима друге уговорне стране.

¹¹⁴ чл. 2:302 PECL.

¹¹⁵ чл. 4:109 PECL.

¹¹⁶ чл. 9:102 PECL.

¹¹⁷ Овакву одредбу предвиђа чл. 242 НГЗ, који ово право дају купцу у случају да је продавац злоупотребио своје право, имајући у виду однос *inter partes* (*Sonderverbindung*). Слично је решење и чл. 6:262 Холандског грађанског законика, који судовима експлицитно даје могућност да купца ослободи од обавезе извршења уговора у случају да је продавац повредио начело добре вере при закључивању уговора. Француско право, међутим, као да није у потпуности на овој линији: полазећи од тврдог става да се закључени уговори морају поштовати, функција начела добре вере као средства којим се уговор може раскинути, односно одбити његово извршење услед кршења самог начела, није експлицитно призната. Смитс наводи да чл. 1134 *Code Civil*, који регулише ово питање, није виђен као бихејвиорална норма, већ пре као субјективно стање ума, па француски *Cour de Cassation* у принципу не одобравају наведену могућност, J. Smits, 192. Међутим, ово се не може тумачити у смислу да *bonne foi* нема значај какав има у немачком и холандском праву: разлика је у томе што француски судови, у ситуацији кршења начела *bonne foi*, уместо права купцу да одбије извршење уговора, налажу обема странама да поново ступе у преговоре и закључе уговор у складу са овим начелом, *ibid.*

Прихватајући став Стормеа, може се истаћи и да европско приватно право треба да буде хармонизовано, али не и хомогенизовано, јер је европски идентитет мулти-правни.¹¹⁸ Овако изнет став може се подржати у основној идеји коју заступа овај рад: европско приватно право може бити уједначено превасходно нецентралистички, применом искустава старог *ius commune* које постаје основа развоја новог заједничког права Европске уније.

6. ЗАКЉУЧАК

Начело *bona fides* развијало се постепено, од етичких идеја Аристотела до конкретних решења римских класичних јуриспрудената. Позната особина Римљана да усвајају добра правна решења поробљених народа или оних у окружењу и у овом случају имала је своју улогу. Цицерон отворено стаје уз Аристотелове идеје и на сличан начин формулише задатак уговорних страна: да поступају добро, као међу добрим људима и без обмањивања.

У класичном римском праву истакнута је посебно улога јуриспрудената у развијању *bona fides*. Преовлађујуће становиште да класично римско право није онемогућавало тзв. ситне преваре приликом уговорања цене код уговора о продаји (*invicem se circumscribere*). Нејединствен је став римских правника по овом питању, међу којима неки од најутицајнијих (Помпоније и Улпијан) наводе конкретне примере из којих је видљиво да је класично право санкционисало овакве појаве. Најзад, „револуционарна клаузула“ *quidquid dare facere oportet ex fide bona* омогућила је проширење дејства *actio empti*. Сада купац није у обавези да доказује несавесност продавца, што је раније био највећи недостатак ове тужбе. Позивајући се на на околност да друга страна дугује све оно на шта тужилац има право на основу савесности и поштења, отворен је уједно простор за делатност правника у току поступка, јер судија има сложен задатак који не би могао да испуни без стручне помоћи.

Средњовековни правници, у првом реду глосатори и коментатори, ослањајући се на римске текстове и домете класичне јуриспруденције, уопштавањем проширују дејство *bona fides* на све правне послове, формулишући опште правно правило. Посебно је значајна Балдова улога који истиче да нико не сме да се богати на рачун друге стране, чиме истиче „правило савесног живота.“

Римска *bona fides* реципирана је у модерним грађанским законима као начело савесности и поштења, а своје место нашла је и

¹¹⁸ Како то сликовито каже Сторме: „Европско право може да гледа у небеса, али не би требало да лебди тамо, а да ноге не држи на земљи и без задржавања различитости“, М. Storme, 655.

у нашем Закону о облигационим односима и у Начелима Европског уговорног права (*PECL*). Видљив је, при том, утицај римског права. И у римском и савременом праву добра вера, савесност и поштење, имају готову исту улогу: тумачење, допуњавање и исправљање, као морални коректив старог цивилног, односно савременог уговорног права. Уједно, то је један од праваца у којима се може кретати хармонизација европског приватног права, на темељима римских класичних решења.

Vladimir Vuletić, LL.M

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

FROM *BONA FIDES* TO THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH

Summary

The concept of good faith (*bona fides*) was of Roman origin. Initially, it was associated with the general expectation that everyone behaves honestly and fairly in dealings with others. It also meant a personal belief that what one does is just and lawful. The author explores Roman beginnings of the *bona fides* principle and traces its influences on the contemporary Law of Contracts and, especially, on the modern contract of sale. Furthermore, the author probes the relevance *bona fides* in different European legal systems and the European Union, and within the European Private Law paradigm.

Key words: *Bona fides*. – *Contract of sale*. – *Mediaeval law*. – *Good faith*. – *European Private Law*.