

Др Владимир Вулетић*

IUS COMMUNE EUROPAEUM НОВИ ТЕРМИН ЗА СТАРО РЕШЕЊЕ

У овом тексту аутор настоји да укаже на допринос римског права развоју средњовековног *ius commune*, који уједно може представљати модел за остваривање идеје јединственог европског приватног права. При том аутор указује на проблеме с којима се Европска унија у протекле две деценије суочава у покушају хармонизације приватног права, углавном централистичким методама (директивама, обавезујућим међународним уговорима, пресудама Европског суда правде и Европског суда за људска права).

Најпре се анализира настанак и развој средњовековног *ius commune*, општег правног система на тлу читаве Европе. При том, аутор одбацује све покушаје ограничења овог појма, инсистирајући на томе да није реч о самодовољном, заокруженом правном систему, већ о концепту који представља размену идеја, искустава, аргумената и правних решења темељених на истом извору – римском праву. У том погледу, аутор истиче значај Јустинијанове кодификације и њеног тумачења, првенствено од стране глосатора и коментатора.

Значајна улога правне школе у Болоњи анализира се кроз призму тзв. италијанског начина мишљења (*mos docendi italicus*) оличеног првенствено у системском тумачењу оригиналних и глосираних текстова под именом „брокард“. Улога школе у Болоњи додатно је наглашена слободним кретањем и разменом професора и студената широм Европе, што је подстицало утицај римског права, чак и у земљама *common law* а, о чему су владале бројне предрасуде.

Аутор настоји да понуди нове аргументе у корист основне тезе да је римско право у великој мери утицало и на те земље, као и да је концепт средњовековног *ius commune* можда решење за модерне проблеме хармонизације европског права, популарно названог *ius commune Europerum*.

Кључне речи: Европско комунитарно право. *Ius commune*. Римско право. Глосатори. Болоњска школа.

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, pfc@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

У протекле две деценије државе-чланице Европске уније, упоредо са политичким и економским проширењем,¹ започеле су процес уједначавања правног система. Тако је постојеће законодавство Уније уређено тзв. принципом споредних елемената,² који, опште узев, захтева да се Унија бави само оним правним питањима која су од значаја за читаву Заједницу, истовремено остављајући слободу земљама чланицама да самостално регулишу питања од националног интереса.³ Уговорно право треба да постане ослонац овог развоја, јер се сматра да превише разлика између разних националних правних система у Европи води неодређености и правној несигурности. Таква ситуација би могла да одврати пословне људе од закључивања уговора са страном уговорницом из неког другог правног система.⁴

¹ Добро је познато да је примарни циљ својевременог стварања Европске заједнице промоција заједничке економске активности у Европи стварањем униформног тржишта. Међутим, од самог ступања на снагу Уговора о оснивању Европске уније 1993. године (тзв. Мастрихтски уговор) брзо је постало јасно да су циљеви далекосежнији и да леже и у друштвеним, културним и правним сферама.

² Овај принцип споредних елемената, прецизније је регулисан чланом 5. Уговора о оснивању Европске уније, који инсистира да два услова морају бити испуњена пре него што се Унији пренесе надлежност регулисања извесне правне области: а) циљ предложене активности не може бити довољно примењен од стране земаља чланица и б) циљ може бити боље примењен од стране саме Уније. Чак и уколико опстане потреба за овим принципом, поставља се питање да ли постоји по себан правни основ да се интервенише у сфери приватног права, и, ако он постоји, која метода може бити ефикасна у том погледу. Капелети (*Cappelletti*) истиче да је почетна тачка у вези са овим питањем уговор о Европској заједници из 1957. године, допуњен Јединственим Европским актом из 1986. године, затим Уговор о Европској унији из 1992. године и, коначно, уговор из Амстердама из 1997. године, Mauro Capelletti, *Integration through Law: Europe experience*, Berlin 1998, 214. Тако и Valentinas Mikelenas, „Unification and harmonization of Law at the Turn of the Millenium“, *Revue de Droit Uniforme (RDU)* 2/2001, 411; Konstantinos D. Kerameus, „Procedural Implications of European Civil Law Unification“, *Kluwer Law International*, Leiden, 2004, 624. Неки аутори сматрају да је најважније питање да ли је одређени метод у складу са интересима очувања унутрашњег тржишта земаља чланица, чије је опстајање гарантовано самим уговором о оснивању Уније, и истичу да само они методи који нису у супротности са овим интересом могу бити прихваћени. О овоме више у Hans W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, München 1998; Bruno Hoffmann, *European Private International Law*, Nijmegen 1998; Franz Werro, *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg 2000.

³ Овај принцип гарантује да национално право неће бити у другом плану у односу на право Уније. Земље чланице могу да се позивају на овај минимални карактер хармонизације, и, уколико нека држава има боље правило, онда се оно чува. Стога Унија гарантује, барем донекле, постојање националне суверености земаља чланица, Heiko O. Kerkmeester, Rudi W. Holzhauser, „Europees Privaatrecht“, *Nederlands Juristenblad* 1/1998, 162.

⁴ Обично се у литератури наводи да и овај економски интерес треба да буде избалансиран с осталим интересима: праведно друштво, заштита животне среди

Будући да је Европска унија настала пре свега као економска заједница, логично је, истичу неки аутори, да су њени циљеви дуго били само економски. Стога основни предмет хармонизације права држава које улазе у институционалне аранжмане с ЕУ, у циљу стицања статуса члана, виде у области пословног права.⁵ Међутим, има примера у којима економска и правна унификација нису истовремени процеси. Реч је о примеру Сједињених Америчких Држава, у којима постоји далекосежна економска интеграција, упркос засебним државама које су овлашћене да посебно доносе законе у области приватног права.⁶ Исто важи и за Уједињено Краљевство, где истовремено и упоредо постојање енглеског и мешовитог шкотског права, не спречава економску интеграцију Енглеске и Шкотске.

Делује да мотиви за стварање заједничког европског приватно-правног простора нису више под знаком питања.⁷ Свест о потреби хармонизације права у Европи продрла је у национална законодавства држава-чланица ЕУ и то, првенствено, имајући у виду одредбе и институте приватног права.

Међу тим институтима, најважније место заузело је питање заштите права купца, шире посматрано и питање заштите права потрошача, што је оцењено као полазна основа и најпогоднији правни оквир унификације.⁸ Тиме је дато признање и уговору о продаји као кључном од којег треба почети с хармонизацијом.

не, очување националне правне културе, Н. W. Micklitz, 33. Шлезингер тврди да психолошко осећање у вези са разликама које рађа страх, може да има чак и важнију улогу од реалног постојања разлика међу правним системима, Robin B. Schlesinger, „The Past and Future of Comparative Law“, *European Review of Private Law (ERPL)* 2/1995, 677.

⁵ Мирко Васиљевић, „Пословно право Србије и Европска унија“, *Право и привреда* 1 4/2009, 23.

⁶ У САД савезно законодавство надлежно је да доноси законе у области „међудржавне трговине“ (чл. 1, пара. 8 Устава, који од 1878. године помиње овлашћење Конгреса да регулише трговину са страним земљама, између више са везних држава као и с индијанским племенама). Ова тзв. „клаузула о међудржавној привреди“ омогућила је заштиту права потрошача на савезном нивоу доношењем Закона о заштити кредита потрошача 1968. године. То је постигнуто и добровољном имплементацијом Униформног трговачког законика од стране готово свих савезних држава, Reinhard Zimmermann, *Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht*, Tübingen 1995, 132 133.

⁷ Много је важнија чињеница да се све више схвата да униформно европско приватно право мора бити створено у блиској будућности, на овај или онај начин, уколико се жели постићи функционисање заједничког европског тржишта, Jan Smits, „How to Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ)*, 1/1999, 336.

⁸ Готово да нема аутора који својим студијама и чланцима не наводе да је пројекат унификације европског приватног права заснован на положају права купца и заштити права потрошача, посебно наглашавајући уговор о продаји као најважнији

Прва конкретна активност Европске комисије у том правцу представља Одлука о поступку приближавања приватног права земаља чланица⁹ и Одлука о хармонизацији извесних сектора приватног права земаља чланица.¹⁰ У овим одлукама полази се од претпоставке да се унификација може извршити у деловима приватног права који су од великог значаја за развој јединственог тржишта, посебно апострофирајући уговор о продаји, на основу чије се унификације може отпочети и са стварањем заједничког Европског законика приватног права. У 2001. години, Комисија је објавила обавештење у форми закључка о европском уговорном праву у којем се расправљају могућности изједначавања уговора о продаји и заштите права купца за све земље чланице ЕУ.¹¹

Међутим, у намери да постигну циљ стварања јединственог правног оквира законодавства Европске уније, државе-чланице су се суочиле с двоструким проблемом. С једне стране, политичка интеграција Лисабонским споразумом не даје очекиване резултате,¹²

у погледу успеха пројекта на којем Европска унија ради већ готово две деценије. О овоме више у радовима: Thijmen Koopmans, *The Birth of European Private Law at The Crossroads of Legal Traditions*, Cambridge 2001; Petar Šarčević, *Unification and „Soft Law“*, Fribourg 1999; Mark Van Hoecke, *The Harmonization of European Private Law*, Oxford 2000; Reinhard Schulze, *Eine Rechtsgrundsätze und Europäischen Privatrechts*, Baden Baden 1993; Oto Remien, *Illusion und Realität eines Europäischen Privatrechts*, Rabelsz 2002; Franz Werro, *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg 2000; Valentinas Mikelenas, „Unification and harmonization of Law at the Turn of the Millennium“, *Revue de Droit Uniforme (RDU)* 2/2001; Ricardo N. M. P. Oliveira, „Model for a Europeanization of the Contract Law“, *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)* 1/2006; H. W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, München 1998; Ulrich Drobnig, *Private Law in the European Union*, The Hague 1996; Walter Van Gerwen, „Unification of European Private Law“, *European Review of Private Law (ERPL)* 1/1997; James Gordley, „The Development of Harmonized Law“, *European Law Journal (ELJ)* 1/1995.

⁹ OJ 1989 C 158/400; <http://www.europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/index.htm>.

¹⁰ OJ 1994 C 205/518; *ibid*.

¹¹ http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm.

¹² Европска унија је данас, истини за вољу, хомогенија него што је то била пре десет или 15 година, али, не може се рећи да функционише као једна (кон)федерална држава. Напротив. Лисабонски споразум, који би учинио Унију функционалнијом, тешње повезаном, са ширим овлашћењима Европског парламента и новом институцијом председника Европског савета, уз много мука, ратификован је у државама чланицама. Примери Ирске која је морала да прође кроз два референдумска круга не би ли ратификовала овај споразум (што је једини случај у историји Уније), Пољске, која је то учинила недавно, невољно, као резултат обећања председника Доналда Туска да ће потписати Споразум уколико га Ирска прихвати, и Чешке, која га је ратификовала тек након одбијања приговора чешког председника Вацлава Клауса Уставном суду да је Лисабонски споразум у супротности са чешким Уставом, говоре у прилог тези да Европа није тако близу централистичком уређењу. Вид. више Александра Чавошки, „Будућност Европе у светлости Лисабонског угово

док, с друге стране, методи који се примењују у покушају унификације права ЕУ, наилазе на отпор у неким државама које их сматрају исувише централистичким, ригидним и догматским.¹³ Стога је не мали број расправа, предлога и решења о најпожељнијем методу за остваривање овог циља. Анализирајући их и критички сагледавајући, покушаћемо да понудимо нови поглед на решење овог актуелног проблема.

2. *IUS COMMUNE* И КОМУНИТАРНО ЕВРОПСКО ПРАВО

Право Европске уније, настало из права европских заједница, данас се назива и комунитарно право (*European Community Law, Community Law, Gemeinschaftsrecht, Kommunitarrecht, Europarecht, Droit communautaire, Droit Europeen*). Оно се стварало у оквиру три Заједнице: Европске заједнице, Европске заједнице за угаљ и челик (настале Париским уговором, који је истекао 23. јула 2002. године) и Европске заједнице за атомску енергију. Након што је уговором из Мастрихта 1992. године, основана Европска унија, ово се право назива и правом Европске уније, иако треба у том дефинисању бити опрезан, јер комунитарно право од почетка стварају, и то и данас чине, органи Европских заједница. Уговор из Мастрихта је, поред уговора из Амстердама, Нице и Лисабона, уједно један од оснивачких уговора (*Community treaties*) Уније, који представљају важне изворе комунитарног права. Међутим, попут препорука тзв. Ландове комисије, које, иако се називају принципима, немају снагу закона, и оснивачки уговори представљају тзв. меко право (*soft law*). Норме оснивачких уговора нису опште обавезујуће у контексту унутрашњих националних законодавстава, будући да нису снабдевене санкцијама

ра“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 225 241; Зоран Радојевић, „Нова институционална реформа Европске уније“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 191 216.

¹³ Покушаји унификације путем тзв. Директива Европске уније, међународних обавезујућих повеља, те делатношћу Европског суда правде и Европског суда за људска права, имали су много мање успеха него што се то очекивало. Штавише, сваки од ових метода показао је извесне слабости у практичној примени, посебно имајући у виду проширење Уније у првој декади 21. века. Тако тржишта, бруто национални доходак, правни систем и државно уређење неких новопримљених чланица у знатној мери одуарају од оних држава оснивача, што се није променило ни неопходним реформама кроз које су нове чланице морале да прођу. Више о досадашњим методама и неуспеху унификације европског правног система у Peter Christian Müller Graf, „EC Directives as a Means of Private Law Unification“, *Kluwer Law International*, Leiden 2004; M. Hoecke, *The Harmonization of European Private Law*, Oxford 2000; John Kozyris, „Values and Methods in Choice of Law for Product Liability“, *Cambridge Law Journal* 38/2000; Wilhelm Brauner, „Europäisches Privatrecht; aber was ist es?“, *Zeitschrift für neuere Privatrecht* 2/1993; K. D. Kerameus, „Procedural Implications of European Civil Law Unification“, *Kluwer Law International*, Leiden 2004.

у случају непоштовања.¹⁴ Међутим, попут Ландових принципа и оне имају изузетно велику „психолошку“ снагу међу државама чланицама. На неки начин, оне представљају наднационално право, али само у основним оквирима.¹⁵

Данас субјекте комунитарног права чине физичка и правна лица, државе чланице и органи Уније. Физичким лицима припадају држављани држава чланица, а правним, лица која имају припадност некој од држава чланица или имају статус европских друштава.¹⁶ У суштини, комунитарно право последица је процеса хармонизације и уједначавања неких правних института на наднационалном нивоу. Основна надлежност комунитарног права је регулисање узајамних права и обавеза између Заједнице и њених субјеката, међусобних односа држава чланица, односа између држава чланица и приватних лица и међусобних односа приватних лица.¹⁷

У вези с правном природом комунитарног права постоји неколико теорија,¹⁸ а у погледу одређивања правне природе, можда би се најпре могао прихватити став Берија (*Berry*) да је комунитарно право истовремено и међународно и унутрашње, јавно и приватно, материјално и процесно, засновано на основама и континенталноевропског и англосаксонског правног система.¹⁹

Коначно, питање терминологије које, на први поглед, може деловати као ирелевантно, чини се ипак важно. Наиме, постоје одређене дилеме и у вези с коришћењем термина комунитарно право. Да ли је реч о синониму за европско право? Неки аутори стоје на становишту да су европско и комунитарно право идентични термини.²⁰ Има писа-

¹⁴ J. Smits, (1999), 348.

¹⁵ Конкретнија решења нуде она докумената и инструмената која су део тзв. секундарних извора европског комунитарног права, у првом реду директива, међународних обавезујућих споразума и предуда Европског суда правде и Европског суда за људска права, J. Smits (ed.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Antwerpen Groningen 2001, 8.

¹⁶ На пример, посебне европске економске интересне групације и европска акционарска друштва (*societas europaea*), Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац 2006, 68.

¹⁷ „У територијаном смислу, домашај примене ових прописа је омеђен границама Европске заједнице, односно њених држава чланица. Само у посебним ситуацијама, поједини комунитарни прописи могу се применити и изван заједнице, односно Европске уније. У питању је тзв. екстратериторијална примена најчешће комунитарних прописа о праву конкуренције, а осталих прописа у случајевима њихове примене на активности које су довољно повезане са Заједницом.“, *ibid.*

¹⁸ Најпознатије су интернационалистичка, наднационалистичка и мешовита теорија, *ibid.*

¹⁹ Elspeth Berry, *European Union Law*, Oxford 2007, 72.

²⁰ Тако М. Cappelletti, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leiden 1998, 49; Ian Ward, *Critical Introduction to European Law*, London 1996, 11; Walter

ца који сматрају да је европско право збирни појам који подразумева збир националних прописа правних система држава чланица.²¹

Посебно место у новије време заузимају аутори који одричу синонимност појмовима европско и комунитарно право. Они се залажу за идеју да је комунитарно право збир заједничких карактеристика које постоје у националним правима европских држава.²² При том се одлучују да те заједничке карактеристике назову заједничким темељем, заједничким језгром европског приватног права (*common core, common ground of European private law*).²³

Међутим, поставља се питање шта чини темељ данашњег комунитарног права Европске уније, који је то „најмањи заједнички садржалац“, шта представља тзв. заједничко језгро европског приватног права.²⁴ Не мали број аутора, посебно у новије време, инсистира на видљивој вези модерног појма комунитарно право и средњовековног *ius commune*, истовремено суочавајући се с одређеним тешкоћама при дефинисању овог потоњег појма.

Дакле, шта је *ius commune* и како га дефинисати? У чему се огледа, ако је има, веза са данашњим комунитарним правом? У вези с појмом *ius commune* у савременом романистичкој литератури постоје бројна размимоилажења.

Неки уз овај термин обавезно стављају придев „старо римско-канонско *ius commune*“,²⁵ као да желе да буду што прецизнији у дефинисању. Према мишљењу Цимермана, *ius commune* представља посебну мешавину права, заједничко право које је функционисало широм Европе, а настало је тако што је у радовима јуриспрудената

Van Gerven, „The Common Law of Europe“, *European Review of Private Law (ERPL)* 2/1996, 25.

²¹ У начелу се тако комунитарно право тумачи као збир појединачних права које обједињује само географско подручје настанка и примене, Hein Kötz, *European Contract Law*, Oxford 1997; 91, V. Zeno Zencovich, „The Constitutional Basis of a European Private Law“, *Kluwer Law International*, Leiden, 2004, 106.

²² Тако Цимерман, Смитс и Шлезингер изричито у својим делима наводе да комунитарно право за своју основу има оне заједничке карактеристике права националних држава које се могу уклопити у јединствен заједнички приватно правни простор, R. Zimmermann *Roman Law, Contemporary Law, European Law; The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, 128; J. Smits *The Making of European Private Law: To ward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Oxford, 2008, 5; R. B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems; An Emerging Subject of Comparative Study*, Leiden 1991, 17.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Тако, нпр. R. Zimmermann, R. *Das römisch kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, Tübingen 1992, 17 22; R. C. Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992, 87; Ewan McKendrick, *Contract Law*, Oxford 2005, 181.

гласаторске и посебно школе коментатора у XIV веку, дошло до мешања Јустинијановог права с лангобардским феудалним правом и с елементима канонског права.²⁶ Да је реч о специфичној „мешавини права“ које је настало мешањем Јустинијановог права с лангобардским феудалним и канонским правом у радовима коментатора, сматра и Хамза.²⁷

Премда се коначан настанак овог права везује за рад коментатора, има ставова да је оно настало већ радом гласаторске школе, у другој половини XII и почетком XIII века.²⁸ У Немачкој се под овим појмом подразумева *gemeines Recht* које је 1495. године службено реципирано.²⁹ Супротно овом термину јавља се *ius proprium* или *ius municipale* појединих територија или градова, које коментатори називају *ius singulare*.³⁰ Нису ретка дефинисања која полазе од тога да основу *ius commune* чини реципирано римско-канонско право, посебно имајући у виду рад школе у Павији, а затим гласатора и коментатора.³¹

²⁶ R. Zimmermann, (1992), 19. Супротно њему Ри истиче да *ius commune* није садржало лангобардско феудално и градско статутарно право, јер сматра да је *ius commune* на почетку означавало јединствено римско право, насупротив локалним правима градских статута. Касније, поготову у време коментатора, поред римског права укључују се и норме локалног карактера, чиме настаје појам регионалног или територијалног заједничког права, Robert Rhee, „Civil Procedure: A European Ius Commune“, *ERPL* 1/2000, 669. У немачкој литератури се претежно користи термин римско канонско право, а Коинг наводи да овај појам има толико различитих значења, да се оно може спознати само само истраживањем времена и места коришћења овог термина, Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, München 1989, 52. Сич наводи да је у Шпанији било спорно да ли *ius commune* означава римско или канонско право, док у Француској у XVII и VIII веку *droit commun de la France* настаје стапањем обичаја, новијег законодавства и римског законодавства примењиваног у јужног делу Француске, М. Сић, „Трајне вредности римског права“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 43/3 4, 2006, 384.

²⁷ Gabor Hamza, *Le développement du droit privé européen, Le role de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest 2005, 31.

²⁸ Рад школе гласатора пресудно је утицао на настанак општег права, сматра Кнител, иако и сам признаје да је његов потпуни развој учвршћен радом постгласатора, склоних иначе уопштавању и дефинисању, Rolf Knütel, „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“, *Juristische Schulung* 2/1996, 318.

²⁹ R. Zimmermann, (1992), 23.

³⁰ М. Сић, 384.

³¹ Прву овакву дефиницију дао је још Кошхакер (Koschaker) у свом капиталном делу „Европа и римско право“, објављеном непосредно након Другог светског рата, наводећи при том несумњиви утицај римског права у развоју средњовековног *ius commune*, чиме су створени услови за јединствени *common ground* европског приватног права у целини, Philip Koschaker, *Europa und das römische recht*, Berlin 1947, 113. Овај став је инспирисао бројне савремене ауторе, у првом реду R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Ox

Међутим, сви ови покушаји дефинисања су, баш како Јаволен упозорава имајући у виду могућност оспоравања, опасни.³² Наиме, тешко се може прихватити било каква строга и прецизна дефиниција појма *ius commune*. Чини се да би можда најбоље било прихватити овај појам у оном рудиментарном облику у којем је он постојао у средњем веку. Ово отуда јер је, сматрамо, *ius commune* ништа друго до општи, заједнички начин мишљења правника широм средњовековне Европе, темељен на јасном утицају римског права. Такво *ius commune* наставило је свој живот и у раноновековној Европи као заједничко право, када га велике грађанске кодификације замењују посебним националним правима. Отуда, у покушају да се пронађе *common core* развоја европског приватног права, ваља се осврнути на *ius commune* средњег века.

Идеалистички делује посматрање средњовековног *ius commune* као потпуно заокруженог правног система, јасно дефинисане структуре и опште прихваћености. Пре би се могло рећи да оно представља заједнички дух права, јединствену правну културу која је полазила од античких римских и грчких принципа, који су и били *common core* тадашњег времена. У суштини, све до времена *usus modernus pandectarum* у XVII и XVIII веку, читава образована Европа је чинила јединствену културну заједницу. Право је било неодвојиви део те европске културе. Правници који су се образовали у једној држави могли су имати важне функције у другим државама.³³

Поред тога, научна литература постала је опште прихваћена у већини европских држава: Гроцијусово дело *De iure belli ac pacis* до краја XVII века имало је преко 40 издања у Немачкој, Холандији, Италији и Швајцарској, преведено је на француски, енглески, немачки и италијански језик. На универзитетима у Халеу, Павији, Болоњи, Кракову и Оксфорду, као уџбеник је коришћен Хајнекијев *Elementa iuris civilis*. У свом *Commentarius ad pandectas* Јохан Воет цитирао је ауторе из Шпаније, Италије, Француске и Немачке, од XIV века све до његовог времена. Немачки студенти су долазили на *peregrinatio*

ford 1995; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1984; Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995; J. Smits, „A European Private Law as a Mixed Legal System“, *Maasrecht Journal of European and Comparative Law* 1/2006.

³² D. 50.17.202 (*Iavolenus libro decimo epistularum*) *Omnis definitio in iure civili periculosa est, rarum est enim ut subverti non possit.*

³³ Велики француски научник Донел (*Donellus*), на пример, био је професор на Хајделбергу, Лајдену и Алтдорфу, Италијан Алберико Ђентили (*Alberico Gentili*) предавао је на Оксфорду, Немац Пуфендорф у Лунду, Шпанац Перез на Лувену, R. Zimmermann, „Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe“, *Kluwer Law International*, Leiden 2004, 27.

academica у Италију и Француску, исто као што су шкотски студенти долазили у Лајден или Утрехт.³⁴

Не би се стога могло говорити о правом заједничком правном систему у Европи, већ је реч, чини се, о заједничком правном мишљењу, својеврсном *communis opinio doctorum*, које својим ауторитетом развија опште право у европским земљама. Тај специфичан заједнички правни дух, прожимајући развијене државе Европе, чини да професори слободно предају на катедрама разних земаља, да студенти слободно студирају широм Европе, да мешање традиција, правних система и вредности, створи један заједнички оквир у којем се допуњују заједничке особине права националних држава.³⁵

У том контексту чини се незаобилазним утицај римског права на развој *ius commune* које га је обликовало и удахнуло му нови живот.

3. ДОПРИНОС РИМСКОГ ПРАВА

За настанак и развој тзв. општег права средњовековне Европе, за које смо већ констатовали да није заокружен и самодовољан правни систем, већ много више систем размене искустава, идеја, обичаја и правних правила широм европског континента, најзаслужнији је свакако Јустинијанов зборник *Corpus Iuris Civilis*. Обимнији од Библије, представљао је највећи домет овог посткласичног владара који је с поносом истицао да представља једну двадесетину свих правних докумената с којима су састављачи дошли у додир.³⁶ У суштини поверен Трибонијану, главном Јустинијановом правнику, носиоцу титуле *magister sacri palatii*, овај посао био је завршен у рекордно кратком временском периоду (иако је рок био десет година, све је завршено за свега три године). Најважнији део ове петоделне кодификације

³⁴ *Ibid.* Коментаришући Цицермана, Сич истиче: „По нашем мишљењу *ius commune* је само једна карика у ланцу (која до сад није била у довољној мери истраживана) која спаја античку правну мисао о заједничким основама праведног правног поретка са савременом тежњом да се обелиск правде не сруши у савременом процесу европеизације и глобализације. Како ће се стуб правде да одржи без корена?“, М. Сић, 385.

³⁵ У Европи тог времена, употребивши израз Цицермана, користи се иста „правна граматика“, па, крећући се истим културним плимима у целој Европи и уси дривши се у заједничкој образовној и интелектуалној традицији, европски правни научници су, упркос многим разликама у детаљима, остали јединствен интелектуални свет са великим ауторитетом за стварање и развој *ius commune*, R. Zimmermann, (2001), 28.

³⁶ Јустинијан је у похвалама истицао цифру од проучених преко 2000 књига, Peter. Stein „Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law“, *The Civilian Tradition and Scots Law* (eds. D.L.C. Miller, R. Zimmermann), Duncker&Humbolt, Berlin 1997, 73.

чини́ла су Дигеста, у којима је садржана срж тзв. правничког права (*ius*) а коришћена су у првом реду дела правника, тзв. Сената мртвих (Гај, Папинијан, Павле, Улпијан и Модестин).

Међутим, основно питање је на који је начин Јустинијанова кодификација допрла до територија широм Европе и толико утицала на развој правне мисли, па „и средњовековно и модерно европско право плове под Јустинијановом заставом“,³⁷ имајући у виду пад Западног римског царства, који се догодио неколико деценија пре ступања на снагу Дигеста 529. године? Није лак одговор.

Јустинијанова кодификација је, након више од 500 година од објављивања, иако амибициозно замишљена као основни извор свег права, ретко где проучавана. Stein наводи да је у великом делу Источног Римског царства она једноставно била неразумљива, будући да је скоро потпуно написана на латинском језику, док се у овом делу царства углавном користио грчки језик.³⁸ Веома мало рукописа доспело је до Западне Европе, а они који јесу, нису били разумљиви тамошњим правницима због сложености садржаја.³⁹ Међутим, у раном средњем веку, као последица повезаности Византије и јужне Италије, неки од рукописа Институција и Јустинијановог Кодекса⁴⁰ постале су познате у Италији. Међутим, у осталом већем делу онога што је некад било познато као Западно Римско царство, познавање римског права није било темељено ни на класичном праву нити на Јустинијановом, већ у знатној мери на тзв. вулгарном праву из IV и V века.⁴¹

³⁷ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1969, 4.

³⁸ Није много помагала ни чињеница да су око 900. године објављене Василике, као нека врста грчке верзије читавог дела, P. Stein, 74.

³⁹ Ово се, пре свега, односи на Дигеста које су због великог обима и систематизације биле веома тешке за практичну употребу. И сами састављачи су увиђали велику мудрост коју Дигеста носе и били свесни да је тешко могуће да је савладају они који су у предворју правне науке. Reiner Schulze, Reinhard Zimmermann, *Basistexte zum Europäischen Privatrechts*, Baden Baden 2000, 36.

⁴⁰ Последње три су се односиле на административно право и биле одвојене од остатка.

⁴¹ Варварске земље, сукцесори на тлу палог Западног римског царства, коришћале су своје право и нису покушавале да га наметну покороном становништву. Уместо тога визиготски и бургундски краљеви с почетка VI века, тј. пре Јустинијана, наредили су да се за њих израде збирке постојећег римског права, тако да су управо ови зборници били главни извор сазнања о римском праву у следећим вековима, Herbert F. Jolowitz, Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1972, 478. Има и ставова да се визиготско право јасно може уочити у тзв. каролиншким рукописима из 9. века, као да се на западу није уопште ни знало за постојање Јустинијановог зборника, Theodore John Rivers, *Laws of the Salian and Ripuarian Franks*, New York 1966, 195. Сличног је мишљења и Кнител (*Knüttel*) наводећи да у свом делу енциклопедијског карактера *Etymologiae*, написаног

Приметније интересовање за римско право се дугује изгледа свештенству. Оно је користило грађу из класичног права, како би успели да повежу дијаметрално супротстављене документе с црквених сабора, списе светих отаца и папска законодавна документа, у ембрион новог римско-канонског права. Речима рипуарских Франака „црква живи у складу са римским правом“.⁴² Значајну улогу су одиграли и јавни бележници (*tabelliones*) сачињавајући правне документе на основу решених случајева у римским процесним формулама, скоро потпуно преписујући римска решења која они нису увек ни разумевали. Осим тога, неки римски текстови су, као познати примери, цитирани на курсевима реторике у манастирским и црквеним школама.⁴³

3.1. Улога Болоње

На западу Европе, међутим, римско право још увек није довољно познато. Сјај и успон Византије нема толики одблесак у западноевропским земљама све до XI века које, истини за вољу, још увек нису на том степену развоја. Постоје, ипак, неки подаци о постојању школе римског права у Равени која је била раније седиште византијског егзарха, као и још познатије школе у Павији, бившој престоници лангобардске краљевине у Италији. У школи у Павији тумачи лангобардског права били су подељени у две групе у погледу сопственог односа према римском праву. Струја позната под именом *Antiqui* усредсредили су своја проучавања искључиво на лангобардско право, састављено од збирки едиката и капитулара познатих као *Liber Papiensis*. Истовремено су помно бележили све битне разлике између лангобардског и римског права. Струја која је себе називала *Moderni* била је спремна да знатно више прихвати римско право и то као опште у разумевању и тумачењу лангобардског права.⁴⁴

двадесетих година VII века, св. Исидор Севиљски помиње Јустинијана у погледу његових религијских активности, али прећуткује његово постојање као великог законодавца, R. Knütel, „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“ *Juristische Schulung* 1/1996, 242.

⁴² T. J. Rivers, 196.

⁴³ Тако су познати правни случајеви у којима се истицао велики римски бeседник Цицерон готово без изузетка били инспирација младим беседницима који су реторику учили у црквама и манастирима, по први пут организујући неку врсту симулације римског суђења, John F. Winkler, *Roman Law in Anglo Saxon England*, Oxford 1992, 101.

⁴⁴ Рад ове потоње струје свој врхунац је доживео током 1070. године у Експозицији *Liber Papiensis* а, који је имао задатак да усклади лангобардско и римско право. Експозиција се односила на изворе римског права који су већ били познати неко време (у првом реду Јустијанове Институције и Кодекс поновног читања, као и Јулијанове Епитоме), али је садржала и девет фрагмената из Дигеста. Вид. опширније у Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto I*, Milano 1954, 281 и даље, R.

Може се са извесном дозом поузданости тврдити да је правна пракса у Павији била на високом нивоу. Циљ школе био је да одржи овај ниво али и да лангобардске студије осете дух и суштину науке о праву. Како је лангобардско право било написано на латинском, у случају недоумице око неког техничког правног термина, природно је било консултовати центар у којем су се водиле меродавне правне расправе на латинском. Тако је римско право служило и као тумач правних контроверзи, чиме је његова улога, кроз ову школу, почела да расте и постаје значајнија. Ипак, не треба претеривати у оцени домета школе у Павији у погледу доприноса римског права развоју *ius commune*. Школа у Павији образовала је, пре свега, правнике практичаре, који су намеравали да раде у лангобардским судовима. У том погледу, допринос теоријском проучавању значаја римског права и његовог домета био је релативно скроман. Упркос неким оценама,⁴⁵ можда је преамбициозно у овој школи, пре него ли у Болоњи, тражити *common core* општег срењовековног права.

Прави процват у проучавању римског права доноси поновно откривање Јустинијанових Дигеста у Болоњи, што представља прилично изненадан подстицај развоју приватног права током XII века. Чињеница је да је овај најважнији и највреднији део Јустинијановог зборника могао у већој мери удахнути нови живот римском праву.⁴⁶ Рукопис који је Болоња користила у XII веку, у ствари потиче из VI века, тада чуван у Пизи, а 1406. године пренет у Фиренцу, где представља драгуљ у збирци Лаврентинске библиотеке.⁴⁷ Мада има назнака да су Дигеста делом била позната већ школи у Павији, будући да је у Експозицији професори из Павије помињу око 1070. године, као и једном италијанском зборнику канонског права из 1080. годи-

Knütel, 248; Christian Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna*, New Haven 1988, 178 и даље.

⁴⁵ У новије време неки аутори школу у Павији претпостављају школи у Болоњи, у првом реду Риверс, Винклер и Радинг.

⁴⁶ Значај Дигеста занимљиво, критички сагледавајући *Corpus Iuris Civilis*, осликава Радинг у свом писму универзитетском професору Хејстингсу Рашдалу: „Дигеста су била једина књига из које су средњовековни студенти могли да добију квалитетно знање из римског права. Институције су биле тек обичан уџбеник. Ко декс се сатоји од појединачних, недовољно повезаних одредаба. Новеле, пак, нису неповезане, али су састављене преопширно, исувише апстрактно, и, колико помажу толико и одмажу читаоцу. Без Дигеста римско право никада не би могло да освоји свет, само је у њима могао да се нађе прави дух римског права. Људи никада не би у некој другој књизи пронашли толико ентузијазма за проучавање, јер тек у Дигестима се спознаје шта је то квалитетна правна расправа, прецизна и тачна дефиниција.“, С. Radding, 180.

⁴⁷ У вези с природом овог рукописа постоје опречна мишљења. Радинг тврди да је реч о верзији названој *Vulgata* односно *Litera bononiensis*, и потиче из фирентинског, не непосредно, него путем изгубљеног архетипа, С. Radding, 182, док Stein сматра да је у питању верзија *Secundus* која је преписана крајем XI века, Р. Stein, 78.

не у којем се 93 фрагментна помињу у одељку *Collectio Britannica*,⁴⁸ чини се да је тек школа у Болоњи дубље и аналитичније сагледала сву вредност Дигеста. Ово тим пре јер је римско право делатношћу ове школе полако почело да добија ауторитет за судове и практичну примену, започету већ радом школе у Павији. Практична вредност римског права иницирала је долазак бројних младих људи из Западне Европе у Болоњу и друге италијанске градове (у првом реду у Падову и Сијену) како би учили римско право. Вероватно је да су то чинили баш имајући у виду могућност употребе стеченог знања у судској пракси, а не само теоријско опште образовање.

Међутим, нису сви рукописи Дигеста постали доступни у исто време. Тако *Litera Bononiensis* показује да су Дигеста у ствари парцијално и сукцесивно откривана. Прво је откривен део рукописа под именом *Digestum Vetus*, па *Infortiatum* и на крају *Novum*.⁴⁹ Највеће заслуге за то припадају помало заборављеном и сенком тајне осенченом болоњском професору под именом Пепо.⁵⁰ Познат по свом цитирању текстова из Дигеста негде око 1076. године, акценат је у својим предавањима ипак стављао више на Кодекс и Институције. Његов рад је, међутим, послужио као смерница много познатијем професору болоњске школе Ирнерију, којем се приписује први систематични рад на Дигестама и родоначелство школе глосатора. Познато је да су глосатори развили схоластички метод и велико поштовање према римском праву уопште, јер правници су, како стоји у уводу Дигеста, свештеници права.⁵¹

⁴⁸ B. Paradisi, „Il giudizio di Martiri: alle origini del pensiero giuridico bolognese“, *Rediconti dell' Accademia dei Lincei (Scienze Morali)*, Bologna 1994, 335. Станојевић наводи први случај цитирања Јустинијанове кодификације, додуше без навођења извора, из 1060. године, док је 1076. године у спору житеља Сигиција поред Фиренце са оближњим манастиром, забележен случај позивања на Дигеста, Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2003, 126.

⁴⁹ Иако порекло редоследа ове поделе није сасвим јасно, Парадизи је уверен да је *Vetus* био пронађен и познат пре друга два дела, B. Paradisi, 336. И са осталим деловима Јустинијанове кодификације догодило се слично: средином XII века откривене су последње три књиге Кодекса (*Tres Libri*), а такође и много боља латинска верзија Новела (од којих је већина била на грчком), него што су *Epitome Iuliani*. Она је била позната као *Authenticum* и распоређена у девет *Collationes* по узору на Кодекс. Цео *Corpus Iuris Civilis* се тада састојао од три тома Дигеста, девет књига традиционалног Кодекса и дела под именом *Volumen Parvum*, сажетог зборника који је садржао Институције, *Tres Libri* и *Authenticum*, те разне друге делове за које се очекивало да ће бити усвојени као царски закони. Ово је укључивало и царске конституције из XII века, као и збирку регула о феудалном праву *Libri Feudorum* која је постала позната као десети *Collatio*, Stephan Kuttner, *The Revival of Jurisprudence*, Oxford 1982, 453; P. Stein *Introduction to the Teaching of Roman Law in England around 1200*, Selden Society, Cambridge 1990, 211.

⁵⁰ Њега помињу, наводећи му и судијско саветничку функцију *causidicus* а, P. Stein, (1990), 213; C. Radding, 181 и F. Calasso, 296.

⁵¹ Катнер чак наводи да су Дигеста поистоветили са Светим писмом, S. Kuttner, „Sur les origines du terme ‘droit positif’“, *Revue historique du droit français et étran*

Рад болоњске и школе глосатора у великој мери заслужни су за развој приватног права темељеног на римском. Пре њих кружили су разни незванични зборници, нудећи разнолика решења, као што су одлуке црквених савета, мишљења светих отаца, папски декрети, фрагменти из Библије, па се није знало шта је нечије мишљење, а шта право. Ред у област канонског права уведен је тек проглашењем Грацијановог декрета око 1140. године. Међутим, познавање приватног права постало је немогуће без познавања римског права. Код год је желео озбиљно да се бави приватним правом, сматрало се да би био бољи и успешнији ако познаје Дигеста.⁵²

У раном XII веку партикуларизам локалних обичаја учинио је да Дигеста постану права ризница блага у којој би свако могао да захвати вредност оличену у конкретним решењима и правним правилима. Међутим, та ризница није лако одавала своје тајне. Текстови су, опште узев, задавали проблеме читаоцима, имајући у виду сложеност материје и минуциозност у решењима. Ирнерије и његови наследници упустили су се у тежак и захтеван посао коментарисања спорних делова у фрагментима, пишући глосе поред текстова (*marginalis*) и између редова (*interlinearis*), у намери да олакшају богату, али и сложену материју. Тиме су они настојали да убеди како у Дигестама не постоје противречности које се не могу савладати тражењем разлога за отклањање разлика.⁵³ На овај начин начинили су прецизан „технички речник“,⁵⁴ који се тек називао у вулгарном праву средњег века, као и универзални правни језик, којим су се и најразличитији спорови могли водити на идентичан начин. Широм Европе бискупи и краљеви су желели да искористе ову нову вештину запошљавајући оне који су је изучили, док су млади амбициозни људи видели шансу за заузимање високог положаја и стицања угледа и богатства. Стога је Болоња постала правни центар од највишег значаја, јер су се тамо изучавали оригинални текстови и коментари.⁵⁵ Због свог одлич-

ger 15/1936, 728. Када се Акурзије запитао да ли правник онда треба да проучава теологију, одговор је био одричан јер се све налази у *Corpus Iuris Civilis* у (*omnia in corpore iuris inveniuntur; gl. notitia D. 1.1.1.1*), *ibid.*

⁵² Нови проблеми и правни спорови настали услед развоја градова и при вреде, потреба секуларних владара и црквених великодостојника, захтевали су до датно ангажовање правника. Разна обичајна и партикуларна феудална правила нису имала адекватне одговоре. Можда то није имало у потпуности ни римско право, али је поседовало мудре савете и аргументе који су могли да доведу до решења, Ennio Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, 96.

⁵³ *Constitutio Tanta, 15: Subtili animo diversitatis rationes excuilet.*

⁵⁴ Ирнерије и тзв. четири доктора Мартин, Јакоб, Булгар и Хуго, не само што су коментарисали текстове, већ су и упућивали и на друге фрагменте који се баве истим или сличним питањем, чиме су створили мрежу језичких и правних појмова који се међусобно прожимају, P. Stein, (1997), 80.

⁵⁵ Студенти су у Болоњи изучавали римско приватно право упоредо са канонским, а многи од њих су већ имали савладане основе римског приватног права пре преласка на студије канонског, *ibid.*

ног географског положаја, на раскрсници важних путева у северној Италији, у Болоњу је било релативно лако доћи. Отуда не чуди на хиљаде људи који су се у њу слили (крајем XIII века имала је преко 1000 студената из свих крајева Европе) као и ласкава титула која ју је красила: *Bononia mater legum*.

Школа правних наука у Болоњи испрва је била приватна секуларна институција. Израстање школе у универзитет није се догодило на основу неког декрета или планског акта владара или цркве. Оно се догодило, половином XII века, потребом студената да се организују како би себи прибавили што квалитетнију наставу и стекну признате квалификације које би им олакшале запослење широм Европе. То је од самог почетка универзитету дало печат преко потребне аутономности.⁵⁶ Мада се у Болоњи изучавала и теологија и медицина (центар за теологију био је ипак Париз, а за медицину Салерно и Монпеље), римско приватно и канонско право су били доминатни. Онај ко би завршио студије оба права добијао би титулу *doctor iuris utriusque*.⁵⁷ При том је римско приватно право имало посебно и најзначајније место. Прво, предмет је био такав да се могао изучавати било где, па му је његова универзална вредност дала превагу над правом локалних комуна. Штавише, локално право се није изучавало ни у једној земљи све до XVII века.⁵⁸ Друго, како је право постало предмет организоване наставе, тако је и римско приватно право подигнуто на виши научни ниво. За наследнике Ирнерија, у првом реду Булгара, постоје подаци да је држао предавања великим групама студената.⁵⁹ Преписи бележака с предавања су били доступ-

⁵⁶ За разлику од Париза и Оксфорда, Болоња је била модел универзитета којим су управљали студенти који су себи бирали најбоље професоре. И ректор је биран од стране студената, па су студентски представници постали уважавана снага у разговорима са званичницима комуне. Неки аутори иду и корак даље па тврде да су се њима „додворавали и цар и папа,“ вероватно желећи да метафорично укажу на снагу студентске популације, A. García, *The Faculties of Law*, Cambridge 2002, 177; Hilde De Ridder Symoens, *A History of the University in Europe*, Cambridge 1992, 326. Има података да је Фридрих I Барбароса око 1150. године потврдио независност универзитета у односу на комуно, омогућивши студентима и професорима имунитет на путу од куће до школе, изузеће од судске надлежности редовних судова, забрану да се студенти узимају као таоци за дугове својих суграђана, као и забрану да полицијски органи улазе на тле универзитета, док је почетком XIII века папа Хонорије III инсистирао да предавачи морају добити лиценцу за рад, коју би обнављали на годишњем нивоу. Зависно од резултата које покажу, наставници би добијали продужења лиценци све док не стекну такве резултате који би им омогућили трајни останак, Manlio Bellomo, *Saggio sull' Università nell' eta del diritto comune*, Catania 1979, 49; O. Станојевић, 127-128.

⁵⁷ O. Станојевић, 127.

⁵⁸ Чак и када се радило о енглеском *common law*, на Оксфорду и Кембриџу се изучавало грађанско и канонско право (пре реформације) све до XVIII века, M. Bellomo, 50.

⁵⁹ Беломо пише о једном шаливом догађају са тих предавања. Булгар, удовац, оженио је младу жену за коју је веровао да је девица. Следећег дана, када је до

ни за куповину, као нека врста скрипте.⁶⁰ Треће, предавања су конципирана тако да се симулирао неки конкретни правни спор, што је подстицало студенте да полемишу о различитим решењима, неретко организујући дебате под надзором својих професора.

3.2. *Mos docendi italicus*

Настава у Болоњи је уважавана због освежавајуће јасноће мисли, строгог режима рада, тачног позивања на изворе, обраћања пажње и на најмање детаље, језичког и догматског тумачења, уклањања сваког садржаја и мишљења које нема везе са правном науком.⁶¹ Како је договором студената и професора време за стицање дипломе ограничено на пет година, морао се увести ред у непрегледно море правних текстова који су се изучавали. Један од главних проблема са којим су се суочили је чињеница да је материја приватног права другачијим редоследом излагана у Дигестама односно у Кодексу и Институцијама. Стога се прво приступало настави Институција,⁶² а тек потом би се студенти упознавали са Дигестама и Кодексом. Глосатори су у великој мери давали значај регулама као општим правним начелима применљивим у свим ситуацијама. На руку им је ишла последња 50. књига Дигеста, 17. титулус који се бавио само општим регулама (*de diversis regulis iuris antiqui*), а било их је преко две стотине. Регула је замишљена као опште правило на основу одређеног броја примера који се понављају. Булгар је чак написао и коментар у којем објашњава како та правила функционишу.⁶³ Четири доктора су

шао на предавање, први текст за анализу био је *C. 3.1.14.* који је почињао са *rem nec novam nec inusitatum aggredimur*. Игра речи да је „наишао на нешто што није нити ново нити некористишено“, изазвала је салве смеха међу студентима, *ibid.*

⁶⁰ Посебни продавци тих преписа бележака, названи *stationarii exempla tenentes*, продавали су их или изнајмљивали студентима, а студенти су, када дође време да напусте универзитет, имали основни материјал који би могли понети са собом. Ако и сами не би постали професори, имали су могућност да шире знање о приватном праву дуж Европе доносећи већ глосиране текстове у своје домовине, M. Bellomo, 113.

⁶¹ Walter Ullman, *Law and Politics in the Middle Ages*, London 1975, 99.

⁶² Институције су пратиле Гајеву трипартицију, а глосатори су ове категорије (*personas res actiones*) допуњавали са *distinctiones*. Ово су биле допуне у оквиру којих су различите чињенице бивале подељене на групе и подгрупе, често дијаграмским табелама како би било олакшано памћење. Основни циљ био је да се повеже оно што је испрва деловало као потпуно различито како би се извело неко опште правило, P. Stein, *Regulae iuris: from Iuristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, 114.

⁶³ Тако текст из Дигеста (*D. 50.17.1*) наводи да, уколико правно правило изгуби у било ком свом делу правну важност, губи и свој *officium*. У свом коментару Булгар наводи да зато *officium* регуле мора да обухвати сваку сингулу, односно сваки појединачни део правног правила. Регула, дакле, не може имати изузетке, јер оно што је изузето није ни обухваћено. Према мишљењу Булгара, регула је род (*genus proximus*) са одређеним врстама (*differentia specifica*) и даје пример: ничија ствар

се прилично разликовали међусобно у тумачењу и попуњавању правних категорија, пишући свако понаособ своје *dissensiones dominorum*. Подстицали су исту навику правне расправе и критичког мишљења и код својих студената, организујући им *quaestiones disputate*, претечу данашњег *moot court*-а, у оквиру којег би свака страна износила своје аргументе, док би професор, у улози судије, на крају доносио пресуду (мишљење, *solutio*).⁶⁴

Упркос њиховом ентузијазму према општим нормама, глосатори су ипак фокус својих анализа посветили појединачним нормама, текстовима или законима. Тек ће коментатори из ових појединачних анализа успети да извлаче нека општа правила. Јохан Басијан (*Johannes Bassianus*), Булгаров ученик и значајан професор приватног права у Болоњи, промовисао је систем анализе сложених правних текстова у четири фазе,⁶⁵ који је, изгледа, полазио од тумачења аргументом *a contrario*, популарно назван „брокард“.⁶⁶ У суштини, полазишна тачка брокарда било је постављање опречних премиса, из којих су изводили закључке у покушају да их формулишу кроз општа начела. Некада су те премисе биле у облику правила и противправила, некада у облику тврдње обогашене текстовима који је потврђују или негирају. Понекад постоји решење, понекад не, форма једноставно није била устаљена. Брокард је био у врло широкој употреби, јер су се њиме користили и правници са само површним познавањем анализе текстова. Ово је претило да једна аналитичка техника, замишљена као допуна и побољшање наставе, злоупотребом постане пречица да се избегне бар део компликованог посла рада на изворним текстовима.

Иако глосатори нису у свом раду били практичари, у једном делу њиховог рада запажа се и допринос правној пракси. То се одно-

окупацијом припада ономе ко је први нађе. То је *genus*. А разне врсте тих ствари (дивље животиње, рибе, птице) су *diferencia specifica*, P. Stein, (1966), 116.

⁶⁴ P. Stein (1966), 118.

⁶⁵ Прва фаза била би установљење самог проблема, односно *casus a*. У другој фази наводе се текстови који садрже неко супротно правило и траже се везе које решавају проблем. Трећа фаза, названа брокарди, по којој је и читав систем добио име, има задатак да на основу нађеног решења установи опште начело за све исте или сличне случајеве, док у четвртој фази ваља организовати дискусију, не одмах, него до вечере, како би било више времена за размисљање, Peter Weimar, *Die Legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit*, Berlin 1969, 47.

⁶⁶ Порекло назива „брокард“ остало је до данас неразјашњено. Постоји неколико теорија у вези са етимологијом овог појма. Једна претпоставка је да је овај термин, у ствари, извитоперено име каноничара Burchard a од Worms a, P. Weimar, „Argumenta Borocardica“, *Studia Gratiana*, Bologna 1967, 89. Друга теорија полази од тога да је реч о исквареном *pro et contra*, будући да читав систем почива на супротстављању опречних премиса, S. Kuttner, 735. Stein ипак предност даје теорији да је термин изведен од речи *broccus* што значи „истурени зуб“, чиме се наглашава полемичка страна система, у којем ваља „загрести“ како би се придобило право решење, P. Stein (1997), 84.

си на проучавање правне природе грађанског судског поступка, теме коју ни Јустинијан није изложио систематски. Попут објашњења природе правних прописа, глосатори су успели да приближе пракси и правну природу поступка, формулишући нека од начела, као што је да се обе стране у спору морају саслушати, као и да се одлука мора донети тек након упознавања судије с оба исказа.⁶⁷ Ово је постало стандардни део римско-канонског судског поступка, док је каснији развој ових начела препуштен каноничарима. Истини за вољу, чини се да на овом пољу глосатори немају оригиналних доприноса, поготову имајући у виду да су многа од начела која су формулисана, била већ позната римском класичном праву. Међутим, њима се мора одати признање за систематизацију, оно што римски класични правници нису до краја уочавали.

Болоња је постала врло брзо центар из којег се дух учења и тумачења римског права незадрживо ширио Европом. Испрва већ у осталим градовима северне Италије и јужне Француске (позната је школа римског права у долини Роне) крајем XII века. У Англо-норманској краљевини била је позната школа коју је основао Вакарије (*Vacarius*). Њега је у Енглеску довео надбискуп Теобалд 1140. године.⁶⁸ Познат је по својој антологији текстова под називом *Liber pauperum*, за сиромашне студенте који нису могли себи да приуште куповину оригиналних текстова Дигеста и Кодекса.⁶⁹ Болоњске идеје продрле су врло брзо и у Француску, у Монпеље, заслугом Плацентина (*Placentinus*), који је познат и по свом коментару Кодекса из 1170. године, под називом *Summa Codicis*.⁷⁰ Глосатори су се делили у две велике следбеничке групе: једну, која је пратила рад Булгара, и другу, која је следила једног од четири доктора, Мартина. Међутим, то није била класична подела у методу и резултатима рада, већ више ситније неслагање у погледу технике истраживања. Болоњски метод је брзо однео превагу над Мартиновим.⁷¹

Читав рад глосатора заокружен је подухватом последњег међу њима, Акурзија (*Accursius*). Он је око 1240. године сакупио све гло-

⁶⁷ Linda Fowler Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, Frankfurt am Main 1984, 128.

⁶⁸ И након Вакарија, Енглеска је имала додира са болоњским професорима у јуриспрудентима. Тако је Акурзијев син био запослен као правни саветник на двору Едварда I, О. Станојевић, 127.

⁶⁹ Глосе ове антологије текстова за сиромашне недвосмислено показују блиску везу са идејама које су владале у Болоњи, чиме је римско право започело свој пут ширења Европом. Крајем XII века, они који су је користили, а били су познати под именом *pauperistae*, одликовали су се видном научном гордошћу, P. Stein, *Vacarian School*, Oxford 1992, 23.

⁷⁰ André Gouron, *La science juridique française aux XIe et XIIIe siècles*, Milano 1978, 23.

⁷¹ P. Stein, (1992), 26.

се претходника из свих пет делова Јустинијановог зборника у један, назван *Glossa ordinaria*, који је садржао између 60.000 и 100.000 глоса. Овај зборник је заменио у потпуности све раније појединачне глосе, и од тада је преписиван увек заједно са оригиналним текстовима, да би, од XV века, био штампан са њима.⁷² Ово својеврсно кодификовање правних правила уједно је означило и крај глосаторске школе, међутим, римско право је тек сада било на путу да постане основ, *common core* за средњовековно *ius commune*.

До друге половине XIII века постепено је опао утицај Болоње. Средиште изучавања приватног права преселило се у Француску, у Орлеан, подстакнуто папском забраном изучавања приватног права у Паризу. Професори из Орлеана нису се задовољавали само глосаторским супротстављањем аргумената у тежњи тумачења римских текстова, већ су инсистирали и на образложењу, померајући до тада успостављене уске границе тумачења омеђене глосаторским начином мишљења. Више усмерени ка пракси,⁷³ ови професори се свесно ослањају на критике глоса, коментаришући их. Познати у науци као постглосатори, или, прецизније, коментатори, они инсистирају на ономе што су римски правници избегавали: уопштавање и извлачење општих начела из појединачних случајева.

Тако је Бартол из Сасоферата (*Bartolus de Sassoferrato*) оправдао постојање локалних обичаја, али је истовремено ограничио њихову област дејства, инсистирајући да се обичајно право мора ускладити с правилима римског приватног права. Развио је и скуп правила о сукобу закона, коментаришући глосиране текстове из Дигеста и Кодекса и уопштавајући пресуде донете на основу тих извора,⁷⁴ а дао је и завршни облик теорији феудалне својине на римским основама (*dominium directum, dominium utile*).⁷⁵ Балдо Убалди (*Baldus de Ubaldis*), припадник коментатора и последњи велики средњовековни правник, дао је релативно кохерентну оцену значења и дефинисања термина *bona fides*. Међутим, његов рад се углавном ослањао на идеје Аристотела и Томе Аквинског.⁷⁶

Коментатори су од глосатора наследили догматски метод у тумачењу и одсуство критичког односа према римском праву. Ово и

⁷² P. Stein, (1992), 31.

⁷³ Често су давали своја правна мишљења судовима и другим органима који су примењивали позитивно право (зато се називају и саветницима *consiliatores*), Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2011, 105.

⁷⁴ P. Stein, *Bartolus, the Conflict of Laws and the Roman Law*, Heidelberg 1980, 251.

⁷⁵ Вид. више М. Милошевић, „Феудална својина“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1 4/2001, 594.

⁷⁶ Више о томе у В. Вулетић, „Од *bona fides* до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 258 288.

није необично, будући да су свој рад првенствено усмерили на критике глоса, него на анализу оригиналних извора. Оцене њиховог рада углавном претежу ка критикама да су по сваку цену желели да стварају непотребне класификације и вештачке поделе, да код њих има мало оригиналног римског права, а доста утицаја декадентне схоластике.⁷⁷ Они су се, за разлику од глосатора, морали помирити с постојањем канонског права, тако да су утолико имали сложенији задатак да ускладе ова два права, отклањајући све њихове противречности.⁷⁸ Исход оваквог задатка је, у ствари, сматрамо, кључан за настанак средњовековног *ius commune*. Та нова мешавина римског и канонског права, у ствари је заснована на истим римским текстовима, тумачена на истом, латинском језику, који користи и црква. Она је била неопходни предуслов да се идеје настале у Болоњи лако и брзо шире на тлу Европе. Већ је било речи о ставовима да основу *ius commune* чини римско-канонско право, будући да се, поред римског, на средњовековним универзитетима предавало и канонско право, које се заснива на другом, великом, такође казуистичном правном зборнику *Corpus Iuris Canonici*.⁷⁹ Римско и канонско право тесно су били повезани.⁸⁰ Врховна власт католичке цркве није желела да развија интелектуално независни правни систем. Уместо тога, ослања се на римска правна правила и у великој мери на оне појмове који стварају заједничко приватно право.

Тако се у првом ставу *Corpus Iuris Canonici* цитира Декрет папе Грегорија IX *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*,⁸¹ који, изгледа, свој корен директно повлачи из римског класичног правила *pacta sunt servanda*. Ово правило о обавезном поштовању закљученог уговора, није само свој ослонац пронашло у класичном римском праву, јер савршено презизно указује на глосаторску дистинкцију између голих (*pacta nuda*) и обучених пактова (*pacta vestita*), суптилно евоцирајући и обећање римског претора *pacta conventa servabo*.⁸²

Штавише, канонисти су ублажили римски прелаз *nuda pactio obligationem non parit* на супротно правило *ex nudo pacto oritur actio*,

⁷⁷ P. Stein, (1980), 265; P. Weimar, 97; O. Станојевић, 128; M. Милошевић, (2011), 106.

⁷⁸ M. Bellomo, *L'Europa del diritto commune*, Roma 1991, 198.

⁷⁹ Корени овог зборника леже у тзв. *Decretum Gratiani*, који је, не сасвим случајно, постао тема научне пажње у XII веку у Болоњи. Вид. више у Pierre La rousse, „Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe“, *ERPL* 1/2000, 452 486 и R. Zimmermann, (1992), 87.

⁸⁰ Како то духовито наводи Цимерман: „Империјална мајка и њена папска ћерка су биле добре пријатељице“, *ibid*.

⁸¹ *Lib. I, Tit. XXXV, Cap. I Liber Extra Corpus Juris Canonici*, нав. према R. Zimmermann, (1992), 89.

⁸² *D. 2.14.7.7*

омогућавајући примену само оним пактовима који су закључиле стране *serio animo et deliberate*.

Ово, чини се, указује на принцип који је успостављен на општем плану: разликовање озбиљног од неозбиљно мишљеног уговора.⁸³

Таква догматска правна анализа (*more italico*) постаје доминантан начин рада на великом броју европских универзитета, римско право је претворено у правнички инструмент, систем правила и појмова применљив у свакој ситуацији и држави као опште право (*ius commune*).⁸⁴ Оно није само створило општи, универзални правни језик којим се могло служити у свим европским срединама, прилагодљив сваком партикуларном, локалном праву, већ и допунски правни систем којим су се могли попуњавати бројни правни недостаци тих локалних правних система.⁸⁵ С друге стране, мобилност студената и професора, од Болоње до Оксфорда, размена искустава и идеја темељених на потпуно истом римском правничком генију, у суштини је створила тај први оригинерни наднационални систем који је своју функционалност показивао у пракси као средњовековно *ius commune*.

Казуистично римско право, па и таква решења, први пут су у радовима ових учених правника досегла такав ниво уопштавања да је одређено правно решење сада могло да се третира универзално за све исте или сличне случајеве. Овај рад коменатора модерни цивилисти, чини се с правом, глорификују у намери да истакну значај при стварању *ius commune*.⁸⁶

3.3. Римско право и *common law*: гордост и предрасуде

Континуитет правног развоја и утицај средњовековног *ius commune* мање је очигледан у великим грађанским кодификацијама XIX века. Има писаца који отворено истичу да „не верују да је савремено право заиста израсло од старог права, већ га сматрају нечим новим, створеним према потребама данашњег дана и суверене воље

⁸³ Цимерман алегоријски закључује: „Коришћењем грађевинског камена исклесаног у каменолому Дигеста и давањем дарежљивих количина школског малтера, општа доктрина изграђена је релативно брзо: само они уговори ослоњени на законску каузу сматрани су валидним“, R. Zimmermann, (1992), 90.

⁸⁴ М. Belomo, (1991), 207; М. Милошевић, (2011), 107.

⁸⁵ Р. Stein, (1997), 86.

⁸⁶ Велики подвиг интеграције права, започет са Бартолом и Балдом, успешан је настављен од стране следбеника, Р. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1996, 106. Још већу похвалу изриче Кнител: „Римско право које се практиковало испуњавајући захтеве дана, сада није постало јалово, већ је, путем рада коментатора, њихове ерудиције и научног осећаја, постало поново интелектуално плодно, испуњавајући захтеве времена.“, R. Knütel „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“, *Juristische Schulung* 3 4/1996, 323.

модерног законодавства“.⁸⁷ С обзиром на то да кодификација садржи свеобухватан и затворен систем правних правила, омогућава се аутономни простор за њихово тумачење. Посебно је ова тенденција напуштања идеје *ius commune* изражена у немачком праву, након доношења Немачког грађанског законика (даље: НГЗ).

Овом грађанском кодификацијом „памћење пандектистичког учења, као једног од највећих достигнућа немачког правног ума“,⁸⁸ врло брзо је бледело. Савињи, Јеринг, Дернбург и Виншајд, све ређе се цитирају, поготову ранија *ius commune* литература и римски извори. Делује да је НГЗ окончано „други живот“ римског права, јер су правници све више проучавали затворени круг правила кодификације, без утицаја тешког терета морања да се процени како би се римска правна правила и даље могла примењивати.

Процес који је отпочео и неретко назван „еманципација-одвајање римског од модерног права“⁸⁹ платио је данак правној науци. Немачка правна наука је, како то Цимерман јасно потврђује, престала да буде историјска наука.⁹⁰ Тиме је смисао континуитета развоја права у потпуности изгубљен

Међутим, делује, према ставу неких аутора, да основна идеја састављача НГЗ није била у основи раскид са римским правом,⁹¹ нити да се начини неки нови почетак као потпуни прекид са прошлошћу. Баш супротно, циљ је био да се укључе и консолидују правна достигнућа векова, која су заснована на пандектистичком учењу.⁹² НГЗ је замишљен као оквир за Савињијево прогресивно органско учење,⁹³ које је, само по себи, било органски производ грађанске традиције.⁹⁴ Баш у овом духу Врховни суд Немачке почео је да примењује и тумачи одредбе НГЗ-а.⁹⁵

⁸⁷ Hans Planitz, *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, I, München 1924, 16.

⁸⁸ R. Zimmermann, (2001), 34.

⁸⁹ H. Planitz, 24.

⁹⁰ R. Zimmermann, (2001), 35.

⁹¹ НГЗ, сматрају Дробниг и Кнител није био радикална тачка преокрета у немачкој правној историји, нити је његово доношење само по себи окончало улогу пандектистике, U. Drobnig, *Private Law in the European Union*, The Hague 1996, 136; R. Knütel, (1996), 211.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Тако о континуитету *ius commune* и француског *Code Civil* погледати J. Gordley „Myths of the French Civil Code“ *42 American Journal of Comparative Law*, New Orleans 1 2/1994, 459 и даље.

⁹⁵ Наставио је да примењује римску *exceptio doli*, да у конкретним случајевима прихвата или одбија начела *culpa in contrahendo* и *clausula rebus sic stantibus*, R. Knütel, (1996), 217.

Имајући у виду данашње околности, можда би требало под-ржати Цимерманов став и са жаљењем констатовати да је немачко право данас, као последица научне тенденције у XX веку, даље од изворних идеја римског права и *ius commune*, него што правих разлика има. Модерно тумачење ових одредби и модерна тенденција „очишћења права од непотребног историцизма“, на кратко је, можда, омогућила лакше проучавање права. На дуже стазе, створен је нови проблем – недостатак идеје реализације пројекта европског приватног права. Што „није платила на мосту“, Унија ће, изгледа, „платити на ћуприји“. Окретање идејама *ius commune* делује као неизбежан и једини у пракси доказано успешан концепт.

Као посебно очигледан пример правног система који је пошао аутономним путем у односу на пут римског права, самим тим и пут континентално-европског права, обично се истиче енглеско право. Већ се општим местом у науци сматра научна подозривост континенталног према англосаксонском праву.⁹⁶ Томе, донекле, доприноси став енглеских правника и стање у науци. Енглези, једноставно, воле да мит њиховог права као аутохтоног националног достигнућа, претварају у својеврсни култ, истичући како је енглеско право цветало у „племенитој изолацији у односу на Европу“.⁹⁷

Међутим, овај култ, у ствари је, делује, обичан мит. Истини за вољу, Енглеска никада није била потпуно одсечена од европске правне културе.

Током векова, од норманских освајања, постојао је трајан интелектуални контакт, који је оставио карактеристичан и неизбрисив траг на енглеско право.⁹⁸ У новије време професор упоредног права на Универзитету у Чикагу Ричард Хелмхолц (*Richard Helmholz*) истиче трајну историјску везу енглеског права с традицијом римског права и континенталним правом уопште: „Предлажем да се почне

⁹⁶ „Ко је овај дивљак, питао би страни континентални правник са доста чуђења, када би пред њега била стављена дела сер Едварда Коука. Одакле долази овај дивљи човек, наг, истетовиран, обојен, са прстењем и чудноватим играчкама у ушима и ноздрвама, са ког острва Јужног мора, из које дивље шуме? Немогуће да је он тужилац краља Енглеске, савременик великог Кижаса?“, J. Smits, „A Principled Approach to European Contract Law“, *Maasrecht Journal of European and Comparative Law* 2000, 499. У суштини, наводи даље Смитс, многи континентални правници и даље мисле када се суочавају са казуистичном природом енглеског права, њеним бизарним традиционализмом и посебним укрштањем обичајног права и праведности *ibid.*

⁹⁷ John Hamilton Baker, *An Introduction to English Legal History*, London 2000, 35

⁹⁸ Поборници овог трајног процеса рецепције континенталних грађанских идеја у енглеско право су Бректон у XIII веку, Блекстон у XVIII и Биркс у XX веку, Richard Helmholz, „Magna Charta and the Ius commune“, *Chicago Law Review* 2/1999, 197.

са третирањем сваке правне теме аналитички, и, након што се уђе у траг сваком делу до првих принципа природног права, да се настави историјски (подвукао В.В.) поглед на институте енглеског права. Ово, како би се показала савршена а заборављена хармонија наших принципа и принципа других народа, поготову Римљана, за наук нашим судовима, како би се њихове одлуке правилно и јасно разумевале⁹⁹.

Сличан став заузима и Цимерман који истиче да су водећа дела представника школе природног права штампана и била доступна на енглеском језику: Пуфендорфов *De iure naturae et gentium* се до 1730. године појавио у четири издања у енглеском преводу, Гроцијусово дело *De iure belli ac pacis* до 1750. штампано је у чак шест издања на енглеском језику.¹⁰⁰ У прилог овоме ваља додати да је, према професору Смитсу, римска уговорна доктрина била „закон у Вестминстеру и Оксфорду“ и поседовала ауторитет „висок колико год то може да буде“.¹⁰¹

Уосталом, није тешко установити да се утицај римског права у Енглеској успостављао и у самој пракси: Лорд Хол, Метју Хејл и Лорд Менсфилд¹⁰² су судије које су у својим пресудама истицали важност примене римских правних решења.¹⁰³

Истакнуту улогу у утицају римског права на енглеско, одиграли су тзв. црквени судови. Може се рећи да су они били носиоци рецепције римског права у Енглеској. До времена Реформације, користили су врло широку јурисдикцију не би ли проширили и утицај римско-канонског права, за које је већ констатовано да су били веома блиски.¹⁰⁴

Чак и пресуде Суда правичности, као главни извор извор *equity*, другог стуба енглеског *common law*, имале су свој утицај на

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ R. Zimmermann, (2001), 38.

¹⁰¹ Штавише, средином XX века, и утицајем историјскоправне школе на Енглеску, нарочито преко превода Савињија и Тибоа, Џон Остин је, открио универзални модел правне науке у право у пандектистичком праву, J. Smits, 29.

¹⁰² Менсфилд, иначе Шкот пореклом, је, штавише, студирао Римско право на Оксфорду. Често је истицао да је опште право народа у својој целини и део права Енглеске, које треба да учи из праксе разних народа и ауторитета римских писаца, *ibid.*, 31. Вид. више Алан Вотсон, „Лорд Менсфилд судијски интегритет или његово помањкање: случај Сомерсет“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 9 23.

¹⁰³ J. Smits, 29.

¹⁰⁴ Пресуде ових судова заснивале су се на најразличитијим одредбама римског права, од брака до наслеђивања, од закључења уговора до кршења уговорних одредби (*laesio fidei*). Тим пресудама отворили су пут за примену неформалног спо разума, као основног елемента уговора, што је и суштинска особина римског консенсуалног контракта, што су, на крају, прихватили чак и судови *common law*, R. Zimmermann, (1992), 174.

пробој римског права у Енглеској. Цимерман истиче да су лордови-канцелари, који су радили у овом суду до Хенрија VIII, били углавном свештеници који су веома добро познавали римско и канонско право, а предавали су претежно на Оксфорду. Штавише, све до средине XIX века, Оксфорд и Кембриџ су остали једини универзитети на чијим се правним факултетима следила традиција римског права.¹⁰⁵

Утицај римског права огледа се и у домену уговора и накнаде штете.¹⁰⁶ Енглеско право је прихватило римско начело *debitor speciei liberatur casuali interitu rei*, које предвиђа ослобођење од одговорности дужника у погледу испоруке предмета уколико је овај уништен без његове кривице. Средином XIX века судије су ово правило успоставиле као опште начело, међутим, као последица сматрао се цео уговор раскинутим, уколико је до уништења ствари дошло. Овај принцип проширен је и на уговоре код којих је предмет обавезе могућ, али сама сврха уговора више не постоји.¹⁰⁷

Коначно, вреди поменути да су и енглески судови, у својим правним поукама у пресуди, врло често користили правне максиме римског права¹⁰⁸. Према Шулцеу, Енглеска је, током више векова, била, у ствари, провинција *ius commune*.¹⁰⁹

¹⁰⁵ У друштву познатом као *Doctors Commons*, њихови дипломци су чува ли традицију научног на факултету. Пишући, сачинили су богату збирку лите ратуре, која се ослонила на римско и, уопште, континентално право. Могућности запослења ових правника нису биле ни мало занемарљиве, штавише, постали су доминантне судије, радећи од мање значајних судова као што је Високи суд витешт ва, који се углавном бавио споровима у вези са ношењем грбова, до веома важних као што су Суд адмиралитета и Црквени судови. Преузимајући позиције и у црквеној администрацији, постали су носиоци државних дужности и бенефиција, заузимају места и у дипломатији, истовремено радећи у складу с римско канонском традицијом, *ibid.*

¹⁰⁶ Право је питање до које је мере римско право утицало на енглеско имајући у виду судске одлуке базиране управо на принципима римског права. У погледу уговора, тај утицај је врло значајан, сматра Шулце, инсистирајући да има више судских пресуда које иду у прилог оваквом ставу, R. Schulze, 109.

¹⁰⁷ Илустративни пример за овакво тумачење је тзв. *Crown Case* којег наводи Цимерман. Верни ројалиста, желећи да посматра крунисање краља Едварда VII, закључио је уговор о закупу стана који се налазио на планираном путу процесије крунисања. Међутим, краљ се разболео, добивши перитонитис, па је крунисање отказано. Поставља се питање, да ли је уговор о закупу и даље важећи и да ли ројалиста и даље има обавезу да плати закупнину? Ослањајући се на принцип римског права, лорд Менсфилд стао је на становиште да је читав уговор неважећи јер његова сврха, због које је закључен, није опстала. Самим тим обавеза закупца да плати закупнину не постоји, R. Zimmermann, (2001), 54.

¹⁰⁸ *Cessante ratione legis cessat lex ipsa; odiosa sunt restringenda; summum ius summa iniuria; ut res magis valeat quam pereat; optimus legum interpres consuetudo; exempla illustrant non restringunt legem; talis interpretatio in ambiguis semper fienda est, ut evitetur inconveniens et absurdum; expressio unius est exclusio alterius, ibid.*

¹⁰⁹ R. Schulze, 122.

Можда не би требало бити тако одлучан у погледу оцене доминантног утицаја *ius commune* на *common law*, али с великом резервом ваља посматрати ставове да је енглеско право изоловано развијало свој систем без било каквих континенталних утицаја. Можда је средишњи став и у овом случају најпримеренији.

Истина је да је тзв. Мертонски статут из 1236. године забрањивао примену римског права, али је та забрана, чини се, преважно била политички мотивисана. Бојазан енглеског племства да се, примењујући норму римског права, не примени и „проблематично“ *princeps legibus solutus* која владара ничим не би обвезивала, пресудила је да успостави начело да не треба мењати законе Енглеске (*Nolemus leges Angliae mutare*).¹¹⁰ Ставови да је римско право као робовласничко друштво једна од највећих препрека развијању енглеског слободарског права, такође су у доброј мери подложни критици.¹¹¹

Све ово, јасно је, не значи да је енглеско право остало ван утицаја римског права. Напротив. У светлу горе изнетих чињеница, треба подвући и мишљење да управо англосаксонски начин размишљања, прецедентно право које се базира на пресудама – преседанима (*case*), казуистичко решавање правних проблема и спорова, неодољиво, чини се, кореспондира са римским начином мишљења. Ако је континентална Европа доктринарно усвојила принципе римског права, Енглеска их је усвојила начином правног мишљења. У оба случаја, римско право је непосредно или посредно, имало значајан утицај на потоње правне системе.¹¹²

Утицај и допринос римског права кроз *ius commune* није само видљив на примеру Немачке, Француске, Холандије, па и Енглеске.

¹¹⁰ О. Станојевић, 131.

¹¹¹ Станојевић изриче овим поводом оштру критику: „Нити је Енглеска уз своје право била слободарска земља (опште право гласа је тамо сразмерно новија појава, а Британија је била позната по суровим законима против просјачења), нити је римско право било препрека ка слободама. Римско право се претежно односило на оне области људских односа у којима се појављују слободни грађани. Државно уређење из времена републике било је инспирација за многе демократске покрете крајем средњег века“, *ibid*, 132.

¹¹² Вилем Џонс (*William Jones*) је тврдио: „Иако се мало енглеских правника усуђује да то призна, римско право је извор готово свих правила нашег права која нису феудалног порекла“, W. Burdock, *The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*, цит. према О. Станојевић, (2003), 134. Један важан зборник средњовековног римског права настао је у Шпанији 1265. године под називом *Siete partidas*. Настао налогом Алфонса Мудрог, краља Севиле и Леона, који је желео да створи јединствен правни систем за своју државу, иако је у њему било неких институција обичајног права, састављен је под великим утицајем римског права. Овај кодекс је примењиван не само у Шпанији, него и у њеним колонијама, посебно у Латинској Америци, па чак и на територији данашњег САД а (Луизијана). И данас у шпанској покрајини Каталонији, римско право је помоћни извор права, односно примењује се као допунски извор уз каталонски Грађански законик, *ibid*.

И данас рецепирано римско право важи у срцу Велике Британије – Шкотској, као и Јужноафричкој Републици, Квебеку у оквиру Канаде. У САД савезна држава у којој је и даље у примени римско право је Луизијана, кроз Грађански законик, чији је узор француски *Code civil*.¹¹³

4. ЗАКЉУЧАК

Напори Европске уније да постигне идеал јединственог приватног права оптерећени су политичким несугласицама, економском кризом која је захватила један број држава-чланица и досадашњим централистичким методима који нису узимали у обзир националне, правне и културне разлике од државе до државе. Међутим, после изложеног, чини се оправданим да се заложимо за један наднационални, нецентралистички, академски метод који је већ у радовима неких аутора формулисан као ново *ius commune Europaeum*. Не треба се заваравати да је јединствен правни систем оличен кроз некакву нову кодификацију (попут идеје о стварању Европског грађанског законика) могућ. Можда је потребно учинити корак назад да би се направила два корака унапред. Можда је упутно вратити се идејама средњовековног *ius commune* које је у доброј мери ујединило Европу заједничким правним мишљењем, слободном разменом професора и студената, разменом идеја које се могу темељити на заједничком плодном тлу одакле су и сви системи израсли – римског права. Можда је у погледу захтева за новим идејама довољно се обратити старим, провереним. Можда је *ius commune Europaeum* само нови термин за старо решење. Јан Смитс (*Jan Smits*) и Рајнхард Цимерман (*Reinhard Zimmermann*) нарочито снажно ово истичу у прилог теорији да заједничко европско приватно право мора у свом темељу имати римско право.

Обојица уважених романиста и цивилиста, уједно и професора упоредног права, полазе од чињенице да је након рецепције римског права у Европи, а пре доношења великих грађанских кодификација, римско право било јединствени, и у пракси применљиви правни оквир у већини садашњих земаља чланица Европске уније.¹¹⁴ Ев-

¹¹³ Утицај цивилног права осећа се у свим чланицама федерације које су припадале Француској, Шпанији или Холандији, па су купљене или ратом освојене: Тексас, Калифорнија, Флорида, Њу Мексико, Охајо, Индијана, Илиноис, Мичиген, Канзас, Невада, Јута, Аризона, Порторико, *ibid*.

¹¹⁴ Тако је римско право, истиче Смитс, било, пре свега, део универзитетске правне традиције: предавано је студентима права, који су га касније примењивали у пракси онолико колико им локални закони и обичају то нису онемогућавали, Ј.

ропско приватно право, стога, захтева два комбинована приступа: упоредни и историјски, који су комплементарни у својој основној мисији хармонизације.¹¹⁵ Ова академска идеја није остала незапажена у стручној јавности. Велики број аутора следио је ову поставку, инсистирајући на тзв. *common ground* (*common core*) развоја европског приватног права.

Међутим, делује да има доста лутања у откривању тог заједничког темеља или језгра у којем се може у пракси остварити идеја унификације европског приватног права. Уосталом, овоме у прилог иде и чињеница да Унија још није постигла решење идеје која је стара пуних двадесет година. Та лутања највише су оптерећена препрекама које су Унију спречавале да се фокусира на један пут остваривања почетне идеје.

Прво постепено, а касније и све израженије заташкавање улоге римског права, чему су највише допринеле земље англосаксонског правног система, у други план су ставиле јасну и врло лако препознатљиву улогу римског права у потенцијалној хармонизацији европског приватног права. На универзитетима широм Европе у другој половини XX века проучавање римског права сведено је на опште, често и штуре податке који се изучавају у оквиру историје права. Систематско урушавање значаја римског права и његових практичних решења узроковали су, између осталог, дезоријентацију у погледу важне идеје унификације. Та грешка умало није скупо коштала Европу. Улога римског права незаменљива је у образовању будућих правника, у њиховом профилисању и начину мишљења. Средњовековна Болоња је то можда и понајбоље знала, само је питање да ли модерна Болоња то данас памти. Без римског права, слободно се може рећи, нема ни разумевања европског права, јер је управо ова дисциплина темељ европске правне традиције.

Smits, 5. Цимерман подвлачи да право није и не може бити развијано у националној изолацији, као што не може бити потпуно ни схваћено само у оквирима националног правног система. Прави пут хармонизације је опште поље примене које потиче од римског класичног права и римске традиције, поготову имајући у виду развој уговора о продаји, R. Zimmermann, (2001), 188.

¹¹⁵ R. Zimmermann, (2001), 110.

Dr. Vladimir Vuletić

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

IUS COMMUNE EUROPAEUM A NEW NAME FOR
THE OLD SOLUTION

Summary

The author emphasizes contribution of the Roman law to the development of the medieval *ius commune*, and suggests that the liaison between the two may serve as a model for unification of the European Private Law (*ius commune Europaeum*). The efforts to harmonize the European Private Law in the past two decades were marked by the centralist approach, and the means of the attempted harmonization were EU directives, binding international agreements, and decisions of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. On the contrary, the medieval *ius commune* successfully acted as a general legal framework for the entire Europe. However, the medieval *ius commune* was not a legal system in the strictest sense, but a common concept that included exchange of the ideas, experiences, arguments and legal institutes, based on the Roman Law as a shared source. In this respect, the author points out the importance of Justinian's codification and its interpretations, especially by the glossators and commentators. Furthermore, the author analyzes the role of the law school of Bologna through the prism of the so-called Italian way of thinking (*mos docendi italicus*), embodied primarily in the system interpretation of original and glossed texts called „brocard“. The school of Bologna was characterized by free movement of professors and students from all over Europe, which encouraged the wide-spread influence of the Roman law.

Key words: *EU law*. – *Ius commune*. – *Roman law*. – *Glossators*. – *Bologna*.