

RIMSKE NAZNAKE UTUŽIVOSTI SPORAZUMA

Dr. sc. Anamari Petranović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.441
Ur.: 1. ožujka 1999.
Pr.: 30. ožujka 1999.
Pregledni članak

U radu su podastrijeti elementi geneze konsenzualnosti ugovora - od rimskog načelnog formalizma ugovora te odstupanja od načela ex nudo pacto obligatio non nascitur (načelo dobre vjere, konsenzualizam ugovora klasičnog prava, postklasični režim inominatnih ugovora, distinkcije utuživosti pakata), preko rješenja hrvatskog srednjovjekovnog sustava (odstupanja od konsenzualizma), do suvremenog načela o nastanku obveza zbog sadržaja koji je voljno određen.

Uz pretpostavke i posljedice utuživosti konsenzusa u obvezama ex contractu (dispozitivnost i stvaranje obveze), složenost rimskog tumačenja konsenzusa naglašena je i u domeni prestanka obveze (contrarius actus, pactum).

Ključne riječi: *geneza konsenzualizma, utuživost konsenzusa, obveza, rimski sustav obveza.*

Postavke rimskog prava ističu se¹ kao pokazatelji razloga preuzimanja istovjetno reguliranih ustanova u suvremenim pravnim sustavima (uz naznake promjena *mutatis mutandis*), ili se pak, drastično suprotno, naglašavaju vrijednosti arhaičnog, povijesnog značenja bez tragova utjecaja na suvremena pravna rješenja.²

Konsensus u znanstvenoj analizi autoritativno sjedinjuje obje dimenzije.

Jedna, prihvata (kontinuitet ili recepcija rimskog prava), odnosno preinaka, vezana je za obvezno pravo, ideju postupne utuživosti neformalnih pakata, preliminarna pitanja usporedbe i suprotstavljanja formalističkim ugovorima, definiranje izvora obveznopравnih učinaka konsenzusa, genezu režima

¹ Pravo zemalja kontinentalnog pravnog sustava zasnovanog na tradiciji rimskog prava kojem pripada i hrvatsko pozitivno pravo.

² Schulz, F., *I principi del diritto romano*, Firenze 1995., Serrao F., *Diritto romano e diritto moderno (Comparazione diacronica o problema della "continuità"?)*, Rivista di diritto civile, Anno XXVIII, 2., Padova, 1982. 170-192., Watson, A., *The Making of the Civil Law*, Cambridge (Massachusetts) - London, 1981., Jolowicz, H.F., *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, 1957. ...

konsenzualnosti - načela koje od naznaka u rimskom sustavu (*pacta conventa servabo* na razini prigovora, do obveza *consensu contractae*), preko rješenja u srednjovjekovnom pravu, prerasta u općeprihvaćeno načelo u suvremenim obveznopравnim odnosima.

Druga pak dimenzija, vremenskim rubnjacima ograđena i tipično rimska, okosnicom je općih postavki rimskog ugovornog prava, zadirući time u problematiku pravnog subjektiviteta (pitanja vezana za ugovorne strane i statuse povezano s pravnom, djelatnom, odnosno poslovnom sposobnošću i ograničenjima, razlozi i posljedice dvojnog, civilnog i pretorskog sustava prava, odstupanja i utjecaj načela *ius gentium*...).

Prezahitjevno je u kraćem osvrtu obrazložiti sve segmente značenja konsenzusa, stoga ćemo barem nastojati uputiti na ključna pitanja privatnopravne problematike, svjesno potiskujući naznake usporednog promišljanja koje konsenzus nužno izaziva, budući da ga, uz striktno privatnopravnu problematiku, prate javnopravne konotacije te filozofijski pristup poimanju suglasja volja. Na primjeru konkretnog imenovanog ugovora *emptio venditio* podvući ćemo značajke mijena i položaja ugovornih strana s obzirom na (pretpostavljen ili postignut) konsenzus u domeni nastanka i prestanka ugovora.

Kako tema konsenzusa doista uvijek vodi na usporednicu s modernim načelima prava - suvremenim načelom konsenzualizma i neformalnosti ugovora kao pravila ugovornog prava suprotnog rimskoj koncepciji, podvucimo odmah početno razliku pravnih režima ugovora, ključnu za odabir načina izlaganja teme.

Značajku neformalnosti ugovora, odnosno pravnih poslova, u rimskom pravu tek kao iznimku načela formalizma - "*ex nudo pacto obligatio non nascitur*"³, u suvremenim pravima zamjenjuje načelo o nastanku obveze zbog sadržaja koji je voljno određen - načelo neformalnosti ugovora⁴, načelo koje se uobičajeno, ali nedovoljno precizno, naziva konsenzualizam.

Formalizam umanjuje ili čini suvišnim, a neformalnost ugovora podvlači, značenje tumačenja središnjeg elementa pravnog posla - volje.

Obilježje stranačke dispozitivnosti kao ključne značajke obveznopравnih ugovora konkretizira pitanja ostvarenog sadržaja suglasnosti te upravo time posredno ističe značajke atributa volje ugovornih strana, subjektivne predodžbe i spoznaje konsenzusa kao prihvata ponude (stvarna i očitovana volja, načini izražavanja volje, pravila o tumačenju volje, pitanja nedostataka suglasnosti - primarno nesvjesnog potom svjesnog nesklada volje i očitovanja, odnosno odraza na sudbinu ugovora sklopljenog uz zabludu).⁵

³ Ulp.D.2.14.7.4.

⁴ Vedriš, M., Klarić, P., *Građansko pravo*, Zagreb, 1996., 105. Usp. Justinijanovu definiciju obveze: *Iust. Inst. III.13. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

⁵ Usp. odrednice pozitivnog prava, *Zakon o obveznim odnosima*, Glava II. Nastanak obveza, Odjeljak 1. Ugovor, Odsjek 1. Sklapanje ugovora (čl. 26.-83.: Suglasnost volja (čl. 26.-45.), Mane volje (čl. 60.-66.), Forma ugovora (čl. 67.-73.).

Poznato je, međutim, da rimski (Gajev i prema njegovu uzoru Justinijanov) sustav kontraktnih obveza s obzirom na oblik i način njihova postanka poznaje četverodiobu na "aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis aut litteris aut consensu".⁶

Konsenzualni ugovori nastaju sporazumom stranaka ("consensu") te je za njihovu perfekciju (punovažnost) dovoljno prihvatiti ponudu bez činidbe *dare* ili *facere*. Utuživost civilne obveze koja je nastala takvim pukim neformalnim

⁶ Evolucija klasifikacija obveznih odnosa s obzirom na porijeklo obveze (Gajeva "Summa divisio obligationum" bilježi obveze "ex contractu", ex delicto -Inst. III.88. "omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto", potom ovisno o suženom pojmu ugovora, obveze "ex variis causarum figuris" koje se u Justinijanovoj četverodiobi svode na obveze "quasi ex contractu", odnosno "quasi ex delicto", Just.Inst.III.13.2.). Usp. Arangio Ruiz, V., D.XLIV.7.25.1. e la classificazione Gaiana delle fonti di obbligazione, Mélange de droit romain dédiés à Georges Cornil I., Paris, 1926. 81-95., tiskano u Scritti di diritto romano II, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 1974., 141-155. Ocjenjujući ga ključnim tekstom u razvoju ideje poimanja i značenja konsenzusa u obligacijama, pravna književnost je učestalo tematizirala Ulpijanov navod Seksta Pedija, pravnika razdoblja klasičke - zapis na prijelazu prvog u drugo stoljeće: Ulp. D.2.14.1.3-4. 3. Conventioni verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt; nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionem pleraeque in aliud nomen transeuntur: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem. Nakon oštrih kritika autentičnosti ovog stava četrdesetih godina, recentnija pravna literatura drugačije razmišlja i zaključuje da u ideji koju bilježi Pedije ne treba tražiti Justinijanovu intervenciju, preinaku ili, grublje rečeno, falsifikat klasičnog rješenja, već je to, pojednostavljen, reduciran pokazatelj razvoja doktrine kontrakata u rimskom klasičnom pravu (Perozzi, S., Le obbligazioni romane, Scritti v.2., Milano, 1948., Albertario, E., Corso di diritto romano. Parte generale delle obbligazioni, Milano, 1940., usp. Talamanca, M., "Conventio" e "stipulatio" nel sistema dei contratti romani, Le droit Romain et sa réception en Europe edités par H. Kupiszewski et Witold Wolodkiewicz, Varsovie, 1978., 195-266., Wolodkiewicz, W., Contrahere - contractum - contractus dans le droit Romain classique, Le droit Romain et sa réception en Europe, cit., 295-308.). Piscici koji su podvlačili apsurdnost Pedijeva navoda odnosno, koji su kao ustupak autorovoj veličini odricali tekstu značajku izvornosti, isticali su da razlog takovoj procjeni pronalaze u zaključnom tekstu trećeg paragrafa "nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem". Naglašavanjem da je u svakoj obvezi sadržana suglasnost prejudicira se teza da je i za deliktne obveze ona nužna (usp. Van Oven J.C.: D.2.1.3. Quid dixit, quid sensit Pedius? IVRA, IV., 1953. Međutim, tekst se može (treba) tumačiti kao autorovo razmišljanje (jedino) o obvezama zaštićenim kontraktnim tužbama, a ne o općoj klasifikaciji obveza: prema Pediju kontrakt nije zaključen ukoliko nema suglasnosti volja, odnosno, kao posljedica toga, nema (kontraktna) obveze. Uostalom, ne bismo htjeli mimoići još jednu situ pojednost koja posredno može uputiti na smislenost Pedijeva navoda, a to je ocjena Ulpijanova "eleganter dicat Pedius", budući nismo stekli dojam da je Ulpijan olako davao takove pohvale. Upućuje se (Wolodkiewicz, op.cit.) i na gramatičku pogrešku u navodu Pedija, čijom ispravkom otpada sumnja o tome što je pravni pisac htio reći. Izvorno je vjerojatno Pedijev tekst glasio "nullam esse contractam obligationem quae non habeat in se conventionem". Rabljen izraz "contrahere obligationem" analognog je sadržaja koji je početkom principata komentirao Labeon (Ulp. D.50.16.19.) u obrazloženju izvora obveza, odnosno pojmova "agere", "gerere", "contrahere". Napuštajući staro načelo formalizma koje podrazumijeva da iz ugovora nastaje valjana i utuživa obveza jedino ukoliko je ugovor zaodjenut u određenu formu, pretorski edikt obveze po postanku dijeli na "actum", "contractum", "gestum". "Actum" je opći izraz - "generale verbum esse" (za očitovanje volje odnosno pravni posao odnosno obvezu) bilo da se obavlja riječima ili predajom stvari ("sive verbis sive re quid agatur"), kao što je primjerice stipulacija ili isplata novca (ispunjenje obveze). "Contractum" znači dvostranoobvezujući odnos ("ultra citroque obligationem") koji Grci nazivaju sinalagma, kao što su ugovori o kupoprodaji, najmu, ortakluku. "Gestum" označava obveze proizašle "sine verbis". Ovako protumačen Pedijev tekst, s poimanjem konsenzusa kao osnove zajedničke obvezama "gestum" (bez obzira na formu) i "contractum", temelj je poimanja kontrakta Gajeva podjele obveza "ex contractu" i "ex delicto".

sporazumom stranaka neovisno o obliku u kojem je on izražen, u rimskom pravu, međutim, postoji kao posebno regulirano izuzeće. Rimsko pravo neće ovo načelo da sama suglasnost volja ne stvara obveznopravni odnos (*nudum pactum non parit obligationem; ex nudo pacto actio non nascitur*) u potpunosti napustiti, premda će ga postupno ublažavati razvijajući time ideju o postojanju civilnopravne tužbe koja bi se mogla primijeniti u slučajevima koji nisu unaprijed predviđeni (rimskom) shemom priznatih pravnih poslova (ideju koja se u konačnici, u suvremenom pravu, svodi na načelo da su stranke, poštivajući propise koje se odnose na esencijalne elemente sadržaja, slobodne među sobom urediti odnose kako žele sve do granica mogućnosti i dopustivosti).⁷

Potiskivanje pravila *nudum pactum non parit obligationem* uočljivo je osobito u tri osnovna segmenta - u konstrukciji pete grupe ugovora - inominatnim kontraktima, potom samoj unutarnjoj evoluciji režima priznavanja utuživosti pakata te, dakako, u načinima prodora klauzule *ex bona fide* u civilni sustav (formularnog) postupovnog prava i prerastanja u vodeće načelo koje dimenzijom savjesnosti i poštenja naglašava ključnu ulogu volje stranaka u stvaranju i definiranju obveznopravnih odnosa.

Konstrukcija inominatnih kontrakata rimskog postklasičnog prava kao pitanje sporazuma s genezom zaštite putem pretorske *actio in factum*, potom *actio civilis incerti te actio praescriptis verbis*, u postjustinijanskom razvoju izvora obveza utapa se u srednjovjekovnom nacrtu utuživosti pakata, odnosno narečenoj odrednici suvremenog prava o nastanku obveze zbog sadržaja koji je voljno određen. *Bona fides*, kao vrijednost koja je nužno ugrađena u nacrt utuživosti konsenzusa, s povijesnim razvojem do i od Justinijanove kompilacije, preuzima odgovoran, ali i zahvalan teret objašnjenja svih kvalitativnih pomaka u reguliranju ustanova obveznog prava pa je, respektirajući njeno značenje, u ovom fragmentarnom prikazu ne možemo posebno raščlanjivati.

Ograničit ćemo se stoga na jedan segment, pravnu fizionomija pakata i to zbog razloga što ona objedinjuje nekoliko osnovnih postavki vezanih za odabir kriterija utuživosti sporazuma, osobito u srednjem vijeku, od kojih je neke moguće podvući i u naznakama prava hrvatskog srednjovjekovlja; potom iz razloga što se jedna od tri grupe utuživih pakata (*pacta adiecta*) početno vezuje za jedan konsenzualni ugovor (*emptio venditio*), na čijem primjeru namjeravamo podcrtati osnovna pitanja konsenzusa i proučavanja volje, te zaključno zbog toga što pakti uz problematiku zaključenja ugovora i stvaranja obveze uključuju i pitanje konsenzusa u sklopu prestanka obveze. Svi podastrijeti parametri tumače središnji element volju: volja koju je neumjesno istraživati u sklopu formalističkih pravnih poslova starog rimskog civilnog sustava, volja koja podliježe pravilima tumačenja u postupno reduciranim formama ugovora, ozbiljnost volje i namjera zasnivanja obveznopravnog odnosa sporazumom (*causa impulsiva, causa finalis, scientia* ili

⁷ O slobodi uređivanja obveznopravnih odnosa i granicama dopustivosti sadržaja (ustavom utvrđena načela društvenog uređenja, prisilni propisi, pravila morala društva) v. čl. 10. i 12. ZOO.

ignorantia ugovaratelja o bitnim elementima pravnog posla i odraz na režim njegove valjanosti ...

Pakti kao neformalne i načelno neutužive suglasnosti volja već u sustavu rimskog prava imaju izvjesnu evoluciju utuživosti od poimanja pakata sa značenjem nezaštićenih sporazuma (*consensus, conventio, pactio, pactum, placitum* nije stvarao utuživu obvezu - Ulp.D.2.14.7.4; Paul.Sent 2.14.1.- *pacta nuda* srednjovjekovlja)⁸ do zaštićenih suglasnosti volja koje, međutim, u rimskom okviru, nisu dobile snagu i značenje ugovora⁹ (srednjovjekovni pojam *pacta vestita*).

Pitanje neformalnog sporazuma kao izvora (utužive) obveze koje uključuje izvršenja ponude (*pollicitatio*) i prihvata ponude (budući da *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*)¹⁰, u rimskom je pravu konkretizirano na razlikovanje značenja konsenzusa kao trenutka zaključenja ugovora (četiri priznata konsenzualna kontrakta), značenje sporazuma kao pretpostavke ispunjenja zahtijevanih formalnosti ugovora (*pactum contrahendi*), te striktno "tehnička" pitanja postizanja sporazuma (prihvata ponude u cijelosti od strane subjekata s pravno relevantnom voljom, uloga glasnika kao prenositelja volje). U sklopu razvoja ideje osobito postjustinijanskog ublažavanja i u konačnici napuštanja načela *ex nudo pacto obligatio non nascitur* time ostaje otvorenim problem utvrđivanja i nadograđivanja elemenata kriterija pravne valjanosti (i time utuživosti) sporazuma.

Posredno, međutim, već u režimu jednog od najstarijeg formalističkog tipa ugovora, verbalne stipulacije, odnosno suprotstavljanju pakata stipulaciji (*stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* Ulp.D.2.14.1.3.), moguće je nazrijeti pokazatelje evolucije utuživosti sporazuma. U svom razvoju slabljenja značajke apstraktnosti (odvojenosti od pravnog razloga)¹¹ stipulacija daje dovoljno prostora za razvoj dva kriterija priznavanja obveznopravnog učinka sporazuma. Jedan (rimski) svodi se na formu (*vestimenta pactorum*)¹², odnosno tipove priznatih kontrakata (obveza nastaje zbog oblika kojim je sadržaj određen, a ne zbog sadržaja koji je voljno određen) i prepoznaje se u glosatorskom razlikovanju neutuživih *pacta nuda* i utuživih *pacta vestita*. Poimanje ozbiljnosti volje u sklopu tumačenja nastanka obveza iz neformalnih suglasnosti volja (*pacta nuda*) ima osobito značenje u postglosatorskom tumačenju ideje pravnog razloga, kauze pravnih poslova,

⁸ Brachylogus: *.../ ex solo pacto quisque non obligatur civiliter /.../ et haec sunt pacta, quae tantum valent ad excipiendum, non pariunt actionem, quae nuda vocantur.* Boecking, E., *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berolini, 1829.

⁹ Suprotstavljanje pakta i stipulacije kao priznatog ugovora već u starom civilnom pravu; V. Brandileone, F., *La "stipulatio" nell'età imperiale romana e durante il Medio Evo*, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, II., Bologna, 1931., 419-528.; Cortese, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I., Milano, 1962., II., Milano, 1964.; Meijers, E. M., *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, *Etudes d'histoire du droit*, IV., Leyde, 1966.

¹⁰ Paul.Sent.V.12.9.

¹¹ *Exceptio doli*, Gai. Inst. 4.116.

¹² "Verba sollemnia" za stipulaciju.

odnosno isticanju kriterija kauzalnosti kao pretpostavke utuživih neformalnih sporazuma (*pacta vestita*).¹³

I suvremena pravna teorija ističe značenje pravnog razloga, prepoznaje pandektnu kauzu "finalis" (pravno izražena svrha koja se ostvaruje izvršenjem ugovornih obveza) i zahtijeva je u ugovornom odnosu.¹⁴ Hrvatsko pozitivno pravo¹⁵ ovako određen objektivni pojam kauze nadovezuje na subjektivni element neposredne volje (namjere) koja potiče ugovaratelja zaključiti ugovor i preuzeti ugovornu obvezu. Podrazumijeva je pod izrazom "osnova" ugovora¹⁶ i razlikuje od pojma motiva: osnova objašnjava sadržaj ugovora, odnosno obveze ugovaratelja, dok motiv objašnjava samu osnovu¹⁷ budući stvara predodžbu o subjektivnoj svrsi koja postaje sadržajem ugovora.

Ovim grubljim konturama poimanja konsenzusa, obrazloženje geneze ideje konsenzualnosti za svaki pojedini, u rimskom pravu priznati, konsenzualni kontrakt, može dati nove vrijednosti i objašnjenja.

Tako se, primjerice, elementi geneze rimske *emptio venditio* i položaj ugovornih strana mogu ocrtati u predkonsenzualnoj mancipacijskoj kupoprodaji¹⁸ (sa značajkom neutuživosti konsenzusa koji prethodi stvarnopravnom poslu mancipaciji), odnosno potom u klasičnom konsenzualnom tipu ugovora uz naznake postklasičnih odstupanja¹⁹ (Konstantinovo²⁰ i Justinijanovo²¹ određenje kupoprodaje). Osnovni cilj prodavatelja je steći kupovninu a, neprijeporno, osnovni cilj kupca je postati vlasnikom stvari bez obzira radi li se o neposrednom prijenosu vlasništva (stvarnopravni učinak kupoprodaje) ili je kupoprodaja tek pravnim razlogom

¹³ Usp. razlikovanje "causa impulsiva" i "causa finalis" s obzirom na potvrdu ozbiljnosti volje stranaka zasnovati obveznopravni odnos. Alciati, A., *Lectura super secunda parte Digesti novi in titulo de verborum obligationibus*, Lugdunum, 1546. (o izdanjima v. Abbondanza, Alciati /Alciati/ Andrea, *Dizionario Biografico degli Italiani*, II., 1960, 69-77. Breviter pro resolutione omnium obiectorum dicas quod ista ratio assignata pro doctores est impulsiva, non autem finalis. Unde ea sessante non cessat dispositio. Nam lex civilis volens introducere istum contractum qui fit verbis maluit eligere eum in quo praecedat interrogatio: quia et dicunt Doctores fit cum maiori deliberatione. Et facit pro hoc, quia ubi lex inducit aliquid pro forma ex aliqua causa, ea cessante tamen servatur forma.

¹⁴ Usp. Capitant, H., *De la cause des obligations*, Paris, 1930.

¹⁵ ZOO (glava II. Nastanak obveza, Odjeljak 1. Ugovor, Odsjek 1. Sklapanje ugovora) regulira pitanja suglasnosti volja (čl. 23.-45.), predmet (čl. 46.-50.), osnovu (čl. 51.-53.), sposobnost (čl. 54.-59.), mane volje (čl. 60.-66.), formu ugovora (čl. 67.-73.), *accidentalia negotii* - uvjet (čl. 74.-76.) i rok (čl. 77.-78.), kaparu i odustatninu (čl. 79.-83.).

¹⁶ ZOO, čl. 51. Svaka obveza mora imati dopuštenu osnovu; čl. 52. Ako osnova ne postoji ili je nedopuštena, ugovor je ništav.

¹⁷ Crnić, I., *Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom*, Zagreb, 1997. (ad čl. 53.); Vedriš, M., Klarić, P., *Građansko pravo*, cit. 117.

¹⁸ Nazivnik apstraktnosti mancipacije najčešće podrazumijeva kupoprodaju.

¹⁹ Dodatni zahtjevi forme poglavito se odnose na kupoprodaju nekretnina, a obuhvaćaju ispravu ("instrumentum venditionis"), nazočnost svjedoka ("vicinis"), osiguranje državnih pristojbi ("venditio cum censu") kao i plaćanje cijene ("pretium solvere").

²⁰ Usp. C.Th.3.1.2. iz 337. godine koja sažima Konstantinovo određenje kupoprodaje prenijeto u *Frag.Vat.35.3-5*.

²¹ *Just. Inst.* III.23.; C.IV.21.

stjecanja vlasništva (obveznopravni učinak). Mijene rimske kupoprodaje položaj ugovornih strana naglašavaju upravo kroz sraštenost ili odvojenost režima sklapanja ugovora i problematike stjecanja vlasništva.

Budući da se u konsenzualnoj kupoprodaji klasičnog prava pravni režim položaja ugovornih strana pojavljuje kao pretpostavljeni posljedak postignutog konsenzusa (uzajamno obećanje o dužnosti prodavatelja *vacuum possessionem tradere* i kupčevom isplaćivanju kupovnine; otvorena mogućnost stjecanja vlasništva), time sadžaj konsenzusa te osjetljiva pitanja spoznaje volje i subjektivne dimenzije (ne)savjesnosti ugovaratelja postaju primarnim pitanjem, kako u odnosu na (ne)valjanost pravnog posla (definiranje bitnih sastojaka za *emptio pura*²² mjerilo subjektivne procjene ugovaratelja o interesima u okviru sadržaja pojedinih *pacta adiecta*), tako i u odnosu na režim zaštite položaja ugovornih strana (primjerice položaj kupca in *causa usucapiendi* s obzirom na svojstvo stvari *res aliena*²³ posljedice doloznog postupanja prodavatelja *qui liti se obtulit*²⁴, te doloznog postupanja prodavatelja u slučaju naknadno stečenog svojstva stvari *res venditoris*²⁵, modaliteti načela *laesio enormis* ovisno o manama volje, prijevari i prinudi²⁶).

Uz domenu nastanka ugovora i zasnivanja ugovornih obveza, s motrišta razlikovanja tipova suglasnosti volja, zanimljivo je zabilježiti i pitanje konsenzusa u problematici načina prestanka obveza (*emptio nuda conventione dissolvitur l...l* - Iul. D.18.5.5.1.).

Razlog tome leži u činjenici što se *contrarius consensus* (Paul.D.18.5.3.), odnosno *contraria voluntas* (Inst. 3.29.4.) kao način utrnuća obveze voljom obiju stranaka, sukladno materijalnoj podjeli prestanka obveza, u rimskoj pravnoj teoriji tumači i kao *actus contrarius*, no isto tako i kao jedan od pakata (*pactum ex intervallo*).²⁷

To načelno može imati različite pravne posljedice na položaj ugovornih strana. Posljedice se odnose na djelovanje *ex tunc* i *ex nunc*²⁸, te na pitanje zaštite ugovorne strane za slučaj svjesnog ili nehotičnog zanemarivanja naknadnog (*ex intervallo*)

²² Subjektivna spoznaja ("si sciebat"; "si ignorabat") ugovaratelja o obilježjima (promjeni svojstva) stvari, uz pravni režim nesvjesnog nesklada volje i njena očitovanja mogu biti osnovicom raščlanjivanja položaja ugovornih strana ovisno o nedostacima predmijevanog konsenzusa.

²³ uključujući i oblike "res furtiva", "res emptoris"; Pomp.D.18.1.16.; Ulp.D.18.1.28.; Iust.Inst.4.15.4.; Paul.D.18.1.25.1.; Paul. D.18.1.34.3. i 4. (Tert.D.41.2.28.); Jul. D.19.1.29.; Paul.D.19.4.1.

²⁴ Gai.D.4.3.39.

²⁵ Ulp.D.21.2.17.

²⁶ Evolucija (usp. Paul.18.5.7.1.) do C.4.44.2.8.

²⁷ Pregled literature u Guarino, A., *Punti di vista per la storia del "contrarius consensus"*, Labeo 14., Napoli, 1968., 271-280.

²⁸ Djelovanje "ex nunc" povezuje se s izrazima "resolvere" (Paul. D.18.5.3.); "dissolvere" (Iul. D.18.5.5.1.); "recedere ab" (Pap. D.18.1.72.); "discedere ab" (Pomp. 18.5.2.; Iul. D.18.5.5.; Paul.18.7.7.1.).

sporazuma o odustanku od ugovora ulaganjem zahtjeva ispunjenja tražbine.²⁹

Razlikovanje načina utruća obveza iz konsenzualnih kontrakata raskidom - *solutio ex contrario consensu* i paktom - *solutio ex pacto*, nije od osobite praktične vrijednosti za ugovorne strane budući da ukidaju ugovor u slučaju kada ugovorne strane nisu ispunile svoju ugovornu obvezu u cijelosti (*re integra*).³⁰ Međutim, češći i pravnoteorijski zanimljiviji je slučaj modificiranja ugovora, što prema tome znači da stranke nisu od ugovora odustale u cijelosti već u nekom njegovu parametru, a to se pak regulira paktom.

Daljnja rasprava prema tome iznova uključuje usporedbu učinaka i poimanja pakata i konsenzusa stoga i ovaj zaključni segment prestanka kontraktnih obveza postaje još jednim pokazateljem da naznačena problematika sporazuma u sklopu proučavanja rimskog obveznog pravnog sustava zadržava znanstvenu aktualnost.

Napuštamo međutim pravnoteorijske asocijacije poimanja konsenzusa i u sklopu okomice prihvaćanja neformalnosti ugovora zadržavamo se na odstupanjima konsenzualizma³¹, lapidarnim stilom podsjećajući na rješenja karike hrvatskog srednjovjekovlja.³²

Usporedba sporazuma (*pactum*) i suglasnosti volja kao parametra dovoljnog za stvaranje obveznog pravnog ugovora te različiti kriteriji odstupanja od konsenzualnosti ugovora, uočljivi su i u rješenjima hrvatskog srednjovjekovnog prava.³³

Pregledom statuta kvarnerskog područja uočiti je da Krčki statut na latinskom jeziku (kompilacija srednjovjekovnog privatnog prava) terminologijski i dijelom

²⁹ Pitanje širenja značenja oprečnog sporazuma za pakt "ut abeatur" koji se u sustavu "iudicia bonae fidei" uspoređuje s postojećim paktom "de non petendo" (odricanje prava tražiti ispunjenje tražbine od dužnika); njegov učinak djeluje "ipso iure", a ne "ope exceptionis", u suglasju s načelom da pakt uz "negotia bonae fidei" ukida obvezu po civilnom pravu ("pacta conventa inesse bonae fidei iudicis" - Ulp. D.2.14.7.5.). Kao način ukidanja pravnog posla ima pravne posljedice koje djeluju ubuduće ("ex nunc").

³⁰ Riječ je o pravno jednostavnom načinu dokidanja kontrakta istim načinom na koji je i nastao - konsenzusom. Jednostavnost počiva na pretpostavci promjene okolnosti koje potiču ugovaratelje odustati od ugovora u cijelosti.

Iul. D.18.5.5.1. *Emptio nuda conventione dissolvitur si res secuta non fuerit.*

Ulp. D.50.17.35. *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est /.../ nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

Pomp. D.46.3.80. *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet /.../ cum emptio et venditio /.../ quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

³¹ Odstupanja se naziru već u rimskom okviru principata (redakcija isprave) prije zamjetnih postklasičnih preinaka.

³² Iz posebnog dijela obveznih odnosa pitanja su reducirana na kupoprodaju i uz metodološke ograde: različitost gospodarskog i društvenog značenja dobara (pokretnine, nekretnine) mogu biti razlogom drugačijih modaliteta otuđenja koji često dokazuju neprimjerenost projiciranja suvremenog pravnog nazivlja na srednjovjekovne ustanove.

³³ Navodi prema iscrpnoj analizi izvora, diskusiji i pregledu literature Margetić, L., *Srednjovjekovno hrvatsko pravo. Obvezno pravo*, Zagreb - Rijeka, 1997., (id., *Osnove srednjovjekovnog prava u Dalmaciji*, Rad HAZU, 465., Zagreb, 1993., 17-114., id. *Osnove obveznog prava srednjovjekovne uže Hrvatske*, Rad HAZU 461., Zagreb, 1992., 69-93., id. *Osnove obveznog prava na kvarnerskom području u srednjem vijeku*, Rad JAZU, 445., Zagreb, 1989., 73-134., id., *Osnove istarskog srednjovjekovnog prava*, Rad JAZU 433., Zagreb, 1987., 1-64.

sadržajno prati rimsko pravo s glosatorskim i postglosatorskim intervencijama. Tako su, izrijekom, *pacta nuda* pakti bez kauze valjanosti³⁴, za koje nije predviđena tužba već je zaštita svedena, kao i u rimskom pravu, na razinu *prigovora* (*nudum pactum regulariter non parit actionem sed exceptionem*). Valjanost obveznopravnih odnosa (*pacta vestita* kao sporazumi *utilia ad obligandum*) u krčkom se pravu ne zasniva *re, verbis, litteris, consensu, contrahentia contractus et interventu rei*, kako se to deklaratorno statuirala³⁵ budući da konsenzualnosti nema, verbalnih ugovora također, a isprava traži dodatne formalnosti. Primjerice, valjanost kupoprodajnog ugovora (kupoprodaja nekretnina) ovisi o ispravi uz "koju se traži nazočnost dvojice ili trojice vjerodostojnih svjedoka, normiranje ugovorne kazne i poštivanje pravila javne objave. Kupoprodaja pokretnina prati režim rimskih inominatnih kontrakata s činidbom *dare*.³⁶

Mjerilo valjanosti kupoprodaje raščlanjeno je i u odredbama Creskog statuta. Razina rimske neutužive *naturalis obligatio* zadržana je za konsenzualnu kupoprodaju; valjani kupoprodajni ugovor je formalistički, ovisi o ispunjenju formalističkih zahtjeva - ispravi odnosno nazočnosti dvojice svjedoka³⁷; rimska koncepcija inominatnih kontrakata napuštena je u smislu zaštite stranke³⁸ koja je sukladno sadržaju konsenzusa ispunila činidbu očekujući ispunjenje protučinidbe, te se u slučaju neispunjenja činidbe druge strane predviđa naknada štete ("danno, spese, interessi").

Dalmatinska regija ima isto tako osobita rješenja odstupanja od (klasičnorimske) konsenzualnosti, dokazujući savjesnu namjeru sklapanja ugovora zasebnim ustanovama. Statut grada Splita, primjerice, u sklopu reguliranja kupoprodaje (*mercatum*) navodi kaparu (*arra, arrha; de arris datis*)³⁹ koja određuje režim valjanosti kupoprodajnog ugovora. Bez kapare kupoprodaja nije *firmum et ratum*, ostaje na razini pravno neutuživih pregovora⁴⁰, suugovarači ne postaju ugovornim stranama budući ugovor nema značajku konsenzualnosti, a formalistički čin davanja kapare pred svjedocima uvjetuje valjanost ugovora dokazujući ozbiljnost namjere

³⁴ Krčki statut I.42. *.../ non continent causam nullius efficaciae*. Cit. prema Lusardi A., Besta, E., *Statuta Veglae*, Milano, 1945. Ranije izdanje teksta Krčkog statuta: Vassilich G., *Statuto della città di Veglia*, Atti e Memorie della Società Istriana di Archeologia e Storia Patria, 1., 2., Parenzo, 1885., 1986.

³⁵ Krčki statut I.42.

³⁶ V. Margetić, *Srednjovjekovno hrvatsko pravo. Obvezno pravo*, op.cit. 102; Krčki statut I. 43., 75., 77.; 104.

³⁷ Čl. 40., 41. Creskog statuta; Statuto di Cherso et Ossero, Venetiis 1640.

³⁸ zahtjev za ispunjenjem protučinidbe.

³⁹ Splitski statut III.96., Statut grada Splita, srednjovjekovno pravo Splita, II (dotjerano) izdanje, Split, 1987.

⁴⁰ Margetić, L., op.cit. 170, 171. tumači razliku "kapare" Splitskog i Rapskog statuta u odnosu na poimanje kapare u rimskom i modernom pravu.

stranaka⁴¹ i definirajući time predkonsenzualnu statutarnu kupoprodaju kao tip kupnje za gotov novac.

Kao mogući pokazatelj otklona od režima konsenzualnosti ugovora pojavljuje se i analiza dispozitivnog, odnosno dokaznog karaktera isprave (primjerice u režimu istarskog prava, njeno će se značenje kao dokaznog sredstva nadovezivati na ulogu općinskih dužnosnika i postupak javne objave).

Teškoće prijelaza s tipa obiteljskog na tip individualnog vlasništva, odnosno potom, sustav zaštite interesa obitelji, okosnicom su različitih oblika nadzora nad raspolaganjem imovinom, što se neposredno nadovezuje na problematiku odstupanja od konsenzualizma. Tako uz narečenu javnu objavu (*proclamatio, denuntiatio*), hrvatsko statutarno pravo detaljizira prvokup i otkup nekretnina⁴², ili bilježi podatak da se za perfekciju ugovora o otuđenju pokretnine nalaže protijek jedne noći od predaje stvari.⁴³

Zaključne opaske

Osjetljivo pitanje pravne valjanosti sporazuma dokazano je u dugom putu od rimskih zasada do, u hrvatskoj pravnoj povijesti, suptilnih ili nepreciznih srednjovjekovnih odrednica - izvornih rješenja ili modificiranih utjecaja rimskog i partikularnih prava. Rimski sustav kontraktnih obveza postupno širi opseg ublažavanja od formalizma (*gesta per es et libram* starog civilnog prava u odnosu na kontrakti sustav klasičnog prava) no do kraja Justinijanova razdoblja zadržava ugovornu shemu konsenzualnih kontrakata kao jedina izuzeća od općeg načela ugovornog prava - civilnopravne neutuživosti neformalnih sporazuma.

Preslika ovog kriterija u srednjovjekovnom pravu nije ostvarena te se suptilnost pronalaženja izvora obveznosti vidi u previranjima oko pravnog razloga

⁴¹ Značenje kapare u srednjovjekovnoj Dalmaciji od striktno forme zaključenja ugovora (Splitski statut, cit.) preko istodobnog preuzimanja uloge odustatnine - *arra poenitentialis* (Dubrovački statut, Korčulanski statut, preko ograničenog (Zadarski statut - ovisno o vrijednosti stvari koja se otuđuje) do potpunog napuštanja poimanja kapare kao formalističkog elementa ugovora (Šibenski statut). V. izvornik i prijevode prema Statut grada Dubrovnika 1272., Dubrovnik 1990. (Križman, M., Kolanović, J.); Korčulanski statut, Split, 1995. (Cvitanić, A.); Zadarski statut, Zadar - Zagreb, 1997. (Kolanović, J., Križman, M.); Knjiga statuta, zakona i reformacija grada Šibenika, Šibenik, 1982.

⁴² Margetić, L., Bizantsko pravo prvokupa i otkupa i njegov utjecaj na pravo, *Starine* 59., Zagreb, 1984., 1-41, id., Funkcija i porijeklo službe egzaminatora u srednjovjekovnim komunama Hrvatskog primorja i Dalmacije, *Starine* 55., Zagreb, 1971., 191-210., id. O javnoj vjeri i dispozitivnosti srednjovjekovnih notarskih isprava s osobitim obzirom na hrvatske primorske krajeve, *Radovi Instituta za hrvatsku povijest* 4., Zagreb, 1973., 5-79., id., Pravo prvokupa i otkupa u srednjovjekovnoj Istri, *Vjesnik Historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu XVI.*, Rijeka, 1971., 169-212., id., *Srednjovjekovno hrvatsko pravo. Stvarna prava*, Zagreb-Rijeka-Čakovec, 1983.

⁴³ Primjerice Poljički statut, v. Margetić, op.cit. (regija srednjovjekovne uže Hrvatske, 287-315., Jagić, V., Poljički statut, *Monumenta historico-iuridica Slavorum Meridionalium XIII.*, Zagreb, 1890., usp. Poljički zbornik, I., (Z. Junković), Zagreb, 1968.

zasnivanja obveznog pravnog odnosa, što je pak vezano s definiranjem ozbiljnosti volje stranaka.

U uspravnoj crti hrvatskog srednjovjekovlja omjer utjecaja načela rimskog prava posljedicom je obnove proučavanja rimskog prava i zapisivanja statutarnih propisa pod (ugodnim) opterećenjem pravnih škola. Različitost gospodarskog i društvenog značenja nekretnina i pokretnina pretpostavkom je različitih rješenja u konkretnim okolnostima utjecaja bliskih pravnih regija (prihvata, teškoće prihvaćanja i odstupanje od konsenzualizma u uvjetima prijelaza na individualno vlasništvo i zaštite interesa obitelji; pitanje mjera izbjegavanja nesigurnosti u pravnom prometu i osobito nesigurnosti vezane za ozbiljnost namjere zasnivanja obveznog pravnog odnosa).

Konkretna pitanja posebnog dijela obveznog prava vezana za nastanak (*consensu*), promjenu (*res, pretium*) i prestanak (*contrariarius consensus, solutio ex pacto*) kupoprodajnog ugovora upućuju na element volje kao okosnice pravnih posljedica konsenzusa.

Summary

ROMAN REFERENCES ON ACTIONABLE CONSENSUS

The Article examines the elements of actionable consensus considering the genesis from Roman law pattern and (thus) primary covering the exceptions of Roman formalism as the standard of Roman contractual law (exceptions ref. the principle *ex nudo pacto obligatio non nascitur*: the principle of *bona fides*, consensual concept of contract in Roman classical law, postclassical regime of innominate contracts, distinctions of actionable *pacta*), further implying the solutions of Croatian mediaeval schedule (exceptions from the contracts *consensu*) and concluding with hints on contemporary principle of obligatory scope of the contract (voluntary creation dependent on the content).

The Article accordingly involves the domain of discharge of obligations denoting implications of Roman conception of consensus (*contrarius actus, pactum*).

Key words: *genesis of consensual concept, actionable consensus, obligation, Roman obligations.*

Zusammenfassung

RÖMISCHE MERKMALE DER RECHTSWIRKSAMKEIT BEI VERTRÄGEN

In der Arbeit werden Elemente der Genese der Übereinstimmung von Verträgen - vom römischen prinzipiellen Formalismus des Vertrags sowie

Abweichungen vom Prinzip *ex nudo pacto obligato non nascitur* (Prinzip des guten Glaubens, Konsensus bei Verträgen des klassischen Rechts, postklassischer inominativer Vertrag, Distinktion der Rechtswirksamkeit von Pakten) über Lösungen des kroatischen mittelalterlichen Systems (Abweichung vom Konsensus) bis zum zeitgenössischen Prinzip über den Beginn der Verpflichtungen wegen des Inhaltes, der freiwillig bestimmt wird, dargelegt.

Neben den Voraussetzungen und Folgen der Rechtswirksamkeit des Konsensus bei Verpflichtungen *ex contractu* (Dispositivität und Schaffung von Verpflichtungen) wird die komplexe römische Interpretation des Konsensus auch auf dem Gebiet der Beendigung der Verpflichtungen (*contrarius actus, pactum*) betont.

Schlüsselwörter: *Genese des Konsensualismus, Rechtswirksamkeit des Konsensus, Verpflichtung, römisches System der Verpflichtungen.*