



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Нина З. Косановић

**ФОРМА *AD SOLEMNITATEM* У РИМСКОМ
И САВРЕМЕНОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ниш, 2025.

САДРЖАЈ

УВОД.....	5
Научна и друштвена оправданост истраживања.....	5
Предмет и циљ докторске дисертације	11
Хипотезе и истраживачка питања	13
Методолошки оквир истраживања	14
1. ФОРМА AD SOLEMNITATEM У РИМСКОМ ПРАВУ.....	17
1.1. ФОРМА ПРАВНИХ ПОСЛОВА У ДРЖАВАМА СТАРОГ ИСТОКА	17
1.2. ФОРМА ПРАВНИХ ПОСЛОВА У СТАРОЈ ГРЧКОЈ	21
1.3. ФОРМА AD SOLEMNITATEM У РИМСКОМ ПРАВУ	24
1.3.1. <i>Форма ad solemnitateм у преткласичном римском праву.....</i>	<i>26</i>
1.3.1.1. Друштвено-економске прилике преткласичног периода.....	27
1.3.1.2. Однос религије и права у преткласичном периоду	31
1.3.1.3. Закон XII таблица	34
1.3.1.4. Форма ad solemnitateм у праву преткласичног периода	35
1.3.1.4.1. Манципациона форма per aes et libram.....	35
1.3.1.4.1.1. Промена статуса лица путем манципације (mancipatio)	37
1.3.1.4.1.2. Манципациона форма per aes et libram у стварном праву	51
1.3.1.4.1.3. Манципациона форма per aes et libram у уговорном праву.....	55
1.3.1.4.1.4. Састављање тестаментa у манципационој форми per aes et libram	58
1.3.1.4.2. Форма sponsio код склапања уговора	61
1.3.1.4.3. In iure cessio (уступање на суду)	65
1.3.2. <i>Форма ad solemnitateм у класичном римском праву.....</i>	<i>67</i>
1.3.2.1. Друштвено-економске прилике класичног периода.....	70
1.3.2.2. Однос религије и права у класичном периоду	77
1.3.2.3. Активност понтифика у развоју права у класичном периоду	82
1.3.2.4. Активност јуриспрудената и класичних правника у креирању класичног права	83
1.3.2.5. Активност претора у креирању класичног права	85
1.3.2.5.1. Увођење магистратуре претора.....	88
1.3.2.5.2. Улога praetor urbanus-a у смањењу формализма приликом закључења уговора.....	89
1.3.2.5.3. Улога praetor peregrinus-a у смањењу формализма приликом закључења уговора	93
1.3.2.6. Форма правних послова у праву класичног периода	95
1.3.2.6.1. Форма у Гајевим институцијама	97
1.3.2.6.2. Манципациона форма у класичном периоду.....	98
1.3.2.6.3. Вербални уговори класичног периода	102
1.3.2.6.3.1. Стипулација класичног права.....	102
1.3.2.6.3.2. Злоупотребе стипулационе форме.....	106
1.3.2.6.3.3. Dotis dictio	107
1.3.2.6.3.4. Iusiurandum liberti.....	108
1.3.2.6.4. Нове форме уговора (контраката) класичног периода	108
1.3.2.6.4.1. Traditio	108
1.3.2.6.4.2. Писана форма (литерарни уговори).....	109
1.3.2.6.4.3. Реална форма	116
1.3.2.6.4.4. Консенсуална форма.....	123
1.3.3. <i>Форма ad solemnitateм у посткласичном римском праву.....</i>	<i>125</i>
1.3.3.1. Друштвено-економске прилике посткласичног периода.....	125
1.3.3.2. Однос религије и права у посткласичном периоду	128
1.3.3.3. Форма правних послова у праву посткласичног периода	130
1.3.3.3.1. Манципациона форма у посткласичном периоду	132
1.3.3.3.2. Врсте вербалних контраката у посткласичном периоду	133
1.3.3.3.2.1. Стипулација у посткласичном периоду	133
1.3.3.3.2.2. Dotis dictio и iusiurandum liberti.....	136
1.3.3.3.3. Литерарна (писана) форма за закључење уговора у посткласичном праву	136
1.3.3.3.4. Реална форма закључења уговора у посткласичном праву	139
1.3.3.3.5. Консенсуална форма закључења уговора у посткласичном праву	141

2. РЕЦЕПЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА У СРЕДЊЕМ И НОВОМ ВЕКУ.....	144
2.1. РЕЦЕПЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА У СРЕДЊЕМ ВЕКУ	144
2.1.1. Друштвено-економске прилике средњег века	144
2.1.2. Однос религије и права у Средњем веку	146
2.1.3. Начини закључења уговора у Средњем веку.....	147
2.1.4. Рецепција римског права на простору словенских држава.....	149
2.2. РЕЦЕПЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА У НОВОМ ВЕКУ	153
2.2.1. Форма закључења уговора у француском праву – Грађански законик из 1804. године.....	154
2.2.2. Форма закључења уговора у Аустријском грађанском законнику из 1811. године	157
2.2.3. Српски грађански законик из 1844. године.....	159
2.2.3.1. Врсте форми за закључење уговора предвиђене Српским грађанским закоником	160
2.2.3.1.1. Писмена форма	161
2.2.3.1.2. Изјава пред органима власти	162
2.2.3.1.3. Присуство сведока	165
2.2.3.2. Форма именованих уговора у Српском грађанском законнику.....	165
3. ФОРМА AD SOLEMNITATEM У САВРЕМЕНОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ	169
3.1. АУТОНОМИЈА ВОЉЕ УГОВОРНИХ СТРАНА И ЊЕНА ОГРАНИЧЕЊА	169
3.2. ПРЕДМЕТ УГОВОРА ЗА КОЈЕ СЕ ЗАХТЕВА ФОРМА AD SOLEMNITATEM У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ	172
3.3. ФОРМА УГОВОРА У ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА	173
3.3.1. Хијерархија форми у српском савременом праву.....	174
3.3.2. Разликовање посебне форме уговора од других захтева савременог права	176
3.3.3. Посебна форма понуде, прихвата понуде и предуговора	178
3.3.4. Форма пуномоћја за закључење уговора	179
3.4. УСМЕНА ФОРМА	180
3.5. РЕАЛНА ФОРМА ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА.....	180
3.6. ПИСМЕНА ФОРМА УГОВОРА.....	183
3.6.1. „Обична“ писмена форма.....	184
3.6.2. Квалификована писмена форма.....	188
3.6.2.1. Оверавање потписа	191
3.6.2.1.1. Ток поступка овере потписа	193
3.6.2.2. Јавно потврђена исправа – солемнизација.....	197
3.6.2.2.1. Ток поступка солемнизације.....	198
3.6.2.3. Јавнобележнички запис	201
3.6.2.3.1. Ток поступка састављања јавнобележничког записа	203
3.6.2.4. Развојни пут форме ad solemnitatem на примеру промета непокретности	208
3.6.2.4.1. Промет непокретности за време важења Српског грађанског законика	209
3.6.2.4.2. Промет непокретности након престанка важења Српског грађанског законика	210
3.6.2.4.3. Важећи прописи за регулисање промета непокретности	212
3.6.2.4.5. Закључење уговора о будућој непокретности.....	220
3.6.3. Раскид формалних уговора	222
3.6.4. Непоштовање предвиђене форме.....	223
3.6.4.1. Конвалидација	225
3.7. ЕЛЕКТРОНСКА ФОРМА ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА	226
3.7.1. Електронска форма закључења уговора у српском праву.....	228
3.7.2. Закључење консенсуалних уговора електронским путем	231
3.7.3. Закључење уговора за које је прописана форма ad solemnitatem електронским путем.....	232
3.7.3.1. Електронска форма уместо писмене форме	232
3.7.3.2. Електронска форма уместо форме пред јавним бележником	236
3.7.3.3. Закључење електронским путем уговора за које се захтева јавнобележничка форма у упоредном праву.....	237
3.8. SMART УГОВОРИ	245
3.8.1. Поступак закључења smart уговора	246
ЛИТЕРАТУРА	261
Законски текстови	273
Веб-странице	275

УВОД

Научна и друштвена оправданост истраживања

Уговор је двострани правни посао који настаје на основу сагласности воља најмање двеју уговорних страна. До склапања уговора долази онда када се понуда и прихват понуде међусобно подударају, што указује на примарност начела аутономије воље уговорних страна. Према овом начелу, уговорне стране су слободне у одлучивању да ли ће склопити уговор, с ким ће га склопити и какав ће бити садржај уговора.¹

Уговорне стране могу да предвиде и форму уговора као конститутивни елемент (форма *ad solemnitatem*) када је она начин за изражавање садржине уговора, кроз унапред предвиђене спољне, видљиве знаке, преко којих треба да се манифестује воља.² Осим уговорног одређивања форме као битног елемента уговора, постоји и нормативно уређење форме у случајевима када је законом прописана форма као један од битних услова за закључење уговора.³ Иако су се, у научним оквирима последњег века, често чуле расправе, па и примедбе на рачун форме као конститутивног елемента уговора, према којима је конститутивна форма уговора често узрок успоравања и отежавања правног промета,⁴ она се као један од битних елемената правног посла задржала све до данашњег дана.

У савременом праву преовладавају схватања према којима конститутивна форма *ad solemnitatem* има посебан правни значај јер доприноси правној сигурности, посебно у савременом информатичком друштву.⁵ Отуда се као разлози за предвиђање форме као

¹ Међутим, наведена слобода није неограничена. Уговорне стране не могу да уређују облигационе односе супротно Уставу Републике Србије и другим принудним прописима, јавном поретку и моралу друштва.

² Форма је битан елемент уговора поред правне и пословне способности уговорних страна, сагласне изјаве воља и предмета уговора. О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 326.

³ Према Закону о облигационим односима Републике Србије то је случај, на пример, код уговора о јемству, уговора о доживотном издржавању, уговора о уступању имовине за живота лица, уговора о промету непокретности.

⁴ Према тим схватањима друштво модерног доба карактерише стална промена. Услед тога оно има специфичну природу и захтева једноставне обрасце по којима би склапање правних послова ишло у корак са тим променама и пратило брз развој друштва.

⁵ Савремено друштво теоретичари називају „умреженим“, „информатичким“ (Кастелс), „постиндустријским“ (Бел), „друштвом ризика“ (Бек). Сви ови теоретичари полазе од података о новој природи друштвених односа, који се могу препознати кроз повећану глобалну међузависност која се огледа у промени економских, политичких и културних односа, тј. глобализацији. Карактеристику новог друштва представља својеврсна информатичка револуција (почев од седамдесетих година XX века), која данас већ доводи до ширења друштвеног простора на виртуелну стварност. Један аспект ове

конститутивног елемента правног посла најчешће наводе њена заштитна и доказна функција и контролна функција форме јер омогућава државну контролу склопљених правних послова.

Докторска дисертација „Форма *ad solemnitatem* у римском и савременом уговорном праву“ за предмет проучавања има развој и значај обавезне форме (форме *ad solemnitatem*), најпре у римском праву, где је и настала, а потом и развој форме и њен значај за савремено уговорно право.

О значају и потреби изучавања форме *ad solemnitatem* говорило се још у оквирима римског права.⁶

Форма *ad solemnitatem* у најстаријем периоду развоја римског права захтевала се за предузимање свих правних послова.⁷ Старо римско право предвиђало је различите форме за настанак уговора. Тако је форма могла да се састоји у изговарању свечаних речи (*sponsio*), у симболичним гестовима или у јавним изјавама датим у присуству сведока (*per aes et libram*). У старом римском праву уговори су се најчешће склапали у форми *per aes et libram*.

информатичке револуције јесте и виртуелна умреженост коју Кастелс (Castells) истиче. Види: Castells, M. – *Uspon umreženog društva*, preveo Ognjen Andrić, Informacijsko doba: ekonomija, društvo i kultura, Golden marketing, Zagreb, 2000, стр. 493. Услед тога савремено право мора да прати друштвене промене и да одговори на потребе друштва, а у области уговорног права те потребе се огледају у новим начинима за склапање правних послова.

⁶ Институту, принципи и правна правила које је изнедрило римско право представљају универзалну основу на којој су изграђени многи европски правни системи, а у неким сегментима се може уочити и утицај римског права на англосаксонско право. Правници савременог доба се окрећу поновном изучавању института римског права, верујући да би римско право могло да буде уједињујући правни фактор и да би у оквиру њега могла да се нађу адекватна правна решења за новонастале друштвене односе, што објашњава интерес за превођење римских правних извора, пре свега Јустинијанове кодификације, на европске језике, док најновији примери рецепције римског права у Русији и Кини само потврђују његову вредност и универзални карактер. О томе: Игњатовић, М. - Римско право и његов трајни карактер: утицај римског права на савремено право, *Право - теорија и пракса*, 29(7–9), Универзитет Привредна академија – Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2012, стр. 55.

⁷ Формализам преткласичног римског права био је основни принцип и доминантно обележје римског права почетног периода. „У старом римском праву форма је била најбитнији елемент уговора (*forma dat esse rei*), па је њено непоштовање изазивало ништавост правног посла (нпр. Уколико је Тиције питао: „Обећаваш ли да ћеш ми дати 1.000 сестерција?“, а Сервије је одговорио кратко: „Да“, није долазило до склапања правног посла, јер је форма одговора морала да прати форму питања, па је у том случају одговор морао да гласи: „Обећавам“). То је значило да је сагласност воља уговорних страна морала да буде изражена у одређеној форми, јер је важило правило да из простих споразума не настају облигације (*ex nudo pacto, obligationes non nascitur*)“. Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 326.

Развојем римског друштва, нарочито у периоду позне републике, након пунских ратова и освајањем Медитерана, успостављена је доминација римске државе над свим народима старог континента, што је довело до наглог развоја трговине, а постојеће компликоване форме за склапање уговора успориле су правни промет.

Брз развој правно-економског промета захтевао је нове, једноставне форме за склапање правних послова, па се из тог разлога јавила потреба за ублажавањем старих и увођењем нових форми.⁸ Тако је уведена вербална форма уговора која се састојала само у изговарању свечаних речи, без симболичних гестова и јавних изјава. Једини услов вербалне форме било је да свечано постављено питање прати одговор у форми питања. Међутим, вербална форма имала је и велики недостатак јер се из тако склопљеног уговора није видела кауза, правни основ склопљеног правног посла. Зато је уведена нова писмена форма уговора. Предност писмене форме уговора огледала се у томе што је постојао доказ да је склопљен уговор одређене садржине, па је, у случају спора, оштећена страна могла да докаже постојање и садржину уговора и да у поступку пред судом писменим доказом оствари правну заштиту.

У класичном римском праву вербална и писмена форма уговора биле су замењене реалном формом. Код реалне форме уговора није била довољна само сагласност воља уговорних страна, већ је био неопходан и акт предаје. Реална форма уговора била је битан елемент код реалних и безимених уговора, где се сматрало да је уговор склопљен тек пошто је једна од уговорних страна извршила дуговану чинидбу.⁹

Поред реалне форме уговора, у класичном периоду, експанзијом римске државе и доминацијом принципа консенсуализма над принципом формализма, уведена је и консенсуална форма уговора. Увођење консенсуализма није значило нестанак форме као

⁸ Још је старим римским правницима (*veteres*) било јасно да право које је кључни фактор регулације друштвених односа мора да прати друштвене промене и да одговара на потребе развијеног друштва. Често друштвена стварност предњачи у стварању нових форми друштвеног живота, а право има задатак да нормира новостворене друштвене односе. Из тог разлога сматрамо да је значајно да се проучавају механизми којима се служило римско право за регулисање нових друштвених околности. Ову појаву можемо уочити и у каснијим периодима историје, све до савременог права. По узору на римско право поступиле су и европске државе средњег века, када су након формализма који је био последица феудалног уређења и неразвијене привреде и тржишта посегле за принципом консенсуализма, којим је олакшан правни промет.

⁹ Према класичном учењу из римског права, постоје четири реална уговора – зајам, остава, послуга и залога, а у савременом праву њима се додаје и уговор о превозу робе. Ова концепција, је, до доношења Закона о облигационим односима Републике Србије (у даљем тексту: ЗОО), била примењивана и код нас. ЗОО наведене уговоре сврстава у групу консенсуалних уговора јер према одредбама Закона предаја ствари не значи акт закључења уговора, већ акт његовог испуњења.

битног елемента уговора. За разлику од права преткласичног периода, где је форма имала за циљ да ограничи слободу воље уговорних страна, у класичном праву форма је имала за циљ да употпуни, учврсти вољу уговорних страна тако што је омогућавала странама да са већом пажњом анализирају последице правних радњи које предузимају и да схвате какав је значај изјава воље које дају (заштитна функција форме). Уговор не би производио правно дејство у случају да су стране постигле консензус да се уговор закључи у некој од горе наведених форми.

У посткласичном периоду слобода воље уговорних страна није истовремено значила и слободу уговарања. И у периоду Јустинијана важило је правило старог римског права (*nudum pactum non parit actionem*) да прост споразум не рађа тужбу (доказна функција форме). Расподела доказа у спору се извршавала тако што је тужилац требало да докаже оно што тврди. То није било лако код уговора закључених у усменој форми, па се због тога често састављала писмена исправа (*instrumentum stipulationis*) без обзира на то што је уговор био неформалан, што упућује на закључак да је форма и у посткласичном римском праву имала посебан правни значај.¹⁰

Феудално уређење карактеристично за средњи век имало је своје рефлексије и на област закључења уговора. Као последица оваког уређења државе и друштва, производња и трговина су замрле, друштво се вратило на натуралну привреду, а начини закључења уговора су се свели на облике који су били карактеристични за најранији период развоја римског права.

У раном средњем веку, основна форма закључења уговора, „чврста вера“, подсећала је на римски „*per aes et libram*“ због присуства сведока и своје симболике која се огледала у изговарању свечаних речи и симболичној предаји предмета уговора.¹¹ С обзиром на низак ниво писмености, формалне процедуре су биле те које су обезбеђивале правну сигурност. Уговорне стране су биле свесније обавеза које преузимају уговором јер је било потребно да изврше одређене радње и изговоре одређене речи како би облигациони уговор био пуноважно закључен. Са друге стране, религија је била

¹⁰ „У посткласичном римском праву стипулација, најпознатији вербални контракт римског права, добила је свој писани облик чиме је незванично постала литерарни контракт кроз форму *instrumentum stipulationis*. Исправа, ако је била правилно састављена, служила је као доказ да је стипулација правилно закључена, односно, да су биле изговорене свечане речи“. Више о томе: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 340.

¹¹ Како су људи живели на феудима, били су упућени једни на друге, па је усмена реч имала велику тежину.

присутна у свим аспектима друштвеног живота, а црква је имала значајну улогу у друштву, што се одражавало и на област закључења уговора.

У каснијем средњем веку, друштвене и економске прилике су се значајно промениле, што је утицало и на поступак који се захтевао за закључење уговора. Дошло је до развоја градова, повећања нивоа писмености и развоја трговине. Слабљењем феудализма многи ритуали су постали мање значајни и прилагодили се економским и друштвеним потребама. Превагу је добила писмена форма уговора као гарант правне сигурности јер су писмени уговори садржали прецизирана права и обавезе уговорних страна. За примену писмене форме уговора, узор се нашао у римском праву, које је постало основа и узор за регулисање области уговорног облигационог права.

У периоду развоја грађанског друштва, потискивањем феудализма, порастом писмености, проналаском нових континената, развојем тржишне економије и развојем капитализма као новог друштвено-економског система, дошло је до промена на пољу закључења облигационих уговора. Форма уговора све више се ослобађала формалности и нагињала је консенсуалној форми тако што се значај давао слободној вољи уговорних страна. Слобода воље уговорних страна била је један од основних принципа на коме се базирало уговорно право. У овом периоду донети су, на темељу римског права, велики грађански законици (Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, Немачки грађански законик, Швајцарски грађански законик, Српски грађански законик), чији је значајни део био написан по узору на Јустинијанову кодификацију. У свим овим грађанским законцима принцип консенсуализма превладао је над принципом формализма, али је за пуноважно закључење неких облигационих уговора и даље захтевана строжа форма.

У савременом праву принцип консенсуализма има превагу над принципом формализма, што је у складу са принципом аутономије воље као основним принципом на коме се заснива савремено уговорно право.

Слобода воље уговорних страна није апсолутна, већ је најшира правна слобода, што упућује на закључак да, као и најшира правна слобода, трпи одређена ограничења. Једно од ограничења се тиче и посебне форме која се законом захтева као услов пуноважности код одређених уговора.

Мотиви за прописивање строже форме за закључење уговора другачији су у односу на мотиве којима су се водили законодавци римског права. Поред форми за закључење уговора које су постојале у римском праву, развој друштва, правна пракса и савремене технологије изнедриле су нове форме за закључење уговора.

Осим „обичне“ писмене форме, која је постојала и у римском праву, савремено право познаје и „квалификовану“ писмену форму, која, поред сачињавања уговора у писменом облику, подразумева испуњење још неких формалности. Под тим формалностима се подразумева учешће органа јавне власти у сачињавању ових уговора – јавних бележника.

Као последица потребе за усаглашавањем модерне технологије и савремених начина комуникације са постојећим правним нормама, регулисан је један нови начин закључења уговора – закључење уговора електронским путем. Такође, новина коју нам развој рачунарских технологија доноси јесу и такозвани „*smart*“ уговори, који не носе овај назив због повезаности са вештачком интелигенцијом, већ због самоизвршивости као своје најзначајније особине. Ови начини закључења уговора доносе већу флексибилност и убрзавају правни промет, уз поштовање принципа сагласности воља који остаје основни принцип уговорног права.

Научни значај докторске дисертације проистиче из свеобухватне анализе правних прописа и теоријских становишта о форми *ad solemnitatem*, како у римском, тако и у правима других држава и савременом српском праву, док се њен друштвени значај огледа у успешнијем тумачењу формалних уговора савременог права и могућношћу предлагања решења *de lege ferenda* за регулисање правних празнина у овој области, које су последица развоја нових начина склапања правних послова. Анализирајући правила која су важила у римском праву долазимо до једне опште слике о принципима формализма и консенсуализма и њиховој примени кроз време и у различитим друштвеним околностима, што нам може бити од помоћи у изучавању савременог уговорног права и превенцији злоупотреба у овој области права.

Формални уговори су постојали од самог настанка уговорних односа, а постоје и данас, што говори о њиховом значају за друштво и потреби да се, у време када су поново у експанзији, још једном осврнемо на њих.

Истраживањем и анализом форме уговора као конститутивног елемента правног посла бавили су се многи романисти и цивилисти, од којих су најзначајнији *Kaser, Girard, Zimmermann, Eisner, Horvat, Watson* и *Stein*. Са наших простора овом темом су се бавили Аранђеловић, Стојчевић, Пухан, Салма, Перовић, Станојевић и други.¹²

Питањем закључења уговора пред јавним бележницима, закључења уговора електронским путем, као и питањем склапања све популарнијих „*smart*“ уговора, од страних аутора, баве се: *Woebeking, Trnavci, Janssen*. „Оцем смарт уговора“ сматра се *Szabo*.

Међу домаћим ауторима посебно се истичу: Караникић Мирић, Радовановић, Ђурђевић, Ђуровић.

Предмет и циљ докторске дисертације

Предмет проучавања ове докторске дисертације јесте упоредна анализа формалних облигационих уговора у римском и савременом праву. Формалним уговорима сматрају се они уговори за чије се закључење законом или вољом странака захтева и испуњење одређене форме.¹³ Под формом се подразумева облик у коме ће неки уговор бити закључен.

Улога и значај форме мењали су се кроз дугу правну историју. Промене у нивоу формализма права условљене су променом друштвеног уређења, променама економских прилика, развијеношћу трговине, улогом религије и нивоом моралне одговорности за предузете радње. Како су ови чиниоци, који утичу на ниво формализма права једног времена, променљиве категорије, у раду ће бити проучен поменути принцип формализма од његове појаве у римском праву, па све до данашњих дана. Како је овај

¹² Види: *Kaser, Max – Roman Private Law*, A translation by Rolf Dannenbring, Buterworths, 1984; *Girard, Paul Frederic – Manuel elementaire de droit romain*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1918; *Zimmermann, Reinhard – The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996; *Watson, Alan – The Evolution of Law*, The John Hopkins University, 1985; Аранђеловић, Драгољуб – О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш Грађански законик, *Архив за правне и друштвене науке*, Правни факултет у Београду, Београд, 1911; Стојчевић, Драгомир – *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1985; Перовић, Слободан – *Формални уговори у грађанском праву*, Савез Удружења правника Југославије, Београд, 1964; Станојевић, Обрад – *Зајам у историји права*, докторска дисертација, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966;

¹³ Детаљније: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Савез Удружења правника Југославије, Београд, 1964, стр. 26.

принцип замењен принципом консенсуализма у савременом праву, предмет изучавања овог рада у делу који се односи на савремено право биће они изузеци за које закон и данас предвиђа писану форму или форму јавне исправе. У савременом праву, које се сматра и правом информатичког друштва, сусрећемо се са новим начинима закључења уговора и питањем да ли ће и њих теорија и пракса успети да подведу под важећа правила која имају упориште у римском праву или ћемо решења морати да проналазимо на други начин.

Зато је циљ докторске дисертације „Форма *ad solemnitatem* у римском и савременом уговорном праву“ да се на темељу детаљне анализе правила римског права, упоредног и савременог српског права, као и теоријских ставова, укаже на значај конститутивне форме правних послова, а посебно приликом склапања правних послова путем електронских средстава, који су све више заступљени у савременом праву и представљају карактеристику савременог доба.¹⁴ У ту сврху, указаће се како је ово питање решено у оквиру америчког права, са намером да се српска научна јавност потакне да сагледа могућност примене ових решења и у оквиру српског права, у мери у којој она одговарају духу српског уговорног права.¹⁵ Кроз анализу дотаћи ћемо се и онога што је актуелно у овом тренутку, *smart* уговора, који није посебна врста уговора, већ је један нови начин склапања уговора, чиме ћемо учинити скроман допринос науци. Сматрамо да је значајно осврнути се и на ову форму склапања уговора, јер су *smart* уговори – уговори будућности.

Намера је да се, пратећи битну форму, форму *ad solemnitatem*, од њеног настанка до савременог права, укаже на то колико се упоредна права и наше савремено српско право у регулисању ове материје ослањају на римско право, као и у којој мери друштвено-економске околности, култура и религија утичу на превагу принципа формализма или консенсуализма. На основу свеобухватне анализе настојаће се да се

¹⁴ У праву Републике Србије уговори путем електронских средстава су регулисани Законом о облигационим односима и Законом о електронској трговини. Према одредбама ових закона, уговор у електронском облику се дефинише као уговор закључен између пружаоца услуге информационог друштва и корисника услуге, електронским путем употребом електронских средстава. Иако је електронска продаја дуго у употреби (Закон о електронској трговини је донет 2009. године, а измене и допуне овог Закона уследиле су 2013. и 2019. године), експанзију је доживео у време пандемије вируса Ковид 19, када је, због прописаних безбедносних мера од стране држава, које су подразумевале затварање продајних објеката, било отежано закључивање уговора на уобичајен начин. Рад од куће је наметнуо потребу за масовнијим закључивањем уговора путем електронских сервиса и употребом електронског потписа.

¹⁵ Треба напоменути да законодавац већ ради на популаризацији електронске трговине у српском праву, на шта указује и доношење новог закона који регулише електронски потпис, а који у односу на онај који је донет 2004. године има доста поједностављену форму.

докаже значај римског права, његова универзалност, способност Римљана да конципирају правне институте и изведу опште принципе који су вековима касније и даље применљиви на савремене облике уговора.

У том контексту, да би се постигао крајњи циљ ове докторске дисертације и да би се потврдила основна хипотеза рада, неопходно је да се изврши детаљна анализа доступних извора права који датирају из различитих периода развоја првих правних система, посебно у оквиру римског права, а затим и савремених правних система, са посебним освртом на правни систем Србије. Користећи упоредно-правни метод, пажња ће се поклонити и нормативама других држава у овој области. У обављању задатака, ради постизања постављеног циља, користићемо методе које су описане у делу докторске дисертације под називом *Методолошки оквир истраживања*.

Хипотезе и истраживачка питања

Имајући у виду предмет и циљ докторске дисертације, рад на теми започињемо од следећих полазних претпоставки:

– правна правила римског класичног и посткласичног права била су темељ за регулисање оних врста уговора за које се захтева битна форма у првим грађанским законима европских држава XIX и XX века, као и у савременом уговорном праву;

– економске околности – развијеност тржишта и производње у различитим периодима историје и различитим друштвеним контекстима – значајан су фактор који утиче на превагу принципа формализма или консенсуализма приликом закључења уговора;

– друштвено уређење и прилике значајан су фактор који утиче на превагу принципа формализма или консенсуализма приликом закључења уговора;

– религија и религиозност представљају значајан чинилац који утиче на превагу принципа формализма или консенсуализма приликом закључења уговора.

Поред дефинисаних хипотеза, приликом истраживања задате теме настојаћемо и да дамо одговоре на следећа питања:

Да ли су уговорна правна правила, која су важила у римском класичном и посткласичном праву, а захваљујући рецепцији римског права важе и у савременом праву, довољно применљива на нове начине склапања уговора, посебно на оне које намеће развој информационих технологија и незаустављив процес глобализације и у области уговорног права?

Да ли се форма која се користи за закључење електронских уговора сматра формом *ad solemnitatem* или је само нужно условљена начином закључења ових уговора?

Да ли се путем „*smart* уговора“ као једног од начина закључења уговора у будућности могу закључивати и формални уговори савременог права или ће они бити применљиви само за уговоре за које се не захтева посебна форма?

Методолошки оквир истраживања

Предмет овог рада је битна форма облигационих уговора како у римском, тако и у савременом праву. У циљу свеобухватног изучавања овог питања и испитивања постављених хипотеза, у раду ће се примењивати више научних метода.

Основни метод који ћемо да користимо приликом истраживања биће **историјско-правни метод**. Овим методом ћемо испитати еволуцију института који је предмет нашег истраживања кроз тринаестовековну римску правну традицију, преко рецепције римског права најпре у Италији и Француској, а касније и у многим другим правним системима (не само европским), до савременог уговорног права. Пратићемо формализам у области закључења облигационих уговора од његовог строгог облика, када је форма била одлучујућа за настанак уговора, до преваге принципа консенсуализма, принципа који је широко прихваћен у свим савременим правима, уз мања или већа ограничења.

Применом **правно-догматског метода** утврдићемо садржину норми римског и савременог права које регулишу област закључења уговора, а посебно битну форму закључења уговора, која је предмет нашег рада.

Применом **нормативног метода** настојаћемо да испитамо логичку природу норми, елементе из којих се норме састоје, везе ових елемената који их повезују у норме,

да ли је структура норми усклађена са циљем због ког је донета, као и везе које ове норми повезују у систем уговорног права¹⁶.

Како је право друштвена појава, настојаћемо да применом **социолошког метода** укажемо на утицај који су друштвено-економске прилике одређених раздобља имале на садржину норми које регулишу форму закључења уговора, на њихову примену и функционисање читавог уговорног права¹⁷. С обзиром на то да је форма закључења уговора један значајан елемент, који у великој мери утиче на читав правни промет, на његову брзину и ефикасност, указаћемо и на повратни утицај који су промењена правила у овој области имала на правни промет, усмеравајући га ка напретку који је био последица смањења захтева у погледу форме, а у циљу бржег и ефикаснијег испуњења уговора.

Сматрамо да је значајно применити и **телеолошки метод** јер је код битне форме уговора неопходно испитати сврху која се жели остварити захтевом за писаном формом, која се може наћи у закону или која може да произилази из саме воље странака.

Норме које се односе на форму закључења уговора су део једне целине норми облигационог права, те је неопходно да се ове норми анализирају применом **систематског метода**.

У основи свих ових поступака је **индуктивни метод** – то јест индуктивни начин закључивања који се базира на анализи појединачних чињеница, конкретних појединачних случајева, а у циљу проналажења општих закључака. Валидност индуктивног закључивања заснована је на броју истражених норми и чињеница и репрезентативности анализираних чињеница за одређену појаву. У овом раду ћемо покушати да анализирамо потребан број правних прописа и релевантне литературе да бисмо имали могућност да валидно генерализујемо.

У раду ће се користити и **дедуктивни метод**, а у циљу извођења појединачних закључака на основу општих знања.

¹⁶ Види: Лукић, Р. – *Методологија права*, Јустинијан, Београд, 2003, стр. 55.

¹⁷ *Idem*, стр. 56.

С обзиром на то да су многа законодавства прихватила тековине римског права, у раду ћемо се бавити и начином на који су други правни системи извршили рецепцију одредби римског права које се односе на битну форму закључења уговора, а у ту сврху ћемо користити **упоредно-правни метод**.

Применом наведених метода и изучавањем правила која регулишу битну форму закључења уговора у различитим законодавствима, долазимо и до идеја чија нам имплементација може послужити за боље и адекватније регулисање овог питања у српском савременом уговорном праву.

1. ФОРМА *AD SOLEMNITATEM* У РИМСКОМ ПРАВУ

Forma dat esse rei

Формализам представља најупечатљивију карактеристику права старих народа и старог римског права. Као израз потребе за правном сигурношћу, формализам је био заступљен у већој или мањој мери у свим периодима развоја римског друштва и права, као и приликом склапања правних послова *inter vivos* и *mortis causa*.

У римском праву форме правних послова су се класификовале према различитим критеријумима. Према начину испољавања форме, форма је могла да буде: усмена и писмена; према начину настанка: уговорна и законска форма; према дејству: *forma ad solemnitatem* и *forma ad probationem*.

Проучавање врсте и значаја форме правних послова у оквиру сва четири периода у развоју римске државе сложен је задатак. Зато је неопходно да се ово питање истражује кроз призму различитих друштвено-економских прилика у одређеном периоду развоја римске државе и римског друштва. Из тог разлога, предмет истраживања овог рада биће значај и улога обавезне форме (*forma ad solemnitatem*) у развоју римског права, односно да се објасни како је обавезна форма давала смисао правним пословима у оквиру римског приватног права.

Како бисмо стекли бољи увид у начин регулисања форме уговора у римском праву, осврнућемо се и на начине на које је форма правних послова била регулисана у државама старог Истока и старе Грчке.

1.1. Форма правних послова у државама старог Истока

Период старог века карактеришу робовласнички односи, а право пресликава друштвену стварност и отворено изражава неједнакост између слободних грађана и робова.¹⁸

¹⁸ У старом веку, у државама старог Истока, настају први правни споменици у историји човечанства, који су били написани клинописом.

Ниво развијености уговорног права у првим државама Старог континента директно је условљен развојем приватне својине и трговине. Примитивна друштва и архаична права познају основне облигационе односе у облику најједноставнијих уговора – размене, зајма и поклона.

Међутим, Вавилонско царство познаје, поред ових, и многе друге веома сложене уговорне односе за које је потребан виши степен друштвене еволуције, који подразумева појаву новца као средства плаћања.¹⁹ Према речима проф. др Симе Аврамовића, бројни писци су истицали изузетну развијеност одредби Хамурабијевог законика које се односе на облигационе односе, а које се, у поређењу са нормама Закона XII таблица (који је доста млађи) и многим другим законским текстовима старог и средњег века, сматрају далеко напреднијим.²⁰

Када су у питању одредбе Хамурабијевог законика које се односе на форму закључења уговора, с обзиром на казуистичност као једну од основних одлика Хамурабијевог законика, јасно је да оне нису посебно издвојене, већ се помињу од случаја до случаја. Нигде у тексту Хамурабијевог законика не налазимо описане посебне процедуре и свечане речи за закључење уговора, које карактеришу римско право на почетку његовог развоја. За закључење уговора се није захтевао претерани формализам, већ се ценила сагласност воља.²¹ Овакви принципи су били изузетно напредни за право овог периода. Уговори су закључивани усмено у присуству сведока или у писменој форми, на глиненој плочици.

Одредбе члана 7. и члана 9. Законика помињу купопродају ствари и оставу, које се закључују у присуству сведока. Форма закључења уговора уз присуство сведока била је у овим случајевима средство за лакше доказивање постојања уговора.

¹⁹ Вавилонско царство, које по многим својим елементима представља наставак сумерских и акадских држава, нарочито у области права, изнедрило је најдрагоценији траг који је та цивилизација оставила о свом времену, у виду монументалног законика – Хамурабијевог законика. Назван по цару у чије време је донет, овај законик написан је на акадском језику и представља један од најпотпунијих извора старог века. Пронађен је тек 1901. године и чува се у Лувру у Паризу. Увод и закључак су прожети религијом, али је нормативни део у потпуности световног карактера. Иако нема уопштавања и јасне систематике, уочљиве су одредбе брачног, породичног, облигационог, стварног, кривичног, наследног и процесног права. Видети: Аврамовић, С. – *Општа правна историја, I део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације, Београд, 1996, стр. 89.

²⁰ Види: Аврамовић, С. *op. cit.* стр. 87.

²¹ О томе: Николић, Д. – *Упоредна правна историја*, Свен, Ниш, 2005, стр. 59.

Тако се у одредби члана 9. каже да уколико неко жели да се ослободи оптужби да је нешто украо и докаже своју невиност, треба да доведе сведоке у чијем присуству је ту ствар купио.

Одредба члана 122. Хамурабијевог законика предвиђа да се, у случају закључења уговора о остави, односно давању на чување сребра, злата или нечег другог, све што се даје показује сведоцима.

Осим форме закључења уговора која је захтевала присуство сведока и која је била форма *ad probationem*, за неке уговоре је захтевана и писана форма.

У одредби члана 100. користи се израз „забележиће“ када се говори о трговачком путнику који је путовао по земљи и за плату обављао послове у дамкарево име и за његов рачун.²²

Одредба члана 128. предвиђа да се брак склапа писменим уговором, а уколико га нема – брак је ништав. Овај уговор се склапао између младожење и младиног оца или брата (уколико нема оца), што је последица патријархалних схватања која су била заступљена у вавилонском друштву у време доношења Хамурабијевог законика.

Одредбом члана 150. било је прописано да човек који својој жени поклања поље, башту, кућу, женину нудуну имовину, мора о томе да јој изда исправу – таблицу. Одредба члана 151. предвиђа могућност да се жени муж „уговором обавезао и о томе јој је издата исправа“, а одредба члана 165. да човек који свом сину поклања поље, башту, кућу, о томе издаје исправу – таблицу.

На основу наведених одредби видимо да уговори за које се захтева обавезна форма као услов пуноважности, форма *ad solemnitatem*, иако реткост, нису били потпуна непознаница правном систему Вавилонa. У писаној форми су се закључивали најважнији уговори, али њихова форма није морала да буде посебно свечана, већ је било довољно да може да се утврди воља уговорних страна²³.

²² Више о томе: Станимировић, В. – Нови поглед на Хамурабијев законик (II део), *Анали Правног факултета у Београду*, vol. 59, iss. 2, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 91.

²³ Види: Аврамовић, С. *op. cit.* стр. 89.

Уговоре су састављали и писари, који су на крају преко глинене плочице превлачили ваљак са својим именом, што се може сматрати најранијом употребом печата и овере у историји права.²⁴

Исправе које су пронађене толико су сличне да се стиче утисак да су постојали обрасци за различите типове уговора, па је тако уговор о купопродаји садржао предмет уговора, изјаву да је плаћена цена (улогу новца је вршило сребро), изјаву да је предат штапић који је симболизовао власт на ствари која је била предмет продаје, формулу на сумерском језику која је гласила „срце продавца је задовољно“, обавезу странака да неће захтевати да се уговор поништи, клаузулу о евикцији (не увек), имена сведока, датум и печате странака.²⁵ Изјаву „срце продавца је задовољно“ можемо да протумачимо као да има значење да је воља продавца испоштована.

Хамурабијев законик нема одредбе које се тичу тестаменталног наслеђивања. У одредби члана 182. назире се његов зачетак јер се свештеници у храму Мардука у Вавилону оставља могућност да своју заоставштину остави коме хоће.²⁶

За разлику од Вавилонског царства, Египат се одликовао спорим развојем привреде, доминирала је натурална привреда, због чега је развој тржишта дуго био у другом плану. Са овог простора нема сачуваних законика, чему је допринео и материјал на коме су правна правила записивана – папирус.

Египатско облигационо право се, због јаког утицаја религије, одликовало строгим формализмом.

У периоду Старог царства облигационо право се темељило на уговору о трампи. Овај уговор је био карактеристичан за сва архаична права, због неразвијености робноновчане привреде.

Касније су у употребу ушли и купопродаја, зајам, поклон, закуп, остава и уговор о делу. Ови уговори су закључивани усмено, у свечаној форми и уз компликовану процедуру пуну религијских ритуала и са обавезом полагања заклетве, док су касније,

²⁴ Опширније: Станојевић, О. – *Историја политичких и правних институција: Стари исток и Грчка*, Научна књига, Београд, 1991, стр. 84.

²⁵ О томе: Аврамовић, С. *op. cit.* стр. 90.

²⁶ Види: Николић, Д. *op. cit.* стр. 63.

када су уговори постали писмени и ослобођени религије, и даље по форми остали свечани и опширни.²⁷ По речима проф. др Симе Аврамовића, по сложености форме истицао се уговор о промету непокретности.

Изузетно повољан положај жене у Египту довео је и до специфичности у склапању брака у поређењу са античким државама и другим цивилизацијама старог Истока. Жена је сама закључивала уговор о браку, који се, као и развод брака, лако и неформално склапао. Поступак закључења уговора о браку био је без религијских елемената, строго световни, уз скромно породично славље.²⁸

По сачуваним изворима, чини се да египатско право није познавало прави тестамент, али су постојали начини за располагање имовином након смрти, као што су искључење из наслеђа и усвојење. Установа *imit-per* била је врло слична тестаменту јер је њоме могао да се мења законски ред наслеђивања. То је био попис имовине који се сачињавао пре смрти, у коме се за неке делове имовине наводило коме ће припасти после смрти. Форма њеног закључења је подразумевала присуство сведока.²⁹

1.2. Форма правних послова у старој Грчкој

Ни Спарта ни Атина, два најзначајнија грчка полиса, нису оставиле законике из којих би се више сазнало о праву овог доба. Грчки полис Гортина је једини полис чији је законик сачуван. У питању је Гортински законик, правни споменик који представља најстарију сачувану европску кодификацију, као и спону између заосталог спартанског и атинског права.³⁰

Грчко право, а нарочито атинско, рано се ослободило формализма, што је последица развијених трговачких односа, који не трпе компликоване форме које успоравају правни промет.³¹

²⁷ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 73.

²⁸ О томе: Аврамовић, С, Станимировић, В. – *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2023, стр. 87.

²⁹ *Idem*, стр.88.

³⁰ Детаљније: Аврамовић, С. *op. cit.* стр. 89.

³¹ Види: Станојевић, О. – *Зајам у историји права*, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966, стр. 45.

Један од два најзначајнија грчка полиса, Спарта, имала је недовољно развијено облигационо право. Према речима проф. др Драгана Николића, то је било очекивано с обзиром на то да у Спарти скоро да није постојао робноновчани промет. Последица тежње за имовинском једнакошћу Спартанаца била је забрана коришћења злата и сребра, па је новац био од гвожђа и био је врло тежак за преношење, што је такође допринело да робноновчани промет буде неразвијен.³²

У Спарти готово да није било ни размене, која је била својствена готово свим државама на почетку привредног развоја. Спарта није имала успостављене трговачке односе са околним полисима, а Спартијатима је било забрањено да се баве занатством и трговином. Међутим, пошто је перијецима и хелотима било дозвољено бављење трговином и занатством, неки вид облигационих односа је постојао, али о томе нема података због затворености и изолованости спартанског друштва.

После Пелопонеских ратова дозвољено је располагање имовином *inter vivos* и *mortis causa*, што је довело до нарушавања имовинске једнакости Спартанаца, али са друге стране, и до развоја промета.³³

Склапање брака је углавном служило да се обезбеди потомство, па је тако брак склапан у корист заједнице. Обред склапања брака је сачувао племенске остатке и трагове брака отмицом.³⁴ Нема сачуваних прецизнијих података о форми закључења брака.

Располагање *mortis causa* је подразумевало располагање поклоном за случај смрти, док тестаментално располагање имовином није постојало.

Други од два најзначајнија полиса, Атина, разликовао је форме с обзиром на то да ли је брак склапала епиклера.

У случају удаје епиклере, чин склапања брака одвијао се пред државним органима. У осталим случајевима, уговор о склапању брака је, с обзиром на изузетно

³² Више о томе: Аврамовић, С, Станимировић, В. *op. cit.* стр. 98.

³³ Жене су у Спарти имале изузетно повољан положај који се огледао у могућности да имају власништво како на покретној тако и на непокретној имовини. Аристотел сматра да је то што је на овај начин велика површина земљишта припала малом броју људи, од којих је било пуно жена (којима је припала и значајна количина других добара) један од разлога пропасти Спарте. Види више: Аврамовић, С, Станимировић, В. *op. cit.* стр. 98.

³⁴ *Idem.* стр. 99.

неповољан положај жене у атинском друштву, закључиван између младожење и невестиног кириоса (оца или брата). Склапање брака се у ранијем периоду атинске историје одвијало кроз тродневну свечану ритуалну церемонију, са породицом и пријатељима, уз музику и игру³⁵. У класичном периоду је младожења приликом склапања споразума о браку давао вредне поклоне, па се овај уговор могао посматрати и као продаја жене која је представљала предмет уговора³⁶.

Због упућености на трговину и поморство,³⁷ најзначајнији грчки полис, Атина, развио је облигационо право.

Уговори су се закључивали уз просту сагласност воље о битним елементима. За пуноважно закључење уговора нису се захтевале посебне формалности, као што су писана форма или присуство сведока. Писана форма и присуство сведока јесу коришћени на почетку развоја атинског полиса, али њихова сврха није била да задовоље обавезну форму – форму *ad solemnitatem*, већ су служили као доказ да је уговор закључен – форма *ad probationem*. Уговори су углавном закључивани усмено.

Временом су писмене форме почеле да доминирају.

У Атини се одвијао активан робноовчани промет, што је захтевало једноставне форме за закључење најзаступљенијег уговора – уговора о купопродаји. Он је закључиван простом сагласношћу воља продавца и купца о битним елементима уговора. Како би се обезбедила већа доказна снага закљученог уговора, уговорне стране су могле да уговоре строжу форму закључења уговора – писмену форму или да уговор закључе у присуству сведока.

Поред купопродаје, био је врло заступљен и уговор о зајму, закупу и најму. Пракса је била да се уговор о закупу некретнина закључивао у писменој форми иако ово није било изричито прописано³⁸. Поред ових уговора, закључивани су и уговор о остави, послузи и ортаклуку.

³⁵ Опширније: Fürst I. – Положај жене Античке Грчке у брачном и породичном праву, *Весник правне историје*, година I, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, стр. 46.

³⁶ Види: Аврамовић, С. *op.cit.* стр. 98.

³⁷ О томе: Станојевић, О. *op.cit.* стр. 109.

³⁸ О томе: Николић, Д. *op.cit.* стр. 94.

Гортински законик³⁹ је спона између неразвијеног спартанског и развијеног атинског права. У Гортини су, пре него у Спарти, почели да се развијају робноновчани односи и приватна својина којом су могли слободно да располажу и мушкарци и жене, што је условило и развој облигационог права.

Из Гортинског законика закључујемо да су уговори који су закључивани били уговори о купопродаји, поклону и залози. Ови уговори су били углавном неформалног карактера, мада постоје индиције да су закључивани и у присуству сведока⁴⁰.

Нема изричитих одредби које се тичу форме закључења брака, па о њој можемо да претпоставимо на основу положаја жене у друштву. Положај жене у наследном праву, као и положај ћерке наследнице, били су повољнији од положаја жене у Атини. Вероватно је и уговор о закључењу брака склапан без претераних формалности и религиозне церемоније, као и уговори облигационог права⁴¹.

Тестамент се у Гортинском закону не помиње.

1.3. Форма *ad solemnitatem* у римском праву

Историјски развој форме правних послова у римском праву указује на перманентну супростављеност принципа формализма и консенсуализма. Супротстављеност ова два принципа током читавог развоја римског права доводи нас до закључка да принцип консенсуализма никада није однео апсолутну превагу над принципом формализма. За многе правне послове била је предвиђена форма *ad solemnitatem* као услов пуноважности уговора, као изузетак од примене принципа консенсуализма. „Неспорно је да су принцип формализма и консенсуализма у својој супротстављености били одувек условљени на начин да шири домаћај једног принципа ограничава дејство другог, и обратно.“⁴²

³⁹ Гортина је била полис на острву Крит. Крит је био познат као колевка најстаријег и најбољег права, па су често законодавци из других полиса, па чак и римски децемвири приликом израде Закона XII таблица, долазили на Крит како би се упознали са критским правом. Више о томе: *Idem*, стр. 131.

⁴⁰ Сведоци се често помињу у тексту Гортинског законика, на пример у Колумни IX, где у случају смрти лица које дугује или коме се дугује судија пресуђује на основу исказа сведока.

⁴¹ Дух целог Гортинског законика је такав да су уговори неформални, а религија не игра значајну улогу.

⁴² Ђурић-Милошевић, Т. – Јавнобележничка форма уговора у наследном праву, Зборник радова „Услуге и владавина права“, Крагујевац, 2021, стр. 472.

Све до пропасти Римског царства, преовладавао је принцип формализма. Ово је било у складу са неразвијеним друштвеним, својинским и економским односима. Форма је била најбитнији елемент уговора, који је уговору давао смисао. Као таква, у најранијем периоду превасходно је имала сакрални карактер, док је у каснијем развоју римског права дошло до релаксације формалних захтева.

У класичном периоду, као последица развоја робне привреде и либерализације друштва, дошло је до потребе за применом начела консенсуализма у домену склапања правних послова. У правној теорији, начело консенсуализма се посматра као одраз слободе странака да вољно и равноправно обликују своје уговорне односе, што представља један од кључних видова примене аутономије воље. У домену римског породичног права он се најјасније објашњава правилом „*libera matrimonia esse debent*“, ⁴³ док се у домену уговорног права он манифестује кроз примену правила „*solo consensus obligat*“, ⁴⁴ што значи да се уговори закључују на основу сагласне воље страна, која је испољена приликом склапања уговора, без обавезе да се уговор закључи у посебној законом предвиђеној форми. Неформалност се, дакле, јавља као израз учвршћивања воље страна и као резултат слободе уговарања и аутономије воље, за разлику од права преткласичног периода где је формализам служио за ограничавање слободе воље. Увођењем принципа консенсуализма уговорне стране стекле су слободу да сагласност воља манифестују на разне начине: усмено, писмено или другим поступцима којима сагласност воља манифестују посредно или непосредно, али из којих може да се са сигурношћу утврди да она постоји. ⁴⁵

Међутим, иако је појава принципа консенсуализма претпостављала правило по коме сагласност воље није подвргнута никаквој унапред одређеној законској форми, то није значило и слободу у погледу манифестације воље. И према принципу консенсуализма, воља је морала да буде манифестована у неком облику, тј. морала је да има своју спољну манифестацију. Без обзира на то што је уобичајен израз „неформалан уговор“, то не значи да уговор нема никакву форму, већ да је остављена слобода уговорним странама да одлуче у којој форми ће закључити уговор. И управо ова чињеница говори о међусобној условљености ова два принципа права, о њиховом преливању током развоја правне историје, што нам, у крајњем, онемогућује повлачење

⁴³ *libera matrimonia esse debent* – склапање брака треба да буде слободно.

⁴⁴ *solo consensus obligat* – само сагласност воља обавезује.

⁴⁵ Ђурић-Милошевић, Т. *op.cit.* стр.

јасне границе до ког временског тренутка је преовладавао принцип формализма, а од кога преовладава принцип консенсуализма у оквиру дуге историје развоја римског права.

У римском праву форме правних послова су се класификовале према различитим критеријумима. Према начину испољавања форме, форма је могла да буде усмена и писмена, према начину настанка, разликовала се форма која је била предвиђена договором самих уговорних страна и законска форма, а према дејству, односно последицама њеног непоштовања, *forma ad solemnitatem* и *forma ad probationem*.⁴⁶

Последња подела је од највећег значаја за тему овог рада. Уколико је форма предвиђена као битан елемент уговора, тада је било речи о форми *ad solemnitatem*. „Форма *ad solemnitatem* је апсолутни доказ о битним елементима уговора, али у погледу небитних елемената само релативни (обориви) доказ, с обзиром на то да код битне форме споредне елементе стране могу да измене неформалним споразумом, тј. простом сагласношћу воља.“⁴⁷ Предност ове форме састојала се у томе што је садржина уговора могла лакше да се докаже и другим доказним средствима, осим том формом, што није био случај са формом *ad probationem*.

1.3.1. Форма *ad solemnitatem* у преткласичном римском праву

Полазећи од периодизације римске правне историје, историја римског друштва дели се на четири периода. Подела се најчешће заснива, пре свега, на политичком уређењу римске државе. Тако се као први период наводи „доба краљева“, затим период републике, принципат и доба апсолутне монархије – доминат.

Међутим, неки теоретичари, међу којима је и Бартолд Ајзнер, историју Римског царства деле на три периода и са нешто другачијом хронологијом.⁴⁸ Ова подела се у једном делу поклапа са раније наведеном поделом на краљевство, републику, принципат и доминат. Међутим, подела се, према Ајзнеру, врши у односу на правни развој, па ћемо

⁴⁶ Игњатовић, М, Шутова, М. – Класификација правних послова у римском и савременом праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXIV, 2013, стр. 189.

⁴⁷ Салма, Ј. – Нотаријално облигационо право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2012, стр. 93.

⁴⁸ Види: Eisner, B, Horvat, M. – *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948, стр. 14.

је узети као меродавнију за анализирање еволутивног развоја форме *ad solemnitatem* у римском праву.

Римско право подразумева позитивно право које је важило у римској држави од оснивања Рима, 745. године пре нове ере, до смрти цара Јустинијана, 565. године нове ере. Преврат, због кога је дошло до промене државног уређења и преласка из краљевства у републику, и који се узима као граница између прва два периода римске историје према већини теоретичара, није имао утицаја на римско приватно право, па тако нећемо узети овај тренутак као прелазак у други период римске историје, већ ће то бити тренутак после другог пунског рата, када је дошло до економских промена које су условиле и промене на пољу римског приватног права. Из тог разлога у раду ћемо се држати троедобене поделе у развоју римског права, па ћемо следећи ову поделу посматрати развој конститутивне форме у преткласичном, класичном и посткласичном периоду.

1.3.1.1. Друштвено-економске прилике преткласичног периода

Први период обухвата раздобље од настанка Рима до краја Другог пунског рата (754. године пре нове ере – 200. године пре нове ере) и обухвата „доба краљева“ и прва три века републике.

У овом временском периоду римско друштво било је на прелазу од родовско-племенског уређења ка државном уређењу, па класних разлика није било. То је био период тзв. војне демократије, под којом се подразумевао такав облик организовања друштва у коме су изгубљени елементи првобитне заједнице и гентилско уређење, а још увек није изграђено државно уређење.⁴⁹

У најстарије доба развоја римског друштва, римски народ је био подељен на три племена – *Ramnes*, *Tites* и *Luceres*. Племена су била подељена на 30 братстава – курија, а братства на родове – генсове, којих је укупно било 300.⁵⁰ Припадници једног рода су потицали од истог прапретка. Порекло се није могло доказати, већ је постојало само у њиховој свести и изражавано је заједничким гентилским именом – *nomen gentilicis*, а на челу генса је био изборни старешина – *pater gentis*.⁵¹

⁴⁹ О томе: Стојчевић, Д. – *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1985, стр. 19.

⁵⁰ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 17.

⁵¹ Види: *Idem*. стр. 18.

Генсове су чиниле породице – *familiae*. То су биле породице патријархалног типа, са *pater familias*-ом на челу. У почетку су називане *consortium* и имале су велики број чланова. Овакве велике породице су се временом распале на мање, индивидуалне породице, које су биле производне и потрошне заједнице, што значи да су своје потребе обезбеђивале сопственом производњом, док је размена добара била врло скромна.⁵² У наведеној друштвеној организацији опстанак појединца био је могућ само у оквиру неке породичне заједнице, јер је свака породица производила само онолико колико јој је било потребно, па није било новца, а ни производа који би се могли купити, с обзиром да су вишкови произведеног били ретки и служили су само за размену са другим породичним групама.⁵³

Припадници заједнице живели су на земљишту које је било у колективној својини свих чланова генса. Генс је функционисао по принципу затворене кућне привреде – чланови су, бавећи се земљорадњом и сточарством, били у могућности да произведу само онолико колико је генсу било потребно за опстанак. У таквим примитивним економским приликама није могло да дође до развоја трговине, па су самим тим били малобројни уговори којима би се регулисала размена добара. Како новца још није било, као мерило вредности је коришћена стока (*pecus* – отуда за новац израз *pecunia*), а касније бакар и бронза у шипкама са жигом, које је мерио *libripens*.⁵⁴

Овакве прилике у друштву и привреди објашњавају зашто ни право у преткласичном периоду није било на високом степену развоја.

Право је у преткласичном периоду носило све карактеристике примитивног друштва⁵⁵. „У периоду пре настанка државе, постојала су одређена правила понашања која су поштована, пре свега, због страха од религијских санкција јер је религија имала примат и одређивала је поред животних и правне вредности примитивног друштва.“⁵⁶

⁵² Детаљније: Ромас, А. – *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1981, стр. 11.

⁵³ Опширније: Јовановић, М. – *Коментар старог римског ius civile*. Књ. 1, *Leges regiae*, Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2002, стр. 13.

⁵⁴ *Idem*, стр. 27.

⁵⁵ *Ius civile Quiritium* или *ius civile antiquum* Иво Пухан сматра ембрионом у поређењу са каснијим, класичним и посткласичним правом. Пухан, И. – *Римско право: економско-друштвени односи, политичко уређење, извори права, ius quod ad personas, quod ad res et quod ad actiones pertinet*, Научна књига, Београд, 1974, стр. 49. Упркос особинама као што су формализам, примитивност, неразвијеност, право овог периода је почело да поставља темеље за право класичног периода, који се сматра златним добом развоја римске државе и права, између осталог и због права које је у том периоду доживело процват. Осим поменутих особина, најстарије римско право је било и апстрактно, блиско повезано са религијом, сурово, а симболика у гестовима који су се захтевали за закључење уговора је била јасно уочљива.

⁵⁶ О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, Медивест КТ, 2022, стр. 68.

Строга форма која је захтевана за размену добара састојала се у изговарању свечаних речи које су биле услов за пуноважност размене.

Сви правни послови су се закључивали изговарањем речи *sponsio* („обећавам“), која је била чисто религијског карактера и имала је и магијско дејство. Дужник који је изговарао ову реч обавезивао се пред боговима да ће извршити обавезу коју је уговором преузео. „Зато се од овог периода и говорило да стипулација рађа обавезу (*stipulatione obligationem parit*). На тај начин се објашњавала и чињеница да је стипулација била једини правни посао у старом римском праву који се обављао без присуства сведока или неког службеног лица, а да је ипак имала најјаче правно дејство, јер је почивала на узајамном поверењу⁵⁷. „Реч Римљанина је и без сведока за њега закон“⁵⁸.

Током ране Републике дошло је до значајних новина у погледу политичке организације римског друштва, што је било условљено преласком на државно уређење, односно стварањем државе у правом смислу те речи. Органи власти из доба краљева (краљ, Сенат, скупштина) у периоду Ране републике замењени су државним органима власти и то тако што су из претходног периода задржани Сенат и Скупштина, а уместо краља уведена је нова магистратура – претор.

Активност претора довела је до формирања три правна система који су паралелно важили: *ius civile*, *ius honorarium*, који је настао активношћу градског претора (*pretor urbanus*), и *ius gentium*, који је настао активношћу перегринског претора (*praetor peregrinus*). *Ius civile antiquum* или *ius civile quiritorium*, које је важило у периоду краљевства, важило је и у периоду ране републике.⁵⁹

⁵⁷ Фидес је у архаичном и у преткласичном периоду развоја римског права представљао основно начело у свим правним односима у које су Римљани ступали. Част, поштење, поверење и поузданост су биле врлине које су у свести Римљана имале такво место да је њихово кршење било неприхватљиво. О томе: Сич, М. – *Fides* и *bona fides* у процесу стварања римског општег права (*ius gentium*), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, стр. 175. Иако је чин закључења уговора у овом периоду био строго формалан, апстрактност као једна од основних особина овог периода остављала је могућност за бројне злоупотребе. Међутим, управо фидес (из ког се у класичном периоду развило начело бона фидес, које се сматра претечом начела савесности и поштења) био је разлог да се уговори извршавају онако како је приликом закључења и договорено. Римљани нису желели да изазову гнев богова, да вређају култ предака и изазову презир заједнице, па су се строго придржавали начела фидес, које је претежно имало значење „верност датој речи“. О томе: Вулетић, В. – Од *bona fides* до начела савесности и поштења, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVIII, Београд, 1/2010, стр. 260. Обреди који су се предузимали и свечане формуле које су изговаране приликом закључења уговора обавезивале су, а фидес је обезбеђивао испуњење обавезе.

⁵⁸ Види: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 69.

⁵⁹ Види: Јовановић, М. *op. cit.* стр. 17.

У периоду ране републике долази и до друштвеног раслојавања, што је било повезано са стицањем економске моћи. Економски сиромашан слој – плебејци – и њихова борба за политичка права обележили су цео овај период.

Конституисањем Републике долази до раздвајања верских правила (*fas*) и световних правила (*ius*), обичаје је заменило обичајно право, дошло је до појаве норми које нису своје упориште имале у обичајима, јављају се закони у правом смислу речи, које доноси скупштина, предлажу магистрати, а ратификује Сенат.⁶⁰

Након формирања државне организације, владајући слој је обичаје учинио обавезним санкционишући их државном влашћу, а њихово поштовање се обезбеђивало државном принудом.⁶¹ По речима проф. др Марије Игњатовић, примена обичајних правила била је извор сукоба између патриција и плебејаца. Код плебејаца се јављао велики отпор према поштовању обичајног права: патрицији су настојали да сви поштују обичајна правила, док су плебејци то одбијали, захтевајући да обичајна правна правила постану јавна и опште позната, тако што ће бити записана и унапред свима позната. На овај начин би се постигла извесност у примени права, обезбедила би се правна сигурност и спречиле злоупотребе од стране патриција.⁶²

Као резултат борбе плебејаца за бољи статус, почетком републике донет је Закон XII таблица, а затим и Закон *Lex Ogulnia* и *Lex Poetelia Papiria*.⁶³ Доношењем Закона XII таблица, *Lex Ogulnia*, *Lex Poetelia Papiria* и осталих који су допринели бољем статусу плебејаца, омогућено је плебејцима да се равноправније укључе у друштвени и политички живот јер основ за стицање грађанских права у периоду републике више није била припадност генсу, већ економска моћ.⁶⁴

⁶⁰ *Idem*, стр. 18.

⁶¹ О томе: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 70–71.

⁶² Види: *Ibidem*.

⁶³ Закон *Lex Ogulnia*, који је био донет око 300. године пре нове ере, омогућио је плебејцима да обављају свештеничке функције, па је тако већ 254. године пре нове ере плебејац постављен за *pontifex maximus*-а. Због великог утицаја свештеничког staleжа, а самим тим и религије, патрицији су до доношења *Lex Ogulnia* имали монопол над утицајем на укупан јавни и приватни живот Римљана.

⁶⁴ Опширније о томе: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2018, стр. 25.

1.3.1.2. Однос религије и права у преткласичном периоду

У најстаријем периоду развоја римског друштва, у периоду пре настанка државе, страх од религијских санкција је осигуравао поштовање норми.⁶⁵ Религија је имала примат у примитивном друштву, после ње је долазила етика, а тек на крају обичајно право.⁶⁶ Римљани су са цивилизацијским и културним развојем дошли до спознаје да, поред норми које диктирају божанске силе, постоје и оне које стварају људи.⁶⁷

„Сви примитивни народи, на почетку свог културног развоја, повезују право са религијом, па је то случај и са Римљанима. Римско право у „доба краљева“, често се карактерише као примитивно и уско повезано са обичајима и религијом. Иако су Римљани успели да раније него други народи одвоје право од религије, религија је, и после одвајања правних правила – *ius* од верских правила – *fas*, нашла начина да утиче на римско право и на његов развој у преткласичном периоду.“⁶⁸

Римско право из овог периода било је под снажним утицајем два фактора. Пре свега, то је био магијско-религијски утицај, који се огледа у нормама званим *fas*, које су садржале божанске прописе. Ове норме су биле религијског карактера, а како су сакрална правила била строго формална, формализам је овим путем продро и у римско право.⁶⁹

У рано доба развоја римске државе, а самим тим и права, *fas* је обухватао широко подручје – односе Римљана са странцима, кривична дела, усвојење, разне уговоре, утврђивање граница, склапање брака (брак је закључиван у присуству Јупитеровог свештеника (*flamen Dialis*)). Све ове области су биле уско повезане са религијом. *Fas* је

⁶⁵ Римљани су били веома практични и сматрали су да божанства морају да служе људима. Али ипак, „стари Римљани су се трудили да увек живе у слози са својим боговима, да не изазивају њихов бес (*ira deorum*), једном речју да живе са њима „у миру“ (*pax deorum*)“. Види: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010, стр. 56. „Временом се дошло до уверења да одређени акти, који се стално понављају приликом закључења одређених правних послова везују странке магијско-религијском везом, односно да производе одређено магијско-религијско дејство“. О томе: Аличић, С. – *Форма правног посла у Гајевим институцијама, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2006, стр. 136.

⁶⁶ Види: Игњатовић, М. – *Практикум за римско право*, ГИП Пунта, Ниш, 2013, стр. 16.

⁶⁷ Види: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 56.

⁶⁸ Види више: Косановић, Н. – Однос права и религије у старом Риму, *Религија и толеранција*, vol. XII, No 22, Центар за емпиријска истраживања религије, Нови Сад, 2014, стр. 346. У процесу развоја римске државе, као и римског права, религија је имала значајну улогу. Религијска питања нису била одвојена од политичког живота: сви највиши магистрати су осим световних имали и верске функције. О томе: Машкин, А. Николај – *Историја старог Рима*, Научна књига, Београд, 1997, стр. 108.

⁶⁹ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 49.

правилима давао ванправну потпору и помагао да људи у свакодневном животу поштују норме и обичаје.⁷⁰

Са друге стране, постојала су световна правила – *ius*. Не може се направити јасна разлика између ових двеју врста норми, управо због велике присутности религије у животу старог Рима, као и због порекла световног права (*ius*) из црквених правила (*fas*). Поред тога, римски правници су употребљавали израз *ius* и за означавање верских, сакралних правила. Тако се у изворима појављује *ius sacrum* или *ius pontificium*. Са друге стране, и израз *fas* се не употребљава само у свом основном значењу, већ се користи и за означавање оног што је уопште допуштено, било по закону или по прописима и начелима вере.⁷¹

Ius non scriptum, обичајно право уско повезано са религијом, пред крај периода краљевства замењено је писаним правилима, краљевским законима, који су познатији као *leges regiae*. Збирка ових закона носила је назив *Ius Papirianum*, по првом републиканском *pontifex maximus*-у Папириусу, који је наводно био њен доносилац. Иако различити извори доносе различита сазнања о настанку ових закона, као и доносиоцу, а неки и негирају постојање ових закона, од римских писаца сазнајемо да се углавном радило о правилима сакралног карактера и архаичног изгледа, која су се односила на *ius sacrum* и жртвени ритуал. И у одредбама које су биле приватно-правног или кривичног карактера била је јасно уочљива веза са сакралним правом.⁷²

О повезаности права и религије у овом периоду сведочи и бављење свештеника правом. „Недовољно развијена свест о многим, како природним, тако и друштвеним

⁷⁰ Детаљније: Бујуклић, Ж. - *Форум романум – римска држава, право, религија и митови*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 639.

⁷¹ Тако се говори у Дигестама „...*Sed loco sacro vel religioso vel sancto interveniente, quo fas non sit uti, nulla eorum servitus imponi poterit.*” (D. 39, 3, 17, 3). Иако је овде реч *fas* употребљена тако да има везе са религиозним садржајем, ипак њено место у реченици не указује на употребу речи *fas* у њеном основном значењу, већ се из контекста реченице може закључити да означена синтагма у којој је употребљена реч *fas* овде има значење „није у реду“. У Дигестама наилазимо и на пример коришћења речи *fas* ван било каквог религијског контекста: „*Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: „cum servus erit“, quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare.*” (D 18, 1, 34, 2) О томе: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* str. 7.

⁷² О томе: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* str. 44; као што је већ поменуто, неки теоретичари негирају постојање ових закона у доба краљева, већ сматрају да се ради о компилацији која је настала пред крај републике, или на почетку периода Царства, на основу података из архива понтифика, а не у куријатским народним скупштинама. До овог закључка долазе на основу тога што је народним скупштинама било забрањено доношење закона из области вере и религије, као и на основу тога што правни писци из доба републике нигде нису помињали законе под називом *Ius Papirianum*. Међутим, не може се негирати да су у овом периоду постојала нека општеобавезна правила и да су њихови трагови сачувани. Детаљније: Јовановић, М. *op. cit.* стр. 19.

појавама, јачала је веру (*fides*) и улогу свештеника (*pontifices*), чији се утицај истовремено ширио из храмова, сталним позивањем на поштовање богова. На тај начин, настојало се да се успостави контрола над понашањем припадника заједнице, над поштовањем задате речи и над решавањем њихових спорова”.⁷³ Доминантна улога свештеника може да се објашњава и чињеницом да у најстаријем периоду развоја римског права још увек није постојала јасна разлика између људског и божанског права, односно *ius humanum* и *ius divinum*. Такође, у најстаријем периоду развоја Рима и правне науке још увек нису постојали људи вични праву. Тај правнички staleж формиран је тек касније развојем римске државе. Зато су до њиховог појављивања ову улогу у римској држави вршили свештеници.

Свештеничку функцију вршили су римски грађани делегирани од стране државе. Врста тих службеника били су и *fetiales*, који су били одговорни за уговоре, посебно са другим државама. У својим рукама свештеници су имали како црквене формуле – *carmines*, тако и формуларе за правне послове и за поступање пред судом – *legis actiones*. Збирке формула и обредних прописа чувале су се у *libri pontificales* и биле су доступне само свештеничком слоју. Сувереност свештеника над збиркама формула објашњава се потребом за одржавање народа у положају зависности. Свештеници су били једини чувари формула за склапање правних послова и за покретање судског поступка, па су грађани били приморани да се њима обраћају за помоћ. Свештеници су познавали формуле на основу којих би се предузимали одређени послови и те формуле су биле доступне само одабраном слоју грађана, у првом реду патрицијима. Тако су утуживи били само послови за које је унапред била прописана формула, а уколико та формула није била у потпуности испоштована, долазило је до ништавости предузетих аката.

Међутим, пред крај ране републике дошло је до значајних ограничења „монопола“ свештеника над формулама и правним знањима. Ограничење суверености свештеничког слоја започиње доношењем Закона XII таблица, којим је обнародовано римско материјално право широким друштвеним слојевима.

Доношење Закона XII таблица био је први корак у смањењу утицаја религије на римско право. Па ипак, десета таблица Закона посвећена је *ius sacrum*-у, односно духовном праву. У десетој табlici Закон говори о религијском обреду сахрањивања. С обзиром на то да је ова кодификација Римљана скромног обима, као и то да, на пример,

⁷³ Види: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 16.

не садржи одредбе које уређују кривични поступак, издвајање целе таблице за регулисање обреда сахрањивања говори о томе да је религија играла значајну улогу и у овом периоду римске историје.

1.3.1.3. Закон XII таблица

Закон XII таблица је, као што је речено, био последица борбе плебејаца за политичка права у односу на патриције. За њих је била посебно значајна одредба прве таблице у којој се наводи да ће за све важити исто право – „за презадужене (особе у нексуму) и у манципијуму, за угледне и клијенте“.⁷⁴

За предмет истраживања овог рада значајне су одредбе из области уговорног права, којих нема пуно, што је разумљиво с обзиром на ниво развијености ове области. Међутим, ово не значи да се у периоду доношења Закона XII таблица, ствари нису поклањале, трампиле, давале другима на коришћење или чување, само су ти споразуми били засновани на обичајима, моралу, религији и због тога нису били део правне регулативе.⁷⁵ Још увек није било развијеног правног промета у тој мери која би захтевала детаљније законско уређење.

О самом поступку закључења уговора у Закону XII таблица не налазимо посебне одредбе, али о томе који начини су коришћени за размену добара сазнајемо из прве одредбе шесте таблице, где се помињу нексум и манципација, као и из одредбе шесте таблице VI тачка 5. у којој се наводи да: „Закон XII таблица признаје и манципацију (*mancipatio*) и *in iure* цесију (*in iure cessio*)“.⁷⁶

Још неке детаље о томе како изгледа сама форма закључења уговора сазнајемо посредно из одредби које регулишу друге односе. На пример, у таблици VIII, тачка 22. каже се да „ко се прихватио за сведока или да буде мерач са вагом (*libripens*), па (о томе) не сведочи, нека буде нечастан и без права да прави тестамент“.⁷⁷ Из ове одредбе сазнајемо да је у овом периоду закључење уговора у форми *per aes et libram* било уобичајено, као и то колико је била значајна улога сведока.

⁷⁴ Детаљније: Николић, Д, Ђорђевић, А. – *Законски текстови старог и средњег века*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011, стр. 41.

⁷⁵ Види: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 352.

⁷⁶ Николић, Д, Ђорђевић, А. *op.cit.* стр. 44.

⁷⁷ *Idem*, стр. 46.

Одломци Гајевих Институција који су пронађени 1933. године у Египту донели су нова сазнања о стипулацији, за коју се веровало да се појавила касније, али се из ових одломака сазнало да је Закон XII таблица познавао склапање правног посла на основу дате речи (*sponsio*).⁷⁸

1.3.1.4. Форма *ad solemnitatem* у праву преткласичног периода

У преткласичном римском праву форма је била најбитнији елемент уговора (*forma dat esse rei*). Непоштовање форме производило је ништавост правног посла. Важило је правило да прост споразум не рађа облигацију (*ex nudo pacto, obligatio non nascitur*), па је сагласност воља уговорних страна морала да буде изражена у прописаној форми.

У преткласичном римском праву, генерално посматрано, заступљене су биле две круцијалне форме за склапање правних послова. Форма је могла да се састоји у изговарању свечаних речи (*sponsio*) и у симболичним гестовима и јавним изјавама датим у присуству сведока.⁷⁹ Најчешћа форма била је манципациона форма *per aes et libram*.

1.3.1.4.1. Манципациона форма *per aes et libram*

Манципација је једна од установа римског права о којој је највише расправљано у току 20. века, када је више теорија покушало да објасни њену природу, оригиналну функцију и везу са *res mancipi*.⁸⁰ Назив ове апстрактне форме за закључење уговора потиче од израза *manu capere*, што у буквалном преводу значи ухватити руком, а односи се на стицање власништва на ствари. „Манципација је формалистички уговор најстаријег права који је служио за размену еквивалената; није била ништа друго него реална купопродаја, односно купопродаја која је настајала и била извршавана истовремено“.⁸¹

У Закону XII таблица манципација се помиње заједно са нексумом, како би се законски прописала обавезна снага нункупације, односно изговорених свечаних речи, за пуноважност уговора. Ово је било неопходно с обзиром на то да су формалне послове

⁷⁸ Види: Eisner, B. Horvat, M. *op. cit.* str. 46.

⁷⁹ Видети: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 326.

⁸⁰ Више о поменутих теоријама видети код: Perelló, C.F.A. – Problems concerning mancipatio, *The Legal History Review* 80, 2012, str.329

⁸¹ Пухан, И. – Римско право: економско-друштвени односи, политичко уређење, извори права, *jus quod ad personas, quod ad res et quod ad actiones pertinet*, Научна књига, Београд, 1974, стр. 297.

почели да закључују, поред Римљана, и странци, којима религијске санкције нису представљале мотив за испуњење предузете обавезе. Прописивањем правила „како изговоре речи такво нека буде право“ утемељена је категорија вербалних уговора у римском праву, која се касније одвојила од сложене форме *per aes et libram* и самостално чинила једну форму закључења уговора.⁸² За разлику од нексума, који је ишчезао након доношења закона *lex Poetelia Papiria*, манципација је наставила да живи и у класично доба римског права.⁸³ Иако је у овом периоду већ била уведена консенсуална форма, манципација је и даље коришћена за стицања квинтиске својине, све док у време Јустинијана подела на *ius Mancipi* и *ius nec Mancipi* није постала превазиђена те ју је заменила традиција (*traditio*).⁸⁴

Према правилима форме *per aes et libram* захтевало се да се правни посао склопи искључиво на римском Форуму у присуству обе уговорне стране, мерача са вагом (*libripens*) и пет сведока. Приликом склапања правног посла уговорне стране су изговарале тачно прописане свечане речи у присуству сведока, а мерач са вагом је симболичним жестом констатовао да је склопљен правни посао. Посао се сматрао склопљеним оног тренутка када су то констатовали и сведоци давањем свечаних изјава.

Правни послови који су се склапали у форми манципације (*per aes et libram*) били су заступљени у домену статусног, породичног, наследног, стварног и облигационог права. То су били следећи послови: манципација у поступку довођења жене под манус мужа (*coemptio*), манципација у поступку замене жениног татора (*coemptio tutelae evitandae causa*), ослобађање лица *alieni iuris* власти патерфамилијаса (*emancipatio*), манципација у поступку усвојења лица *alieni iuris*, манципација у поступку раскидања усвајања, манципација у поступку ослобађања жене од власти мужа, манципација у поступку предаје детета у манципијум, манципација у поступку предаје сина или роба по деликтном основу, манципација у поступку закључења нексума, састављање тестаментa у манципационој форми *per aes et libram* и склапање одређених уговора у манципационој форми.

⁸² Јовановић, М. – *Коментар старог римског ius civile*. Књ. 2, Закон XII таблица (I-VI), Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007, стр. 302.

⁸³ „elle occupe le premier rang en droit classique“ Girard, P.F. – *Manuel Élémentaire de droit romain*, Paris, 1918, стр. 292.

⁸⁴ О томе детаљније код: Пухан, И. *op. cit.* стр. 298.

1.3.1.4.1.1. Промена статуса лица путем манципације (*mancipatio*)

У преткласичном периоду основна ћелија римског друштва била је породица са шефом породице на челу (*pater familias*). Као носилац породичне власти (*patria potestas*) шеф породице (*pater familias*) одлучивао је о свим важним питањима везаним за опстанак породице. У његовој власти били су сви чланови породице лица *alieni iuris*, законита супруга и робови. О статусу наведених лица *pater familias* је једнако одлучивао као што је одлучивао и о располагању имовином заједнице.⁸⁵

Суверена улога патерфамилијаса у преткласичном периоду указује на то да се већ у првим данима развоја римског друштва направила јасна разлика између подручја приватне власти породичног старешине и јавне власти оличене у улози краља (*rex-a*),⁸⁶ односно магистрата у првим вековима Републике.⁸⁷

Доминантна улога шефа породице у преткласичном периоду развоја римског права конкретно је значила да је у домену статусног права шеф породице (*pater familias*) давао правни субјективитет рођеном детету, да је одлучивао о питањима склапања брака, именовању татора, ослобађању од очинске власти (*patria potestas*), о усвојењу, раскиду усвојења, ослобађању жене од власти мужа, о предаји лица *alieni iuris* у манципијум, о предаји сина или роба по деликтном основу, о дужничком ропству.⁸⁸

⁸⁵ С обзиром на то да је суверено уређивао односе у породици, заједница је у патерфамилијасу видела и ствараоца правила понашања. Он је био *persona sui iuris*, лице које живи по свом праву. Према Орестану, већ у најстарије време била је прихваћена *patria potestas pater familias-a*, као и његова супериорност у поступку усвајања деце, признавања детета за законито, склапања манус брака, *mancipium*, *hereditas*, *vindicatio*, *manus iniectio*, талион, *obligatio*. О томе: Orestano, R. – *I fatti di normazione nell'esperienza romana antica*, Torino, 1967, р. 62–63; Старешина породице је у најстаријем периоду развоја римског друштва имао доминантан положај, што је било последица ниског степена развоја производних снага. Други основ патерфамилијасове власти и ауторитета у овом периоду развоја римског друштва била је религија и њен утицај на све сфере друштвеног живота. Опширније: Маленица, А. – *Манципација у Гајевим институцијама*, Нови Сад, 2023, стр. 58.

⁸⁶ Краљ (*rex*) био је врховни војсковођа у ратним походима и током одбране града. У периодима мира обављао је послове везане за војне активности и одржавање реда и мира у граду.

⁸⁷ Идеја да уз јавну власт постоји и власт шефа породице одржала се до краја историје Рима. Промене које су настале у римској економији у великој мери су се одразиле и на односе унутар породице. У повољнијим условима живота патерфамилијаси су еманциповали децу, пре свега синове, па су тако у једном домаћинству све чешће живели само родитељи са децом. Тиме је дошло до преваге крвног сродства над агнатским сродством. Ту промену је пратило и право, у првом реду наследно, где је, у другом периоду Републике, уведено ново правило интестатског наслеђивања према коме су крвни сродници позвани на законско наслеђивање пре агнатских. Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 57–58.

⁸⁸ „Према једном од фундаменталних концепта римске породице, као што је жена, правно гледано, постојала само преко мушкарца, који би је признавао за ћерку, супругу, мајку, тако је и дете фактички и правно постојало тек по признању од стране оца породице (*pater familias-a*). То је значило да правни субјективитет детета није био нужно одређен рођењем, већ да је на њега утицао низ фактора (у првом реду да ли је дете могло да се прогласи наследником на темељу пола или не)“. Опширније: Игњатовић, М. –

У домену наследног права воља патерфамилијаса је била једино меродавна приликом састављања две врсте тестаментa (*testamentum calatis comitis* и *testamentum per aes et libram*).

У домену стварног права његова улога се огледала у преносу права квинитске својине на стварима *res mancipi*, а у циљу очувања привилегије римских грађана да само они буду власници непокретности на подручју Италије.⁸⁹

У домену облигационог права његова улога била је суверена. Да би неки правни посао могао да произведе дејство, морао је да буде склопљен од стране патерфамилијаса.

У свим наведеним гранама права, осим у облигационом праву, манципациони поступак био је најважнији инструмент и по потреби је комбинован са свечаним поступком ослобађања пред магистратом (*manumissio vindicta*).

Због обимности рада, као и ради лакшег праћења и изучавања форме *ad solemnitatem* у свим периодима развоја римског права, наше истраживање ће се ограничити само на конститутивну форму у оквиру приватног права, што не значи да она није постојала као битан елемент правног посла и у домену римског јавног права.

Манципација у поступку довођења жене под манус мужа (*coemptio*)

У преткласичном римском праву, с обзиром на доминацију принципа формализма, брак, као и сваки други правни посао, морао је да буде склопљен у законом прописаној форми. Обавезна форма (форма *ad solemnitatem*) за склапање брака била је један од услова за пуноважни римски брак.

Постојале су три форме склапања римског брака: *confarreatio*, *coemptio* и *usus*. Од наведених форми манципација је била присутна у форми *coemptio*, док је форма *confarreatio* била религијске природе. Форма *usus* је изведена из форме *coemptio* и представљала је неформалан начин склапања брака за који нису важиле строге форме.

Capacitas iuridica и *status familiae* у римском праву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 78, година LVII, 2018, стр. 221.

⁸⁹ Строга манципациона форма која је подразумевала пренос права својине на римском Форуму у присуству сведока и мерача са вагом задржала се релативно кратко у историји римског права. Са једне стране, апстрактна форма *per aes et libram* кочила је брз развој правно-економског промета, другим речима отежавала је склапање трговачких послова. Са друге стране, доношењем Каракалиног едикта свим становницима Римског Царства признат је статус римског грађанина.

Coemptio је била свечана форма склапања брака са *manus*-ом и одвијала се у виду фиктивне продаје младе од стране њеног *pater familias*-а. Брак склопљен у форми *coemptio* подразумевао је поступак симболичне (фиктивне) куповине младе (*per aes et libram*).

Чин симболичне продаје одвијао се на римском Форуму, а чину су поред преносиоца и стицаоца присуствовали и службени мерач са вагом (*libripens*) као и најмање пет сведока – пунолетних римских грађана. Осим њих, чину склапања брака су присуствовали и *pater familias* младе и младожење. Уколико је млада била лице *sui iuris*, чину склапања брака је присуствовао и њен тутор.

„Када се узме у обзир да за пуноважни акт коемпције није било довољно присуство пет сведока пунолетних римских грађана као при прибављању својине на робовима и другим стварима *res mancipi*, чини се да је дозвољено поставити хипотезу да је муж приликом коемпције нункупацијом саопштавао да се тај посао *per aes et libram* обављао да би жена дошла под манус и да је Гај то имао у виду када је написао да постоји разлика између формуле манципације којом се стиче власт над робом и формуле коемпције којом се стиче власт над женом“.⁹⁰

Gaius, 1.113. *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus civibus romanis puberis, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum convenit.*⁹¹

Гај, 1.113. *Коемпцијом пак доводе жене под манус путем манципације, тј. путем неке врсте привидне продаје: наиме, у присуству најмање пет сведока, пунолетних римских грађана, и мерача с вагом, купује жену онај под чији се манус доводи.*

У таб. 6.1. Закона XII таблица стоји: „Када обави нексум и манципијум, како је речима свечано објавио, такво нека буде право“, из чега можемо да закључимо да су прилагођавања манципационе формуле била могућа већ у Закону XII таблица.⁹²

Приликом чина склапања брака будући супружник је постављао питање „*quae nam vocaretur*“: „Свечано постављање питања од стране будућег супружника могло је да значи да је младожења привидном куповином младе стицао жену од ње саме, али не као

⁹⁰ О томе: Маленица, А. *op.cit.* стр. 66.

⁹¹ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 65.

⁹² О томе: Маленица, А. *op. cit.* стр. 66.

својину, него као домаћицу (*mater familias*). У том случају могло је да буде уговорено да, у браку склопљеним у форми *coemptio*, жена има своју властиту имовину“.⁹³

„Међу правницима постоји дилема око тога да ли је форма *coemptio* била реликт старог обичаја куповине жена или је то само пука цивилно-правна форма коју су створили свештеници по угледу на свечани, формалистички начин преношења својине на стварима из групе *res Mancipi* (*mancipatio*).“⁹⁴

Манципација у поступку замене жениног татора (*coemptio tutele evitandae causa*)

Осим приликом склапања пуноважног римског брака, форма манципације у виду привидне куповине (*coemptio*) важила је и у случају замене жениног татора.

У преткласичном римском праву постојала је установа таторства над женама. Поред ње, постојала је посебна установа таторства над децом. Наведене установе уводиле су се над женама и децом у случају да нису имали живог патерфамилијаса.

Таторство над женама (*tutela mulierum*) уводило се због женине урођене лакомислености.⁹⁵ То је значило да, иако је жена била лице које живи по свом праву, лице *sui iuris*, односно да је из различитих разлога ослобођена очинске власти (било да је преминуо или је погубљен на бојном пољу, или се о њему не зна ништа за период од годину дана од дана нестанка), према одредбама старог римског права (*ius civile*) без одобрења законског татора она није могла да склопи манус брак, да пренесе својину пред претором у поступку *in iure cessio*, да отуђи ствари *res Mancipi*, да свечано опрости дуг (*acceptilatio* и *solutio per aes et libram*), установи службеност, ослободи роба, сачини тестамент, прими наслеђе, као ни да учествује у легисакционом поступку, управо због њене урођене карактерне особине и самим тим неумећа у управљању имовином. Из тог разлога жена је према одредбама старог права и Закона XII таблица морала да има татора.

Међутим, једном именовани татор није нужно морао заувек да буде татор. Још је старо римско право – *ius civile* познавало случајеве замене жениног татора. И за замену

⁹³ Опширније: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 162-164.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Видети: *Idem*, стр. 197.

жениног татора, као и за сам чин склапања брака са манусом, важила је обавезна форма манципације у виду *coemptio*.

Њу детаљно описује Гај у својим Институцијама.

*Gaius, 1.114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo. Scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae: quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*⁹⁶

Гај, 1.114. Али, жена може да изврши коемпцију не само са својим мужем већ и са неким другим лицем. Зато се каже да се коемпција јавља на основу брака или фидуције. За ону коемпцију коју је обавила са мужем, да би уз њега била у положају кћери, каже се да је коемпција закључена на основу брака. За ону пак коемпцију коју је обавила због неке друге ствари, било са мужем било са неким другим лицем, на пример да би избегла постојеће таторство, каже се да је коемпција обављена на основу поверења.

*Gaius, 1.115. Quod est tale: si quae velit quos habet tutores reponere et alium nancisci, illis tutoribus auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipatia ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissia incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferioribus apparebit.*⁹⁷

Гај, 1.115. То се овако чини: ако нека која има таторе жели да изврши замену и добије другог, уз сагласност тих татора обави коемпцију. Затим реманципована од коемпционатора онеме кога сама жели и од њега ослобођена итапићем почиње да има за татора тог од кога је ослобођена. Овај татор се назива фидуцијарни као што ће се даље видети.

На основу наведеног може да се уочи да је поступак замене жениног татора имао три фазе. Прву, где је привидни купац, коемпционатор узимао жену у манципијум од њених татора. Другу, у којој је долазило до реманципације жене од стране татора кога

⁹⁶ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 64.

⁹⁷ *Ibidem*.

је желела. И трећу, у оквиру које је нови тотор у поступку манумисије са штапићем (*manumissio vindicta*) ослобађа, чиме постаје њен нови тотор.

У наведене три фазе замене тотора, строга и свечана форма *per aes et libram* примењује се два пута: при коемпцији и реманципацији.⁹⁸

Ослобађање лица *alieni iuris* власти патерфамилијаса (*emancipatio*)

Еманципација је представљала поступак у коме је престајала *patria potestas pater familias*-а. До еманципације је долазило на основу воље *pater familias*-а. „Отац је могао да отпусти сина из *patriae potestas* правним послом који се називао *emancipatio*.“⁹⁹

Примена манципационе форме у оквиру статусног права на најјаснији начин може да се уочи анализом управо еманципације као института римског права. У поступку *emancipatio* мушкарац (син) три пута се фиктивно продавао купцу. Купац је обично био пријатељ *pater familias*-а. Овај поступак се одвијао пред претором. Када је био у питању престанак *patria potestas pater familias*-а над ћерком, довољна је била једнократна привидна продаја.

*Gaius, 1.132. Praeterea emancipatione desiunt liberi in potestatem parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: „SI PATER FILIUM TER VENUM DU (UIT) FILIUS A PATRE LIBER ESTO“. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumitti; eo facto revertitur in potestatem partis; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii – sed in usu est idem mancipari – isque eum postea similiter vindicta manumitti; eo facto rursus in potestatem patris revertitur; tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii – sed hoc in usu est, ut idem mancipetur – eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipi. 132a. – feminae una mancipatione exeunt de patris potestate.*¹⁰⁰

⁹⁸ Из Гајевог теста се то не види, али је извесно да је овом поступку претходио женин споразум са коемпционатором (*pactum fiduciae*) да ће одмах бити реманципована или ослобођена. Детаљније: Маленица, А. *op.cit.* стр. 69.

⁹⁹ *Emancipatio* је био обрнут процес од *adoptio* (усвојење), процеса у коме је лице *alieni iuris* добијало положај лица *sui iuris*. О томе: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 190.

¹⁰⁰ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 70.

Гај, 1.132. Деца престају да буду у родитељској власти и еманципацијом. Али син, наравно, путем три манципације, а остала деца, било мушког рода било женског, једном манципацијом излазе из родитељске власти, јер Закон XII таблица овим речима говори о три манципације само кад је реч о сину: АКО ОТАЦ ТРИ ПУТА ПРОДАЈОМ ПРЕДА СИНА, НЕКА СИН БУДЕ НЕЗАВИСАН ОД ОЦА. Та ствар се обавља: отац некоме манципује сина, он га ослобађа итапићем, због чега се син враћа под очеву власт; он га поново манципује било истом или другом – али обично се манципује истом – а он га затим на исти начин ослобађа итапићем, тиме се поново враћа под очеву власт; трећи пут отац манципује истом или другом – али је уобичајено да се манципује истом – и овом манципацијом престаје да буде у очевој власти, чак и ако још није манумитован, већ је и даље у манципијуму....132а. ... женска лица једном манципацијом излазе из очеве власти ...

Поступак *emancipatio*, који је био правно уобличен Законом XII таблица, одвијао се на начин што је отац продавао сина неком трећем лицу, најчешће пријатељу.¹⁰¹ Купац би после сваке продаје ослобађао сина путем манумисије у поступку *manumissio vindicta*. Код треће продаје, отац се унапред договарао са купцем да купац не ослобађа сина, већ да га преда оцу у манципијум.

Предајом оцу у манципијум, отац је добијао могућност да ослободи сина своје власти и да на тај начин стекне над сином квазипатронска права, слична оним која је имао патрон над својим ослобођеником (да може да наследи у случају синовљеве смрти).¹⁰²

Манципација у поступку усвојења лица *alieni iuris*

У преткласичном римском праву *patria potestas pater familias*-а могла је да се установи не само природним рођењем већ и на основу искључиве воље *pater familias*-а укључивањем у породицу оних лица која су рођена изван породице, путем усвојења.

¹⁰¹ Манципациони поступак ослобађања чланова породице од патерфамилијасове власти уведен је у право тумачењем одредбе Закона XII таблица: „Ако отац три пута преда сина, нака син буде независан од оца“. Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 82.

¹⁰² Иако је у старом римском праву институт *emancipatio* најпре био дефинисан као казна за непослушно дете, у класичном праву, са развојем друштвено-економских односа, *emancipatio* је постао начин осамостаљивања сина (*filius familias*-а), ослобађањем од очинске власти. Види: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 191.

„Заснивањем усвојења између усвојитеља и усвојеника настајао је однос који је био сличан односу родитеља и деце (*adoptio naturam imitatur*)“.¹⁰³

Разликовале су се две врсте усвојења: адрогација (*adrogatio*) и адопција (*adoptio*).

Текст Гајевих Институција говори у прилог манципационе форме у поступку усвојења лица *alieni iuris* у случају адопције (*adoptio*).¹⁰⁴

*Gaius, 1.134. -2- et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non indicante a praetore vindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est; sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri.*¹⁰⁵

Гај, 1.134. -2- (реконструкција два недостајућа реда) *Осим тога, престаје власт родитеља над децом коју су дали другом на усвојење. Ако се даје на усвојење син, обављају се три манципације и између њих две манумисије, и то обично бива као да га отац отпушта из власти да би постао sui iuris. Затим, или се оцу реманципује, па га од њега виндицира пред претором онај који усваја, тврдећи да је син његов па се син, како отац не указује на супротно, од стране претора додељује ономе који виндицира; или се не реманципује оцу, већ виндицира онај који усваја пред оним који је у трећој манципацији. Међутим, извесно је да је једноставније реманциповати оцу. За остала лица која се убрајају у децу, било мушког било женског рода, довољна је једна манципација, било да се реманципују било да се не реманципују. Исти поступак се у провинцијама обично обавља пред управником провинције.*

На основу наведеног Гајевог текста може да се примети да се адопција вршила у врло компликованој форми, која је била слична раније описаном поступку еманципације. Поступак адопције се обављао путем фиктивне продаје у облику

¹⁰³ О томе: *Idem*, стр. 186.

¹⁰⁴ Како су у преткласичном периоду римског права мушки потомци били религијски фаворизовани у односу на женске потомке, па се тако непостојање мушких потомака у оквиру породице сматрало рђавим знаком, може да се претпостави да је поступак усвајања у манципационој форми промовисала понтификална јуриспруденција.

¹⁰⁵ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 72.

манципације. Иако је предмет адопције човек, поступак је био исти као да је у питању ствар. Као усвојиоци појављивала су се лица како мушког, тако и женског пола, без обзира на узраст. Лице које се адоптирало морало је да буде под влашћу породичног старешине, односно морало је да има статус лица *alieni iuris*.¹⁰⁶

Како би се укинула *patria potestas pater familias*-а мушкарац (син) три пута се фиктивно продавао, док је за адопцију женске особе била довољна једнократна привидна продаја.¹⁰⁷ Након треће/прве фиктивне продаје, потенцијални усвојилац и дотадашњи носилац очинске власти морали су да се обрате магистрату, који је поводом привидног спора (*in iure cessio*)¹⁰⁸ доносио одлуку да усвојеник припада породици усвојиоца.¹⁰⁹

Усвојеник је у породици обично имао положај сина или ћерке, али је могао да има положај и унука. Усвојилац је одређивао које ће место имати усвојеник у породици, па је тако могао да буде син неком од синова *pater familias*-а, са или без њиховог пристанка. На овај начин штитило се агнатско сродство у оквиру породичне заједнице и истовремено се обезбеђивало интестатско наслеђивање у случају када тестамент није постојао или када је био неважећи.

Манципација у поступку раскидања усвојења

С обзиром на чињеницу да је патерфамилијас био суверени носилац власти у оквиру породичне заједнице, имао је и одлучујућу улогу приликом раскида усвојења. Како је за адопцију била потребна манципациона форма, тако се и за раскид ове врсте усвојења захтевала иста. То потврђује следећи фрагмент Гајевих Институција.

Gaius, 1.61. Sane inter fratrem et sororem prohibitaе sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamidu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt

¹⁰⁶ Китановић, Т, Игњатовић, М. – Еволуција установе усвојења од римског до савременог права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, година XLVII, бр. 4, Нови Сад, 2013, стр. 166.

¹⁰⁷ „Ако је реч о сину, адопција је у правно-техничком смислу била утемељена на норми Закона XII таблица да отац губи власт над сином када га трећи пут манципује. Због тога се приликом усвајања лица које је син у породици јављају три манципације, а приликом усвајања даљих мушких потомака и женских лица *alieni iuris* само једна.“ Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 82.

¹⁰⁸ Због тога што се поступак одвијао пред претором Таламанка сматра да је адопција једна врста уступања на суду. Детаљније: Talamanca, М. – *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013, р. 70–71.

¹⁰⁹ „Фиктивну продају је пратио религијски ритуал у коме се особа која се адоптира одрицала ранијих породичних божанстава и прихватала нова, чиме је симболично постајала агнатски сродник усвојиоца (адоптанта) и пуноправни члан његове породице.“ Види: Китановић, Т, Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 187.

*consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis.*¹¹⁰

Гај, 1.61. Наравно, венчања су забрањена између брата и сестре, било да су рођени од истог оца и исте мајке, било само од једног од њих. Али, ако је нека усвојењем мени постала сестра, између мене и ње не може да постоји брак док постоји усвојење. Ако пак усвојење буде раскинуто еманципацијом, моћи ће њу да узме за жену. И обрнуто, ако ја будем еманципован, за брак неће бити никакве препреке.

Поступак раскида усвојења обављао се једном еманципацијом. Кауза еманципације није била видљива због апстрактности форме *per aes et libram*. Разлог манципације није био правно релевантан.

Осим разлога који је наведен у примеру Гајевих Институција, када је до раскида усвојења долазило да би се омогућило склапање брака, до раскида усвојења је долазило и због нарушених породичних односа између усвојиоца и усвојеника, као и због жеље да се усвојеник учини лицем *sui iuris*.

Манципација у поступку ослобађања жене од власти мужа

Када се говори о ослобађању жене од власти мужа (о изласку жене из мануса мужа), поступак манципације примењивао се у два случаја.

У првом случају строга форма манципације примењује се када се жена ослобађа власти мужа који је лице *sui iuris*. Применом манципационе форме уз манумисију, жена се ослобађала власти мужа и постајала је лице *sui iuris*. О поступку ослобађања жене власти мужа у овом случају говори Гај у Институцијама.

*Gaius, 1.137. – 3 – feminae... mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur.*¹¹¹

Гај, 1.137. (нечитка су три реда) жене манципацијом престају да буду под влашћу мужа, па ако на основу те манципације буду манумисијом ослобођене, постају лица *sui iuris*.

¹¹⁰ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 46.

¹¹¹ *Idem*, стр. 74.

Из наведеног се види да је једна манципација била довољна.

У другом случају строга форма манципације примењивала се у поступку ослобађања жене мануса мужа који је *alieni iuris*. Жена, лице *alieni iuris*, могла је да се поступком манципације ослободи власти мужа ако је муж раскинуо брак (*repudium*).¹¹² Након раскида брака, она је и даље остајала под влашћу *pater familias*-а, па је био неопходан чин манципације како би постала лице *sui iuris*.

*Gaius, 1.137a. – 4 – filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit, haec autem virum repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.*¹¹³

Гај, 1.137а. (нечитка су четири реда) кћер уистину ни на који начин не може присиљавати оца породице да је манципује, чак и ако је усвојена. Може га ипак присилити она која је отерана по мужевљевом налогу, као да му никад није била супруга.

Манципација у поступку предаје детета у манципијум

Деца су повремено давана у манципијум ради рада на имањима других лица, чиме је породица обезбеђивала економску стабилност или преживљавање. У Гајевим Институцијама описан је посебан манципациони поступак којим се дете предавало у манципијум.

*Gaius, 1.116. Superest ut exponamus, quae personae in mancipio sint.*¹¹⁴

*Gaius, 1.117. Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive femini sexus, quae in potestate parentis sint, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.*¹¹⁵

Гај, 1.116. Остаје да изложимо која лица доспевају у манципијум.

¹¹² За разлику од жене, лица *alieni iuris*, која је као *filia loco* могла да се у поступку манципације ослободи власти мужа, рођена или усвојена кћер није могла да се у истом поступку ослободи власти патерфамилијаса. Ово је изузетак од правила о општој потчињености чланова породице власти патерфамилијаса. Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 88.

¹¹³ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 75.

¹¹⁴ *Idem*, стр. 65.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Гај, 1.117. Дакле, сва лица која су деца, било мушког било женског пола, која су у власти родитеља, могу се од стране ових манциповати на исти начин на који се могу манциповати робови.

Иако се на први поглед може учинити да је дете у овој ситуацији третирано као роб, нарочито с обзиром на то да се у цитираној одредби Гајевих Институција наводи да се манципација врши на исти начин као када је у питању роб, важно је напоменути да дете у манципијуму није губило свој правни статус члана породице, већ се сматрало да је привремено под туђом влашћу.

За разлику од претходно објашњених строгих манципационих формула које су имале за циљ промену статуса, ова врста строге манципације разликовала се по каузи која је била имовинског карактера.¹¹⁶

Уколико је *pater familias* три пута продао свог сина, он се ослобађао очеве власти.

117

Манципација у поступку предаје сина или роба по деликтном основу

У Гајевим Институцијама прави се разлика између самог поступка предаје лица у манципијум и манциповања лица по деликтном основу.

Pater familias је имао широка овлашћења према члановима породице који су били под његовом влашћу. Међутим, осим овлашћења, он је сносио и одговорност за поступке лица под својом влашћу. Оваква одговорност *pater familias*-а за штету коју су проузроковали његови укућани, робови или животиње, била је ноксална одговорност. Ако би неко од чланова породице, попут сина, или роб, као ствар, извршио преступ, као што је крађа, напад или друге деликтне радње, *pater familias* је био обавезан да надокнади штету или плати казну која би била изречена као последица тог поступка. Ово је било у складу са принципом да он контролише понашање чланова своје породице и да је

¹¹⁶ Имовинско раслојавање патриција довело је до праксе продаје синова *alieni iuris* у манципијум. Неки од *pater familias*-а су били у таквом имовинском положају да су били принуђени да продају своју децу, док су се други толико обогатили да су могли да их купе и запосле на свом имању. О томе: Маленица, А. *op.cit.* стр. 92.

¹¹⁷ „Одредба Закона XII таблица да се трећи пут манциповани син ослобађа очеве власти говори да је три пута поновљена продаја сина у време доношења Закона изазивала моралну осуду. Унета је у Закон да би се деца заштитила од самовољног понашања породичног старешине када је живот римских грађана постао лакши у другом периоду развоја римске државе.“ *Idem*, стр. 93.

одговоран за њихове правне поступке. Његова одговорност заснивала се на његовој дужности да води рачуна о својим укућанима и осталим лицима која „под свој кров прима“ и то са пажњом *bonus pater familias*-а.¹¹⁸

Уместо плаћања казне, могао је да препусти делинквента оштећеном (*actio noxales*), како би одрадио дуг. Поступак предаје се одвијао у форми манципације, *pater familias* се ослобађао дужности да плати казну, а оштећени је био намирен.¹¹⁹

Ноксална одговорност патерфамилијаса уведена је у римско право ноксалним тужбама (*actio noxales*). О њима говори Гај.

*Gaius, 4.75. Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.*¹²⁰

Гај, 4.75 За деликт који учине синови или робови, на пример, ако су украли или нанели повреду, уведене су ноксалне тужбе којима је остављено оцу или господару да или поднесу трошкове пресуде или да изруче делинквента. Сматрало се, наиме, неправедним да њихово лоше владање нанесе већу штету очевима или господарима од вредности самих њих.

¹¹⁸ „Полазећи од схватања римског права, да штета подразумева однос деликвент-штета, може се посредно закључити да нико није био дужан да одговара за штету која је настала туђом радњом, односно да нико није био одговоран за штету у којој посредно или непосредно није учествовао. Међутим, од овог правила постојао је изузетак, а то су били они случајеви када је штета била причињена од стране лица *alieni iuris* или робова. У таквим ситуацијама *pater familias* је био у обавези да испуни обавезе или да надокнади штету коју су причинили његови укућани. До утврђивање ове врсте одговорности дошло је у другом периоду републике, када је сам развој правно-економског промета захтевао ширење обима правне способности лица *alieni iuris* и робова, са једне стране, и потребе да се обезбеди правна сигурност, са друге стране. Наиме, пошло се од основног принципа да је дужност сваког *pater familias* да брине и пази кога под свој кров прима и коме поверава вршење својих послова. У случају непоштовања овог правила, било намерно или из разлога небрижљивости, *pater familias* је био дужан да надокнади штету, односно да одговара за штету коју је његово лице *alieni iuris* или роб нанело трећем лицу или да преда делинквента оштећеном у *mancipium* (*noxae deditio* – „предаја због штете“), како би својим радом надокнадио губитак у имовини тужиоца. То, са друге стране, није значило да је *pater familias* одговарао баш за сваку штету (нпр. одговорност није постојала ако је штету нанео роб у стању пијанства или лице *alieni iuris* приликом туче у крчми), већ се имала у виду само она штета која је настала на основу правног посла који је лице *alieni iuris* или роб закључило са трећим лицем по налогу *pater familias*. У том случају *pater familias* је стајао у приватно-правном односу са трећим лицем на основу правног посла, законских прописа и евентуално недозвољених радњи. Опширније: Игњатовић, М. – Одговорност за штету причињену туђим радњама у римском праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 79, година LVII, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2018, стр. 397.

¹¹⁹ Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 139.

¹²⁰ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 322.

Право на подизање ноксалне тужбе имало је лице коме је причињена штета. Тужба се подизала против оног лица под чијом се влашћу налазио деликвент у тренутку подизања тужбе, јер је тужба пратила личност деликвента.

Према одредбама римског права за све деликте (јавне и приватне) деликвент је одговарао својом личношћу и имовином. Међутим, како су лица *alieni iuris* и робови били пословно неспособна лица и како нису поседовали имовину, па самим тим нису могли да буду тужени у парничном поступку, за патерфамилијаса је настајала поменута факултативна облигација (или је могао да преда деликвента у манципијум или је могао да надокнади штету – да плати обештећење). Ако пренос власти на деликвенту није обављен у манципационој форми и ако договора није било, вршен је на основу судске пресуде.

Према Гајевом мишљењу, овакво решење уведено је јер се сматрало неправичним да штета за патерфамилијаса буде већа од вредности тела починиоца деликта. Такође, истиче да се у овој ситуацији лица манципују само једном, а не три пута, како би се у комбинацији са манумисијом постигло неко побољшање њиховог статуса.¹²¹

*Gaius, 4.79 Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit, ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt et illas tres legis XII tabularum ad voluntaris mancipationes pertinere.*¹²²

Гај, 4.79 Када се син у породици даје у манципијум по основу накнаде штете, припадници друге школе сматрају да га треба три пута дати у манципијум, јер је Законом XII таблица било утврђено да син друкчије не излази из очеве власти осим ако је био три пута манципован. Сабин и Касије, као и остали припадници наше школе, сматрали су да је довољна једна манципација и да се оно „три“ из Закона XII таблица односи на манципације по сопственој вољи.

Манципација услед губитка статуса

¹²¹ Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 93.

¹²² Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 324.

До губитка статуса грађанина долазило је на два начина: услед природне смрти и услед грађанске смрти (*capitis deminutio*).

Capitis deminutio означавала је сваку промену статуса која се директно одражавала и на правну (и пословну) способност. Постојале су три врсте губитка статуса: *capitis deminutio maxima*, *capitis deminutio media* и *capitis deminutio minima*.

Манципациона форма примењивала се код најтежег облика губитка статуса слободе, када се слободни грађанин претварао у роба. То се најчешће дешавало у случају дужничког ропства (нексума).

Како ћемо нексум детаљније обрађивати у делу који се односи на примену манципационе форме у облигационом праву, овде је само наведен случај примене манципационе форме код губитка статуса грађанина.

1.3.1.4.1.2. Манципациона форма *per aes et libram* у стварном праву

У римском праву пренос права својине се вршио самим закључењем уговора и поступком предвиђеним за преношење својине (*mancipatio*, *in iure cessio* или *traditio*).¹²³

Mancipatio је био најстарији начин преноса права својине.¹²⁴ Предвиђен је још у Закону XII таблица.

Субјекти који су учествовали у настанку манципације, као деривативног начина стицања својине, били су преносилац (манципант)¹²⁵ и стицалац (манципатор). С обзиром на то да је манципација била установа старог *ius civile*, преносилац и стицалац морали су да буду пуноправни римски грађани.¹²⁶

¹²³ Постоје оригинарни и деривативни начини стицања својине. Док се оригинарним начинима стицала својина на стварима које раније нису имале власника, на пример, окупацијом, прираштајем, спајањем, деривативним начинима се стицала својина од претходног власника ствари. Приликом преноса својине са преносиоца на стицаоца важило је правило да нико на другога не може пренети више права него што он сам има (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Види: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 231.

¹²⁴ Манципација је у овом периоду била јединствен правни посао на основу кога се вршио пренос својине како на стварима, тако и на људима. Према Гају, манципацијом се могу закључити различити правни послови, са различитим дејством. Више о томе: Аличић, С. *op. cit.* стр. 132.

¹²⁵ Манципант приликом извршавања ове форме има пасивну улогу. Од њега се не захтева и не очекује да било шта каже или уради. Он својим присуством исказује сагласност за пренос својине. Више о томе: Маленица, А, Деретић, Н. – *Римско право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011, стр. 280.

¹²⁶ Изузетно, старо *ius civile* признавало је овај начин стицања својине и лицима која су имала пуноправно *ius commercii* (Латини). Развојем трговине, сложена форма манципације није више задовољавала потребе развијенијег правног промета. Као сауговарачи Римљана јављали су се и припадници освојених територија, па је било неопходно активношћу претора омогућити размену добара између њих. Тако је

Манципација као форма за стицање својине примењивала се само на *res Mancipi*.¹²⁷

О томе сазнајемо из Гајевих Институција.

*Gaius, 1.120 Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque, quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari.*¹²⁸

Гај, 1.120 На овај начин се манципују и робови и слободни, а и животиње које се убрајају у *res Mancipi*, у које се даље убрајају волови, коњи, магарци, затим се могу манциповати земљишта, како градска тако и сеоска, ако спадају у *res Mancipi*, као што је случај са земљом у Италији.

Како се из природе *res Mancipi* види, у питању су ствари које су припадале читавој породици, док су *res nec Mancipi* представљале ствари за личну употребу чланова породице.¹²⁹

Предмет манципације биле су само ствари *res Mancipi* које су биле у својини преносиоца (манципанта). Нису могле да буду предмет манципације туђе ствари, односно ствари до којих је власник дошао употребом силе, тајно или преваром (*vi, clam, precario*).

Формуле које су се најчешће користиле приликом закључивања манципације су гласиле „*meam esse aio*“ (кажем да је моје), „*in bonis meis est*“ (у мојој је имовини), „*transfere rem*“ (пренети ствар), „*translatio rei*“ (пренос ствари), из чега видимо да су Римљани у овом периоду штитили само фактичку власт на ствари, да нису имали изграђен појам својине.¹³⁰

Манципација се, као најстарији начин преноса својине, одликовала строгим формализмом. Из Гајевих Институција сазнајемо како је тачно изгледао поступак манципације.

преторском, односно бонитарном својином претор заштитио и начин стицања својине на *res Mancipi* простом традицијом. О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 140.

¹²⁷ *Res Mancipi* су биле ствари које су биле од посебног значаја за Римљане, те зато нису желели да дозволе да својину над њима може да стекне и неко ко није Римљанин.

¹²⁸ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 66.

¹²⁹ Опширније: Perelló, C.F.A. – *Problems concerning Mancipatio*, *The Legal History Review* 80, 2012, str. 330.

¹³⁰ Види: Стојчевић, Д. *op.cit.* стр. 133.

*Gaius, 1.119 Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco.*¹³¹

Гај, 1.119 Као што смо већ рекли, манципација је врста привидне продаје, која такође спада у установе својствене римским грађанима. Она се обавља на следећи начин: у присуству најмање пет сведока, пунолетних римских грађана, и још једног човека истог правног положаја који држи бронзани тег (*libram*) и који се зове либрипенс, а онај који преузима ствар, држећи бронзани (бакарни) предмет (*aes*) каже: „Тврдим да је овај човек мој по квинитском праву и нека ми буде предан овом бронзом и бронзаним тегом.“ Затим би бронзаним (бакарним) предметом ударио о тег и предао оном од кога је прибавио манципацијом на име тобожње цене.

Дакле, он пре свега манципацију дефинише као имагинарну продају, након чега прелази на опис поступка. Било је неопходно да свечаном чину присуствују преносилац и прибавилац, најмање пет сведока¹³² који су били пунолетни римски грађани мушког пола и један римски грађанин који је држао вагу и називао се либрипенс. Присуство сведока је обезбеђивало јавност приликом закључења манципације, а и доказивање је било лакше, с обзиром на обавезу сведока да говоре о ономе шта су видели и строге казне уколико се ових обавеза предвиђених Законом XII таблица не придржавају.

Уколико је то било изводљиво због физичких особина ствари, ствар која је предмет манципације била је на месту где се свечани чин манципације одигравао.

Gaius, 1.121 In eo solo praediorum Mancipatio a ceterorum Mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui Mancipio accipit, adprehendere id ipsum,

¹³¹ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 66.

¹³² Улога сведока, осим оне која је очигледна, била је и да контролише да ли је ствар која се путем манципације преноси дозвољено пренети, с обзиром на то да је у једном периоду заједница морала да да пристанак за располагање са *res Mancipi*. Станојевић, О. *op. cit.* стр. 208. Ово је логична последица тога што су ствари *res Mancipi* у овом периоду биле значајне не само за појединца већ и за читаву заједницу у којој је живео.

*quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: praedia uero absentia solent mancipari.*¹³³

Гај, 1.121 Манципација земљишта се разликовала од манципације осталих ствари једино по томе што људи, било робови било слободни, затим животиње које се убрајају у *res mancipi* могу бити манциповани само ако су присутни тако да онај који прибавља у манципијум мора сам да ухвати ствар која се манципује; зато се овај акт и назива манципација, јер се руком захвата (*manu capere*)... међутим, земљиште се може манциповати иако је удаљено.

Уколико је предмет манципације била непокретност или нека друга ствар чије предавање из руке у руку није било изводљиво, доносио се само њен део, који је симболизовао читаву ствар.

Прибавилац је узимајући ствар изговарао нункупацију, ударио бронзаном шипком у вагу и предавао је преносиоцу.¹³⁴ Уколико би преносилац прихватио бронзану шипку, а касније новчић, сматрало се да је поступак преноса својине окончан и прибавилац је постајао титулар квиритске својине на ствари (квиритски власник).¹³⁵

У Гајевом опису манципације помиње се плаћање бакром, што нас наводи на закључак да је стваран у време када се као средство плаћања још увек није јавио новац, већ је у ту сврху служио бакар који се мерио на ваги, те је куповина која се обављала путем манципације била у ствари размена. Међутим, према неким мишљењима, овакав закључак није у реду јер у почетку власник ствари не преноси својину на ствари, већ је стицалац сам узима, изговарајући свечане речи и у најстаријем периоду долази до власништва због испуњених формалности, а не због плаћања цене.¹³⁶

С обзиром на то да се исплата цене вршила ван поступка манципације неформалним путем, кауза правног посла није била видљива (није се знало да ли је био закључен нексум, фидуција, итд). Није било важно зашто се ствар преноси, већ да ли је поступак у целости и правилно извршен. То је значило да је својина могла да се пренесе

¹³³ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 66.

¹³⁴ Ово нам указује на практичан дух правника, који су прихватили симболичну предају и на тај начин, идући у корак са временом, нашли решење за пренос земљишта када је он постао дозвољен. Још један доказ симболике у најстаријем праву Римљана који се јавља у поступку манципације јесте штап, који је симбол својине.

¹³⁵ О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 233.

¹³⁶ Boras, M., Margetić, L. – *Rimsko pravo*, Informator, Zagreb, 1986, стр. 26.

чак и у одсуству ваљаног правног основа. Због тога је манципација, осим строго формалног, била и апстрактни пренос права својине на стварима *res mancipi*.¹³⁷ Када се појавио новац, манципација је, као правни посао предузет ради стицања својине, представљала привидну продају.

Манципација је почела да губи на значају увођењем преторске или бонитарне својине, али се примењивала све до периода владавине Јустинијана, када је у потпуности била замењена неформалним стицањем својине *a manu in manu (traditio)*.¹³⁸

1.3.1.4.1.3. Манципациона форма *per aes et libram* у уговорном праву

У старом римском праву, у преткласичном периоду, постојале су две строге форме на основу којих су се рађале и гасиле облигације. То су биле манципациона форма *per aes et libram*, када је облигација настајала на основу бакра и ваге, и стипулациона форма *sponsio*, када је облигација настајала свечаним речима.

У преткласичном периоду правни послови су склапани у строго прописаним формама које су подразумевале изговарање свечаних речи и симболичне гестове. Форма *sponsio* је имала много већу примену приликом склапања правних послова, јер се форма *per aes et libram* примењивала само код нексума и временски ограничено, до доношења *Lex Poetelia Papiria*, којим је забрањено повериоцима да дужника држе у кућном притвору и да користе његову снагу до исплате дуга.¹³⁹

Остали правни послови попут купопродаје, зајма, закупа итд. склапани су на једноставнији начин применом форме *sponsio*.

Нексум је био најстарији формални уговор и основни облик обавезивања који је свој законски оквир нашао у одредбама Закона XII таблица.¹⁴⁰ О њему има мало података

¹³⁷ Опширније: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 233.

¹³⁸ Разлог за овако дугу употребу једног института који је био компликован и који је успоравао правни промет јесте то што је овакав начин стицања својине на земљишту обезбеђивао привилеговану квиритску својину на Италској земљи. Види: Маленица, А. Деретић, Н. *op. cit.* стр. 281.

¹³⁹ „Форма која је налагала присуство пет сведока и мерача с вагом само је компликовала трговачке послове. У стварном праву је задржана у облику манципације којом се прибављала квиритска својина на стварима како би се сачувала привилегија римских грађана да смо они буду власници некретнина на простору Италије.“ Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 125. Форма *per aes et libram* која се користила за нексум од манципације се разликовала само у нункупацији – другачије свечане речи су изговаране приликом поступка, који је потпуно исти.

¹⁴⁰ Људи у тешкој ситуацији, без новца за задовољење основних животних потреба, залагали су себе или члана породице, како би добили одређену количину хране и новца. По речима професора Обрада Станојевића, „у периоду када не постоји појам уговора, када правни институти нису строго одвојени, када је глад стално присутна и персонална егзекуција правило, није искључена могућност да су облици зајма са каматом настали из продавања или самопродавања људи за храну. На овој линији која везује зајам и

у изворима римског права, а *Zimmermann* га назива високо контроверзном трансакцијом.¹⁴¹

Основна форма овог уговора била је *per aes et libram* као и код *mancipatio*, због чега не би требало да се убраја у вербалне контракте.¹⁴²

Служио је за заснивање примитивних кредитних односа између патриција и плебејаца.¹⁴³ Патрицији су се појављивали у улози повериоца, а плебејци у улози дужника (*nexi*).¹⁴⁴ Између ових уговорних страна сагласност воља постигнута је изговарањем свечаних речи. Предмет уговора био је зајам примљен у новцу (*credita pecunia*).

Последица неизвршења уговорне обавезе, која се састојала у исплати дуга на време, била је преузимање дужника, без суђења, а у циљу наплате потраживања. На овај начин је дужник, римски грађанин, довођен у положај врло сличан робу. Иако није тако називан, овакав положај плебејаца је представљао дужничко ропство.¹⁴⁵ „Санкција за непоштовање обавеза из нексума извршавала се, с обзиром на карактеристике старог римског права, путем персоналне егзекуције (*manus iniectio*).“¹⁴⁶

Због апстрактности форме *per aes et libram* сама кауза посла није имала утицаја на основне правне последице. Оне су биле исте без обзира на то зашто је нексум

купопродају треба тражити место за римски нексум“ Види: Станојевић, О. – *Зајам у историји права*, Институт за правну историју на Правном факултету у Београду, Београд, 1966, стр. 22.

¹⁴¹ Опширније о томе: Zimmermann, R. – *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, str. 4.

¹⁴² Закључење уговора је било праћено свечаним речима у присуству пет сведока, па је зато убрајан у вербалне уговоре. Види: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 335.

¹⁴³ Како Римљани нису давали дефиниције, на основу података које имамо о нексуму изводимо закључак да је у питању уговор који закључују најчешће патрицији, у улози повериоца, и плебејци, у улози дужника.

¹⁴⁴ Плебејци, приморани да ратују, а без значајног ратног плена, после похода су западали у тешку финансијску ситуацију и били су на ивици егзистенције, јер су им имања и послови које су оставили како би ратовали у међувремену пропали. По Тит Ливију, плебејци су се жалили да им је боље у рату где су окружени непријатељима, него међу својим суграђанима, који их претварају у робове. Целокупна ситуација у друштву је погодовала развоју једног оваквог правног посла, којим су се плебејци када би се нашли у безизлазној ситуацији, самопродавали. У корист схватању нексума као уговора о самопродавању говори форма манципације у којој се посао склапао. Коришћена форма указује на то да је предмет посла била личност оног ко се обавезује или члана породице јер је човек односно роб био *res mancipi*, а за ове ствари је била обавезна форма манципације у случају њиховог преноса.

¹⁴⁵ Иако се положај нексуса, како су се називали људи који су пали у дужничко ропство, разликовао од положаја роба јер није могао бити продат или убијен и није губио своја грађанска права, био је изузетно тежак и понижавајућ. По Тит Ливију, често се догађало да дужници из нексума радије скоче у Тибар, него да падну у дужничко ропство. Да нексус није губио своја грађанска права показује то што је могао да служи у војсци и да, уколико је био *pater familias*, задржи *patria potestas* док не отплати свој дуг, а да није био ни у положају изједначеном са робовским показивало је то што се његово ослобађање није вршило манумисијом. Види више: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2018, стр. 357-358.

¹⁴⁶ Детаљније: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 335.

закључиван: да ли због тога што је купац преузео ствар, а остао дужан да плати цену или зато што је зајмопримац узео новац на зајам или када је дуг настао по неком другом основу.¹⁴⁷ „Свака кауза је путем нексума могла да буде претворена у радну обавезу некса који је постајао дужнички роб све до исплате дуга.“¹⁴⁸

Форма *per aes et libram*, за разлику од стипулационе форме, обезбеђивала је сведоке, што је било од суштинског значаја у случају да је покренут парнични поступак, јер је олакшавала поступак доказивања.

Како је за закључивање уговора по старом цивилном праву било неопходно извршити низ формалности, по аналогiji ни раскид уговора није могао да се изврши без поштовања одређене, унапред предвиђене форме.¹⁴⁹ Испуњење обавезе предузете уговором који испуњава форму предвиђену правилима старог *ius civile* није било довољно за окончање уговора. Био је неопходан формални чин ослобођења од обавезе – *solutio*. Обично се захтевао акт ослобођења који је био супротан акту закључења – *contrarius actus*. О овом правилу налазимо наводе код различитих писаца. Тако је Гај навео да све што се правним актом ствара, супротним се гаси,¹⁵⁰ Улпијан наводи да ништа није тако природно као да се обавеза угаси на начин на који је и настала,¹⁵¹ док се Помпонијев навод да како је уговорено, тако се мора платити односи баш на поље облигационог права.¹⁵²

За уговоре склопљене у форми *per aes et libram* раскид се вршио у форми *solutio per aes et libram*. *Nexum*, као уговор који је закључен у форми *per aes et libram* вагањем одређене своте зајмопримцу, раскидао се вагањем потребне своте од стране дужника и изговарањем посебне формуле која је гласила: „Како сам на основу пресуде дужан да ти платим толико хиљада сестерција, по том основу ти исплаћујем и ослобађам се путем

¹⁴⁷ „Не располажемо изворима на основу којих може да се закључи колико се форма *per aes et libram* користила у пракси у циљу заснивања облигационих односа. Може да се претпостави да су јој уговорне стране прибегавале у случају куповине на кредит, узимања зајма и када је узајамним обавезивањем требало да се постигну правни циљеви који још нису били уобличени у посебне правне послове.“ Детаљније: Маленица, А. *op.cit.* стр. 113.

¹⁴⁸ О томе: Маленица, А. *op.cit.* стр. 98.

¹⁴⁹ Најчешћи начин окончања једног уговора у савременом праву јесте његовим испуњењем, међутим, у старом римском праву то није био случај.

¹⁵⁰ „*Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt*“ (D. 50, 17, 100)

¹⁵¹ „*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*“ (D. 50, 17, 35)

¹⁵² „*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*“ (D. 46, 3, 80)

ове бронзе и бронзане ваге. Ево, мерим ти прву и последњу либру према закону (XII таблица)¹⁵³. Када се вагање бакра изгубило због појаве кованог новца, па је чин вагања бакарних шипки замењен симболичним ударањем кованице у вагу, тада је и приликом раскида уговора због испуњења – *solutio per aes et libram* – било довољно да дужник удари новчићем у вагу, изговори формулу, а сам чин предаје новца је био ван ових формалности и није био релевантан за гашење уговора. Чин ударања новчићем у вагу био је симболична замена за стварно вагање бакра из ранијег периода. Дакле, без обзира на фактичку предају дугованог новца, правни однос се гасио испуњењем предвиђене форме, што је створило могућност да се изврши ослобађање од дуга без испуњења предузете уговорне обавезе – *imaginaria solutio*.¹⁵⁴

У периоду републике је већ завладало становиште да предузета обавеза престаје да постоји самим испуњењем, без потребе за формалним актом. Реч *solutio* добија значење испуњења уговорне обавезе, и користи се за фактички чин извршења било које обавезе предузете уговором. „*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur*.”¹⁵⁵

Форма за испуњење обавезе се захтевала само у случајевима када је она неопходна по природи обавезе, па тако проф. др Бартолд Ајзнер и проф. др Марјан Хорват наводе као пример ситуацију када се странка обавезала да ће пренети својину на некој ствари *res mancipi*, што ће морати да учини у форми које је предвиђена за пренос ових ствари, а у овом периоду је то још увек била *манципација* или *in iure цесција*, док је за пренос ствари *res mancipi*, када је то било предмет обавезе, била довољна и традиција.¹⁵⁶

1.3.1.4.1.4. Састављање тестамената у манципационој форми *per aes et libram*

Тестаментарно наслеђивање као други вид наслеђивања широко је било заступљено након пунских ратова у периоду републике. До тог периода у домену

¹⁵³ „*Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*” (Gai, Inst. III, 174)

¹⁵⁴ Начином гашења уговорне обавезе у савременом праву се сматра „отпуштање дуга”. Према Закону о облигационим односима обавеза престаје када поверилац изјави дужнику да неће тражити испуњење обавезе и дужник се сагласи са тим. Изричито се у члану 344. став 2. Закона о облигационим односима наводи да за пуноважност споразума о отпуштању дуга није потребно да буде закључен у форми у којој је закључен посао из кога је обавеза настала.

¹⁵⁵ Gai, Inst. III, 168. „Облигација се гаси у првом реду извршењем оног што је дуговано”

¹⁵⁶ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 382.

наслеђивања важиле су одредбе интестатског наслеђивања уређеног Законом XII таблица. Па и поред доминације интестатског (законског) наслеђивања, још у најранијем периоду развоја римског друштва постојале су поједине врсте тестаментa које су предвиђале обавезну форму, а неки од њих управо манципациону форму.¹⁵⁷ То су били: тестамент „пред сазваном скупштином“ (*testamentum calatis comitis*), *testamentum Mancipatio familiae* и *testamentum per aes et libram*.

Тестамент састављен „пред сазваном скупштином“ (*testamentum calatis comitis*) био је регулисан још у Закону XII таблица, а свој назив је добио по месту на коме је састављан.¹⁵⁸

Што се тиче форме у којој је овај тестамент морао да буде сачињен, била је усмена, строго свечана и јавна.¹⁵⁹

У питању је најстарија врста тестаментa, која је састављана на римским скупштинама које су се састајале само у ту сврху, два пута годишње (24. марта и 24. маја). Њима је председавао римски првосвештеник (*pontifex maximus*), од кога је *pater familias* тражио одобрење (*testimonium*) да свог сина именује за наследника (*heres*) своје имовине.

Ова врста тестаментa била је ограничена у погледу места и времена када је било могуће саставити тестамент. Ограничење у погледу места се састојало у томе што је *testamentum calatis comitis* могао да се састави искључиво на римском форуму, што је након ширења римске државе представљало велики проблем за оставиоца. Други проблем односио се на временско ограничење, јер се тестамент могао саставити само два пута годишње, у време скупштинског заседања. Уколико *pater familias* из неког разлога није могао да се појави пред скупштином у тачно одређеним данима (у случају болести нпр.), губио је могућност да састави правоваљани тестамент.

¹⁵⁷ Узимајући као критеријум форму у којој је тестамент био закључен, римско право је познавало: тестамент „пред сазваном скупштином“ (*testamentum calatis comitis*), *testamentum Mancipatio familiae*, *testamentum per aes et libram*, преторски тестамент и војнички тестамент (*testamentum in procinctu*).

¹⁵⁸ *Testamentum calatis comitis* настао је у време када је Рим био мала заједница и када су сви правни послови били закључивани на римском Форуму.

¹⁵⁹ „С обзиром на чињеницу, да је *pater familias* сина, као крвног сродника и потомка, одређивао за будућег наследника, овом врстом тестаментa одступало се од до тада важећег наслеђивања по основу агнатског сродства које је било сродство по заједници живота и рада. Ова врста тестаментa имала је за циљ да се обезбеди првенство когнатским сродницима у наслеђивању у односу на агнатске у случају смрти, тј. да право наслеђа имају одређени потомци. Тако је настало најстарије правило римског наследног права да тестаментално наслеђивање искључује интестатско и обрнуто (*nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*).“ О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 388.

Чланови скупштине су имали пасивну улогу у самом поступку – нису учествовали у одлучивању, већ су једноставно примали к знању изражену вољу *pater familias*-а. Та воља је бележена од стране свештеника, који су водили евиденцију у својим књигама и обезбеђивали да се жеља оставиоца испоштује након његове смрти.¹⁶⁰

Након што су куријатске скупштине престале са радом, ова врста тестаментa је закључивана пред тридесет ликтора, који су симболисали некадашњих тридесет курија.

С обзиром на то да је *testamentum calatis comitis* била врста тестаментa која је, како је наведено, била ограничена у погледу места и времена састављања, настала је нова врста тестаментa са циљем да се ова ограничења превазиђу. Недостаци које је имао *testamentum calatis comitis* довели су до тога да манципација у II веку пре нове ере добије још једно подручје примене. Осим за закључивање послова између живих лица (*inter vivos*), почела је да се користи и код закључења послова за случај смрти (*mortis causa*).¹⁶¹ Ова врста тестаментa се звала *testamentum Mancipatio familiae*.

Pater familias је за живота преносио целокупну своју имовину у руке лица од поверења (обично је то био комшија, пријатељ...). Та особа, која је формално постајала власник имовине, имала је обавезу да након смрти *pater familias*-а имовину пренесе назначеном наследнику – сину или неком другом лицу.

Овај облик тестаментa познат је као *Mancipatio familiae*, јер се цео процес заснивао на фиктивној продаји путем манципације. Иако је формално дошло до преноса својине, фактички власник, који је имао државину на ствари, остајао је *pater familias* све до своје смрти. Купац је имао обавезу да савесно изврши вољу оставиоца и да изврши пренос имовине именованом наследнику, поново користећи *Mancipatio* као начин преноса.

Testamentum per aes et libram, иако има пуно сличности са *testamentum Mancipatio familiae*, био је посебна врста тестаментa. Он је настао када су усмени изрази из комицијалног тестаментa интегрисани у формулу манципације. Ова промена је дефинисала један од кључних елемената тестаментa – именовање наследника (*institutio heredis*).

¹⁶⁰ О томе: Маленица, А. *op.cit.* стр. 116.

¹⁶¹ Види: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 233.

И ова врста тестамент захтевала је строгу форму. Тестамент се, као и код *testamentum Mancipatio familiae*, састављао у форми *Mancipatio*, у присуству пет сведока и мерача са вагом, као и купца породичне имовине. „Међутим, циљ манципације није био да се изврши пренос права својине пријатељу, комшији или трећем лицу од поверења, већ да се пружи могућност самом тестатору да изговори свечане речи о садржини тестаментa и именовању наследника (усмена нункупација).“¹⁶² Пошто је особа која је примала имовину имала обавезу да је касније пренесе именованом наследнику, сматрана је за извршиоца тестаментa. С временом, овај тестамент је добио и писмену форму, како би се именовање наследника сачувало у тајности до тренутка смрти оставиоца.

1.3.1.4.2. Форма *sponsio* код склапања уговора

Стипулациона форма *sponsio* налагала је изговарање свечаних речи, постављањем питања да ли се дужник обавезује да нешто да или уради и давањем одговора на постављено питање.

Примена стипулационе форме најбоље се илуструје код правног посла стипулације (*stipulatio*).¹⁶³

„Стипулација је била вербални контракт старог римског права који је настајао тако што се на свечано постављено питање повериоца (*stipulator*-a) давао свечани одговор дужника (*promissor*-a) који је на адекватан начин одговарао форми (или формулацији) питања.“¹⁶⁴ Спонсија је могла да буде закључена само између присутних лица.

¹⁶² О томе: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 233.

¹⁶³ Овај уговор је почео да се употребљава за време важења старог *ius civile* и наставио је да живи свих тринаест векова, наравно, уз извесне измене. С обзиром на то, посматрајући развој стипулације, можемо да уочимо многе генералне тенденције у римском праву: ширење круга људи на које се примењује *ius civile* и на неримске грађане, прелаз са апстрактности на каузалност, са формализма на консенсуализам, са усмене на писану форму закључења уговора. Оно што је значајно поменути јесте да стипулација као најстарији вербални контракт, за разлику од послова *per aes et libram* и *in iure cessio*, није примењивана у другим гранама права, већ је била правни посао који се користио искључиво у облигационом праву: спадала је у контракте, двостране правне послове којима се установљавају обавезе. Више о томе: Eisner, В, Horvat, М. *op. cit.* стр. 313.

Стипулација је била уговор *ius civile*, што је значило да су могли да је склапају само Римљани. Ширењем римске територије право на склапање стипулације добили су и peregrini.

¹⁶⁴ О томе: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 336.

Питање је гласило „Spondesne?“ – обећаваш ли?, а одговор „Spondeo“ – обећавам.

Одговор је морао да уследи одмах након постављеног питања. Сагласност између изговорених речи је морала да буде потпуна, дакле није било дозвољено изговарање неке друге речи са истим или сличним значењем, као ни коришћење конклюдентних радњи или ћутање.¹⁶⁵ Такође, спонсија се није сматрала закљученом ни уколико је дужник приликом одговора на постављено питање променио износ обавезе, дакле уколико одговор није био подударан са питањем.

О томе говори Гај, када наводи у којим случајевима ће стипулација бити неважећа – *stipulatio inutilis*. Као један од случајева наводи ситуацију када неко буде питан да ли даје одређену суму новца, а он се изјасни да даје неку другу, као и када се обавезе под условом.¹⁶⁶ Уколико није био испуњен неки од ових захтева, уговор се није сматрао пуноважним, без обзира на то што су се уговорне стране сложиле и споразумеле о свим битним елементима уговора.

Sponsio је била најстарија формула, која је имала изражен сакрални карактер и била је доступна само римским грађанима.¹⁶⁷ Сакрални карактер се огледао у томе што је употреба речи *spondeo*, чије је значење било обавезивање пред боговима, означавала да се дужник њеним изговарањем обавезао да ће исплатити оно што је обећао, верујући да ће бити кажњен од стране богова ако то и не учини. Сматрало се да се обећање о испуњењу неке чинидбе давало пред боговима, а реч *sponsio* је имала магијско дејство, које јој је обезбеђивало испуњење.¹⁶⁸

Како наводи проф. др Марија Игњатовић, „на тај начин се објашњавала и чињеница да је стипулација била једини правни посао у старом римском праву који се обављао без присуства сведока или неког службеног лица, а да је ипак имала најјаче

¹⁶⁵ Колико су формуле изговаране приликом стипулације обавезивале оне који су их изговарали, као и то колико је у неким случајевима њихова апстрактност доводила до апсурда, говори и једна анегдота, према којој је глумац тужио свог колегу и тражио испуњење обавезе коју је преузео изговарајући текст позоришне представе. Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 186.

¹⁶⁶ *Gai, 3.102 Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit, veluti si sestertia X a te dar i stipuler, et tu sestertia V promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

Гај 3.102 Ништавна је и она стипулација у којој неко буде питан па он на такво питање не одговори, као када од тебе тражим да се обавезеш на десет, а ти се обавезеш на пет хиљада сестерција, или ти поставим питање без услова, а ти се обавезеш под условом.

¹⁶⁷ Према Гају, перегрин је могао да се само у једном случају обавезе овим речима, а то је у случају да римски император уговори мир речима: „*Да ли обећаваш будући мир?*“, било да их он изговара или да одговара на њих. Али с обзиром на то да санкција која је била предвиђена за неиспуњење обавезе преузете стипулацијом у овом случају није примењивана, није било од практичног значаја да ли су употребљене баш ове речи или не.

¹⁶⁸ Опширније: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 243.

правно дејство, јер је почивала на узајамном поверењу: „Реч Римљанина је и без сведока за њега закон“.¹⁶⁹

Термин стипулација је почео да се употребљава касније, по глаголу који је почео да се употребљава за постављање питања и давање одговора. Воља странке је била потпуно запостављена, ни у једном тренутку се о њој није водило рачуна.

До открића Антинопољских фрагмената Гајевих Институција сматрало се да у Закону XII таблица није било речи о стипулацији јер тада она још увек није постојала, међутим, иако је назив *stipulatio* вероватно почео да се користи касније, у Закону је уочљиво да је правна снага нункупације потенцирана, а форма је вероватно још увек била резервисана само за грађане Рима, као *sponsio*.¹⁷⁰

У каснијим периодима развоја римског права, осим речи „*spondeo*?“ приликом закључења стипулације, почеле су да се употребљавају и друге речи, што је последица општег тренда смањења формализма.

Обично су форме које су Римљани користили биле строге и компликоване, али то није био случај са стипулацијом. Иако је била строго формалног карактера, стипулација се закључивала изговарањем кратких формула. Вероватно је то и разлог зашто се у односу на друге начине закључења уговора, настале у најстаријем периоду развоја римског права, као што је на пример манципација, дуже задржала.¹⁷¹

Како је стипулација сама по себи стварала право на тужбу, ово је још један разлог зашто је тако често коришћена, нарочито за обезбеђивање заштите оним правним односима који нису били у том тренутку заштићени тужбама, најчешће насталим као последица промена у друштву.¹⁷²

¹⁶⁹ Види: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 69.

¹⁷⁰ Опширније: Пухан, И. – *Римско право: економско-друштвени односи, политичко уређење, извори права, *jus quod ad personas, quod ad res et quod ad actiones pertinet**, Научна књига, Београд, 1974, стр. 300.

¹⁷¹ Још један разлог масовног коришћења стипулације и генерално вербалних уговора била је писменост, која је била на изузетно ниском нивоу. У условима слабе развијености тржишта и ретких ступања у правне односе, изговорене свечане формуле су биле довољно обезбеђење испуњења уговора. Када је трговина узела маха, а утицај религије почео да слаби, повериоци из стипулације су морали да пронађу други начин како би обезбедили испуњење свог потраживања. Почетком републике, почели су да се позивају сведоци, као неко ко ће, у случају спора, на суду посведочити о садржини изговорених речи. Обавеза преузета јавно, пред сведоцима, стварала је чвршћу обавезу за оног ко се обавезивао због бојазни од осуде јавности. Такође, јавност поступка стипулације наводила је римске грађане да још једном размисле о обавези коју предузимају, што представља једну од функција форме и у савременом праву. Касније, када се ниво писмености повећао, приступало се бележењу изговорених речи. Уз стипулацију се састављао писани уговор.

¹⁷² Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 244.

Уколико би дошло до спора између уговорних страна, правна заштита се остваривала у легисакционом поступку путем *sacramento* и *iudicis postulationem*.

Међутим, како приликом склапања стипулације нису присуствовали сведоци, било је тешко доказати је, што је могло да доведе у питање и испуњење стипулацијом преузете обавезе. Међутим, свечано изговорене речи су поштоване из страха од религијских санкција, с обзиром на велики утицај религије у најстаријем римском праву. Осим тога, патрицији су углавном ступали у односе са патрицијима, у које су имали поверења и рачунали су на њихову *fides*, па није ни био изграђен механизам за заштиту од злоупотреба.

Апстрактност стипулације најстаријег права види се и из начина за престанак преузете обавезе. Наиме, обавеза из стипулације не престаје испуњењем, већ је неопходно да се испуне захтеви форме како би обавеза престала. У старом римском праву исплата дуга није увек била довољна. Послови који су склапани у строгим формама морали су да се извршавају исто тако у строгим формама, односно, облигације настале на основу тако склопљених правних послова гасиле су се обављањем формалних поступака који су раскидали облигациону везу.¹⁷³

За престанак обавеза код стипулације захтевало се да дужник пита повериоца да ли је примио прву и последњу фунту која је обећана, на шта је поверилац одговарао одговарајућим речима (*acceptilatio*).¹⁷⁴

Acceptilatio је била фиктивна исплата приликом које је поверилац ослобађао дужника дуга који је имао према њему одговарајући потврдно на његово питање „*Da li si примио оно шта сам ти обећао?*“. Како је оваква формалност нарушавала брзину правног промета, већ у периоду републике преовладало је становиште да предузета обавеза престаје да постоји самим испуњењем, без потребе за формалним актом.

Осим стипулације као вербалног контракта старог римског права, у овом периоду постојала су још два контракта за чију пуноважност је била неопходна строга стипулациона форма. То су били контракти заложног права *vadiatura* и *praediatura*.

Вадиатура (*vas*) јесте врста уговора најстаријег права, чија сврха је била јемство. И овај уговор, као и остале из овог периода, карактерише строг формализам. Вадиатура

¹⁷³ Види: Маленица, А. *op.cit.* стр. 126.

¹⁷⁴ Опширније: Станојевић, О. – *Римско право*, Досије, Београд, 2010, стр. 271.

је закључивана изговарањем тачно предвиђених речи, постављањем питања и давањем одговора. Питање које је постављао поверилац било је „*Vas es?*“, а одговор јемца „*Vas sum*“. Јемац није приступао као акцесорни дужник некој већ постојећој обавези главног дужника, већ је јемчио да ће неко треће лице преузети неку обавезу, а уколико се то не догоди, он је био једини одговоран и дужан да изврши чинидбу.

Предијатура је такође припадала групи вербалних уговора, која се закључивала постављањем питања и давањем одговора на постављено питање. Уговорне стране код предијатуре били су са једне стране државни магистрати, а са друге стране јемци (*praes, praedes*) који су се обавезивали државом магистрату, било у поступку *legisactio sacramento* или поводом неког уговора склопљеног са државом.¹⁷⁵ У легисакционом поступку се једно лице обавезивало да ће друго лице, тужени, извршити обавезу из парнице. Државни магистрат је постављао питање „*Praes est?*“ „*Да ли си јемац?*“, на које је јемац одговарао „*Praes sum.*“ „*Јемац сам*“. *Praes*, као и код вадитуре, није био акцесорни дужник који је одговарао за случај да главни дужник не изврши преузету обавезу, већ је био самостални дужник, који је једини могао да буде тужен за случај да главни дужник не изврши преузету обавезу према држави.

Спонсија, као први појавни облик стипулације, углавном је служила за обећање неке обавезе која се односила на извесну новчану суму, али је врло брзо почела чешће да се употребљава, јер је због своје апстрактне природе била погодна за закључење најразличитијих уговора, као што су купопродаја, поклон... С обзиром на свој апстрактни карактер, између осталог је служила и за закључење уговора о зајму, у ком случају су се закључивале две стипулације, једна за главни дуг, а друга за камату, мада је било могуће и спојити обе у једну.¹⁷⁶ Стипулацијом је закључивана и веридба, између *pater familias*-а будуће младе и младожење.¹⁷⁷

1.3.1.4.3. In iure cessio (уступање на суду)

У преткласичном периоду, осим манципацијом, својина се преносила и уступањем на суду (*in iure cessio*). И овај начин преноса својине захтевао је обавезну и

¹⁷⁵ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 245.

¹⁷⁶ Види: Станојевић, О. – *Зајам у историји права*, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966, стр. 46.

¹⁷⁷ *Idem*, стр. 100.

строгу форму, која се предузимала пред магистратом. Стицање својине уступањем на суду било је предвиђено одредбама Закона XII таблица, као и манципација.

Још једна заједничка одлика манципације и поступка преноса права својине уступањем на суду јесте строги формализам и апстрактност правног посла.

Оно што је разликовало *in iure cessio* као начин стицања својине од *mancipatio* јесте то што се поступак одвијао пред надлежним магистратом (претором) и због тога није био чисто приватног карактера, већ је представљао приватно-правни начин стицања, стицање својине са елементом јавности.¹⁷⁸

Гај у Институцијама наводи да се манципација чешће користила у пракси, јер је увек лакше нешто обавити пред присутним пријатељима као сведоцима, него пред претором или управником провинције.¹⁷⁹

Субјекти преноса права својине код *in iure cessio* били су пуноправни римски грађани, лица *sui iuris*.¹⁸⁰

Предмет су биле како ствари *res Mancipi* тако и ствари *res nec Mancipi*.¹⁸¹

Поступак је почињао тако што су уговорне стране пред магистрата доносиле покретну ствар или симбол непокретности. Гај у Институцијама описује поступак који се одвијао пред магистратом. Стицалац је изговарао свечану формулу „Тврдим да је овај роб мој по квинтском праву“ (уколико је вршен пренос права својине над робом који је представљао покретну ствар).

„Свечана формула која се примењивала приликом преноса као и у поступку *mancipatio* значила је акт уступања предмета преноса на суду. Изговарање свечане формуле представљало је први део поступка *in rem* при чему је прибавилац глумио тужиоца, а преносилац туженог који се бранио.“¹⁸²

¹⁷⁸ Приликом овог начина стицања својине претор је представљао елемент јавности. Детаљније: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 234.

¹⁷⁹ *Gai 2.25 „Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere“.*

¹⁸⁰ Изузетно, старо *ius civile* је признавало овај начин стицања својине и лицима која су имала пуноправно *ius commercii* (Латини). *Ibidem*.

¹⁸¹ „Овим начином преноса својине могле су се отуђивати и бестелесне ствари (службености, овлашћења законског татора).“ *Ibidem*.

¹⁸² Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Медивест КТ, Ниш, 2022, стр. 234.

Након изговарања формуле, претор се обраћао преносиоцу нудећи му могућност приговора (контравиндикације). С обзиром на то да се радило о привидној (фиктивној) парници, преносилац је најчешће ћутао, али је могао и да каже да не жели да оспорава контравиндикацијом. Након тога је претор досуђивао ствар прибавиоцу.

У овом поступку се уочавају два дела. „У првом делу поступка, пошто је стицалац изјавио и тврдио да је ствар његова својина, дотадашњи власник ствари (преносилац) ћутањем се фактички одрицао права својине на тој ствари и та ствар је постајала *res derelicta* (напуштена ствар). У другом делу поступка, одлуком претора стицалац је стицао право својине на напуштеној ствари.“¹⁸³

Овај вид стицања својине, *in iure cessio*, користио се само код закључивања добротиних правних послова код којих дотадашњи власник ствари, преносилац, није добијао ништа за узврат. „Са развојем римске државе и правно-економског промета, када су добротини правни послови могли да се закључују и неформалним путем, односно када је до отуђења ствари код добротиних правних послова могло доћи путем просте предаје ствари *a manu in manu*, *in iure cessio* као начин стицања својине је престао да постоји.“¹⁸⁴

1.3.2. Форма *ad solemnitatem* у класичном римском праву

Период након пунских ратова карактеришу другачије друштвено-економске прилике од оних које су обележиле преткласични период. То је био период када се ширила римска држава и када се развила трговина.

Ширење римске државе и развој правно-економског промета указали су на неадекватност форме *per aes et libram* у новонасталим друштвеним приликама и на њену отежану примену. Форма *per aes et libram* је била карактеристика преткласичног периода и као таква је кочила развој правног промета.

Међутим, неадекватност форме и отежана примена у новим друштвеним условима није значила да је манципациона форма сасвим напуштена у класичном периоду; и даље се примењивала све до краја класичног периода.

¹⁸³ Детаљније: *Idem*, стр. 235.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

У исто време, због потребе убрзања правно-економског промета, све чешће се за закључење уговора примењивала стипулациона форма, као форма *ad solemnitatem*. Ова форма се задржала из преткласичног периода развоја римског права. Стипулациона форма (вербална форма) предвиђала је само изговарање свечаних речи. Уговор је закључиван у вербалној форми тако што се на свечано постављено питање давао свечани одговор (нпр. „Обећаваши? Обећавам.“, „Чиниши? Чиним.“, „Дајеш? Дајем.“), без симболичних гестова, јавних изјава и присуства сведока, што је било неопходно код манципационе форме. Осим стипулације, закључивани су и следећи вербални уговори: *dotis dictio* и *iusiurandum liberti*.

Поједностављена вербална форма, у поређењу са манципационом формом, имала је и своје недостатке. Из вербалне форме није могла да се види кауза уговора као ни разлог његовог склапања, јер је суштина вербалне форме била у изговарању одређених свечаних речи. То је и био разлог што је вербална форма замењена литерарном (писаном) формом у класичном периоду.¹⁸⁵

Писана форма је била погоднија за употребу из више разлога. Са једне стране, била је погодна за уговорне стране јер је обезбеђивала доказ да је закључен уговор одређене садржине. Уколико је једна уговорна страна била оштећена, у случају спора је могла да доказује постојање и садржину уговора и да на тај начин заштити своја права. С друге стране, писана форма је користила судијама којима је било лакше да суде у парницама (или у поступку) када су имали исправе као доказе.¹⁸⁶ Литерарни уговори који су закључивани у класичном периоду били су *nomen transscripticum*, а за регрине *chirographa* и *syngraphae*.

Средином класичног периода, вербална и литерарна форма уговора замењене су реалном формом. За пуноважност уговора закључених у реалној форми није било довољно само постојање сагласне изјаве воља, већ је био неопходан и акт предаје предмета уговора. С обзиром на то да се код реалних уговора предаја ствари не сматра актом испуњења уговора, већ је услов за његов настанак, а да се чин предаје може сматрати формалношћу, сматрамо да би и ове уговоре требало сматрати формалним, па ћемо их тако и изложити.¹⁸⁷ Групу реалних уговора су чинили именовани уговори: зајам

¹⁸⁵ Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 327.

¹⁸⁶ „Увођењем консенсуализма уведено је потпуно супротно правило од правила старог римског облигационог права које је предвиђало да прост споразум не рађа облигацију.” Види: *Ibidem*.

¹⁸⁷ Према проф. др Бартолду Ајзнеру и проф. др Марјану Хорвату, вербални и литерарни контракти спадају у формалне, док се реални и консенсуални сматрају неформалним. Види: Eisner, B, Horvat, M. op. cit. стр.

(*mutuum*), остава (*depositum*), послуга (*commodatum*) и залога (*pignus*), а поред ових уговора постојали су и неименовани, који су такође закључивани предајом ствари.

У периоду принципата, са либерализацијом правно-економског промета и убрзаним привредним развојем, условљеним вишевековним миром у држави, поред реалне форме настала је и консенсуална форма. За пуноважно закључење уговора у консенсуалној форми била је довољна само проста сагласност воље уговорних страна (*consensus*).¹⁸⁸

Од истакнутих римских правника, Педије први примећује да је суштина уговора сагласност воља уговорних страна.¹⁸⁹ Само за консенсуалне уговоре, којих је било четири – купопродаја (*emptio-venditio*), најам (*locatio-conductio*), налог (*mandatum*) и ортаклук (*societas*), било је довољно да постоји сагласност воља уговорних страна, без обзира на начин спољашње манифестације те воље. Ови уговори су били у супротности са правилом које је важило у најстаријем периоду развоја римског права, да прост споразум не рађа облигацију.¹⁹⁰ Њима је установљен један принцип који је касније преузело и савремено право и који је био израз слободне воље уговарача – *solus consensus obligat*.

Израз слободе воље уговорних страна била је и могућност страна да уговоре неку од форми као обавезну за закључење свог уговора. Уколико уговорне стране неку форму уговоре као обавезну, она вољом страна постаје битан елемент уговора и услов за закључење пуноважног уговора. Ово нас доводи до закључка да је циљ форме у

392 и 402. Проф. др Жика Бујуклић објашњава да предаја ствари код реалних уговора није праћена строгим формалностима, које је захтевало старо цивилно право приликом закључења уговора, па су због тога класични правници имали тенденцију да реалне контракте посматрају као неформалне, а чин предаје ствари као нешто што произлази из саме природе ствари и уговора, на основу чега за реалне уговоре сликовито можемо рећи да су такви уговори за које се захтева „неформална форма“. Види: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2018, стр. 365. Проф. др Слободан Перовић у својој докторској дисертацији такође стоји на становишту да реалне уговоре треба посматрати као формалне. Види: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 18. И проф. др Драгомир Стојчевић реалне уговоре сматра формалним. Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 249. С обзиром на то да се код реалних уговора предаја ствари не сматра актом испуњења уговора, већ је услов за његов настанак, а да се чин предаје може сматрати формалношћу, сматрамо да би и ове уговоре требало сматрати формалним, па ћемо их тако и изложити.

¹⁸⁸ „У овом периоду реална форма се још увек захтевала код реалних и безимених уговора (контраката), који су се сматрали закљученим тек онда кад је једна од уговорних страна извршила дуговану чинидбу.“ О томе: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 327.

¹⁸⁹ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 62.

¹⁹⁰ О томе: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 327.

класичном праву био да употпуни слободу уговарања, за разлику од циља форме у преткласичном праву, када је форма служила за ограничавање воље уговорних страна.¹⁹¹

Консенсуална форма није у потпуности потиснула форму *ad solemnitatem*. У овом периоду је било општепознато колики је значај сагласности воља, али и да је поред сагласности, као субјективног услова за пуноважност уговора, за закључење готово свих уговора потребан још један – објективни елемент, који се огледао у форми која се захтевала за закључење ових уговора.

И у класичном периоду су формални правни послови заступљени у великој мери, нарочито у области статусног и породичног права, али и у стварном и облигационом праву.¹⁹²

1.3.2.1. Друштвено-економске прилике класичног периода

Класични период у развоју римске државе обухвата најдужи временски интервал – последња два века републике и целу епоху принципата.

У периоду позне републике, који је уследио након пунских ратова, дошло је до великих промена у привреди Лација.¹⁹³ Те промене су посебно значајне за тему овог рада.

Окончани пунски ратови, потискивање гусара са мора и коришћење војних путева искључиво у трговачке сврхе допринели су експанзији трговине.¹⁹⁴ Ратовања и

¹⁹¹ Види: *Ibidem*.

¹⁹² Међутим, мотиви за формализам се разликују у најстаријем и класичном периоду. Као што је речено, формализам најстаријег периода развоја римског права последица је неразвијености правног промета и великог утицаја религије на право, док се формализам класичног периода заснива на рационалнијим разлозима, који су приближнији онима којима се данас објашњава и оправдава постојање и све шира употреба формалних уговора. У периоду класичног права, мотиви који наводе на предвиђање специфичне форме као услова пуноважности уговора јесу контрола од стране власти, навођење уговорних страна да добро промисле пре него што донесу одлуку о закључењу уговора, као и правна сигурност. О томе: Аличић, С. – Форма правног посла у Гајевим институцијама, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2006, стр. 135.

¹⁹³ Освајањем великих житница на Сицилији и у северној Африци, у Лацијуму се привредна делатност преоријентисала на узгајање винове лозе и маслина. Мали и средњи предузетници су били принуђени да продају своје поседе и да одлазе у град као пролетери. Са друге стране, богати трговци, банкар и људи блиски владајућим слојевима стварали су огромна пољопривредна газдинства – латифундије. О томе: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 46.

¹⁹⁴ Производња се углавном ограничавала на потребе локалног становништва, али постојале су и неке регије Царства које су биле специјализоване за одређене производе. Тако је стабло вишне донето са Црног мора, бресква је стигла из Кине, а кајсија из Туркестана (Турска), нешто раније из Туркестана су стигли и орах и бадем, дуња је стигла у Италију са Крита, а кестен из Мале Азије. Маслину, која је била пореклом из Арабије и коју су на Медитеран донели Феничани, Римљани су преузели од Грка. Винова лоза је била

освајање нових територија, масовно коришћење робова у производњи и побољшање средстава за производњу довели су до наглог економског развоја, који је условио промене у породичној организацији, својинским односима и политичком животу.¹⁹⁵ Поред пољопривреде и занатства, којима су се људи бавили у доба краљева, сада свеопшти развој и напредак доводе до развоја нових грана привреде – поморства, рударства, саобраћаја и, наравно, трговине.

Цео басен Средоземног мора постао је велико трговачко подручје. Најважнија трговинска размена одвијала се између Рима и провинција.¹⁹⁶ Већи градови поред мора били су развијени у велике и познате трговачке центре, од којих су неки били и специјализовани за одређену врсту трговине. С обзиром на важност и значај одређених производа, били су утврђени критеријуми на основу којих је вршена подела територија на богате провинције, у којима су се узгајале маслине и винова лоза, и сиромашне, у којима се узгајала пшеница за потребе Рима (*emporium centrale*); подела територија условила је и поделу тржишта које је било биполарно: градска сиротиња и богаташи.¹⁹⁷

Осим развоја трговине, пољопривреде и сточарства, у класичном периоду развила се и новчана привреда, јер је још у периоду позне републике почео да се кује новац. Као јединица новчаног система утврђен је денариј.¹⁹⁸

Уз трговину се развија и банкарство и новчане шпекулације – зеленашење је и даље актуелно, али сада без могућности да се падне у дужничко ропство и са ограниченим каматним стопама.¹⁹⁹

Како су патрицији и даље сматрали да је једино часно занимање бављење пољопривредом, новим занимањима су се углавном бавили плебејци, што су

пореклом из Трансилваније (Румунија), а пшеница, која се у Рим допремала великим теретним бродовима, стизала је из Египта и са Сицилије. *Idem*, стр. 59.

¹⁹⁵ Види: Јовановић, М. – *Коментар старог римског ius civile*. Књ. 1, *Leges regiae*, Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2002, стр. 13.

¹⁹⁶ Одређени производи у којима је Рим оскудевао морали су да се увозе, а вишак неких производа из Рима и околине продавао се у провинцијама.

¹⁹⁷ О томе: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Студентски културни центар Ниш, Ниш, 2019, стр. 60.

¹⁹⁸ „Географским освајањем прилив злата и сребра допринео је појави зеленаштва. Широм Царства отварале су се мењачнице, а људи који су пословали новцем називали су се аргентарији (*argentarii*). Они су располагали готовим новцем, пратили су стање на тржишту новца, вршили су размену монета, преносили су одређене новчане износе са рачуна на рачун и давали су новац на зајам уз одређену камату.“ О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 40.

¹⁹⁹ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 40.

искористили као могућност за богаћење, које им је донело бољи економски статус, а самим тим и бољи друштвени статус и правни положај.²⁰⁰

Измењени услови привредног живота одразили су се и на друштво овог периода. Друштво у периоду позне републике чинили су робовласници и робови. Класу робовласника чинили су нобили и еквестри.²⁰¹

Између робовласника и робова постојао је још један друштвени слој који је чинио обичан народ (*plebs*). Народ су чинили сви плебејци који нису успели да се обогате и пролетеризовани средњи и мали земљопоседници.

Осим римских грађана (*cives Romani*), постојала је и категорија перегрина, слободних становника који нису имали статус римског грађанина, и категорија робова. Захваљујући честим ратовањима која су се завршавала успешно по Римљане, стечене су велике површине обрадиве земље, али и ратни заробљеници, који су ову земљу обрађивали.

У овом периоду правни значај има когнатска породица, а приватна својина постаје доминантни облик својине.

Ропство је, у овом периоду, добило пуну форму класичног ропства у коме је роб био третиран као ствар (*res, res moventes, instrumentum vocale*), а правни субјективитет је стицао тек у тренутку смрти.²⁰² Према проф. др Драгомиру Стојчевићу, установа ропства је омогућила Римљанима да буду ослобођени физичког рада и да имају вишак слободног времена, које су могли да усмере на интелектуални рад, где је спадало и бављење правом.²⁰³ На овај начин је установа ропства утицала на развој римског права.

Због измењених друштвено-економских околности пред крај периода републике, дотадашње уређење више није било одговарајуће. Систем власти који је функционисао док је Рим био град-држава, у условима када су се његове границе освајањима значајно

²⁰⁰ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 25.

²⁰¹ Овај период карактерише подела становништва на богате и сиромашне, сукоби између нобила, аристократског staleжа, и еквестра, витешког staleжа обогатених плебејаца, као и сукоби између робовласника и робова. Види: Eisner B, Horvat. M. *op. cit.* стр. 59. Подела на патриције и плебејце у овом периоду више није била значајна у тој мери јер су неки плебејци богаћењем доспели у садашњи слој нобила, чешће у слој еквестра, а они који нису успели да се обогате чинили су градски плебс.

²⁰² Рим постаје класично робовласничко друштво, са великим бројем робова, који су, незадовољни својим положајем који се у овом периоду знатно погоршао, организовали побуне и представљали су сталну опасност. Прелазак са патријархалног на класично античко ропство једна је од основних одлика другог дела републике, који је наступио после Другог пунског рата. Више о томе: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 33.

²⁰³ Види: Стојчевић, Д. – Римљани и право, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1957, стр. 173.

прошириле, више није био погодан. За империју овог обима било је неопходно да се власт централизује, што је у наредном периоду и учињено. Први корак ка монархији су били први и други тријумвират, након којих је Октавијан преузео власт. Формално је остало на снази уређење у погледу органа власти које је постојало у периоду републике, са скупштином, сенатом и магистратурама као органима власти, али је фактичко стање било такво да је принцепс сву власт преузео за себе. Принципат је водио римско друштво ка империји, иако је због врховне власти коју је принцепс делио са сенатом у погледу организације власти био дијархија.²⁰⁴

У периоду принципата, који је добио назив по функцији врховног владара – *princeps*, у његовој улози су обједињене функције и овлашћења различитих магистрата који су постојали у току периода републике. Он је управљао војском, одлучивао о рату и миру, имао управне и судске функције.²⁰⁵

Формално су и даље постојали исти магистрати као и у периоду републике, од којих су за тему нашег рада од највећег значаја претори, који су и даље обављали цивилну јурисдикцију. Принцепс је нашао начина да и њихову улогу деградира, тиме што је извршио кодификацију преторовог едикта и објавио вечити едикт. Управо налогом за кодификацију дотадашњих едиката претора и курулских едила, принцепс је правно-стваралачку делатност претора (коју претор никада није имао формално, али јесте фактички) преузео на себе. *Edictum perpetuum* је садржао само правила из едикта градског претора и курулских едила, а не и правила из едикта перегринског претора и управника провинција.²⁰⁶ Што се тиче закључења споразума, вечити едикт садржи одредбу која каже да ће бити дата заштита споразумима „ако нису преварно закључени или супротни законима, плебисцитима, сенатусконсултима, едиктима и декретима принцепса, као и ако нису закључени изигравањем некога“.²⁰⁷ Претори су у периоду принципата били ограничени у погледу ове своје делатности, која је пресудно утицала на развој римског права у периоду републике. Уместо да као досад стварају право, они су само примењивали вечити едикт, који је потврђивањем у Сенату добио снагу закона.²⁰⁸ На овај начин је *ius honorarium* од динамичког дела римског права постао

²⁰⁴ О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 42.

²⁰⁵ О томе: Eisner B, Horvat. M. *op. cit.* str. 69.

²⁰⁶ О томе: Милошевић, М. – *Римско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 87.

²⁰⁷ Види: Даниловић, Ј, Станојевић, О. – *Текстови из римског права, практикум за вежбе*, Београд, 1993, стр. 43.

²⁰⁸ Види: Маленица, А. – *Извори римског права*, I том, Научна књига, Београд, 1993, стр. 132.

његов статички део. Међутим, тенденција смањења формализма за закључење правних послова, коју су започели претори у преткласичном праву, у класичном праву је била настављена од стране владара и јуриспрудената.

Магистрати су у периоду принципата, иако су постојали као и у периоду републике, били подређени принцепсу и сенату. Поред претора, цар је имао низ својих чиновника, који су били под његовом влашћу и помоћу којих је он спроводио своју вољу.

У периоду републике било је покушаја да се Народна скупштина демократизује у односу на први период, док су јој у периоду принципата одузете законодавна, извршна и судска функција и пренете су на принцепса и на сенат. Иако је сенат остао представник републиканског уређења у државном уређењу у време принципата, он је променио своју улогу и значај.²⁰⁹

Принцепс се није задовољио посредним утицајем на законодавну делатност путем скупштина и сената, већ је почео да издаје *constutiones principium*, своје наредбе, које су временом добиле снагу закона. По речима Гаја:

Gai, Inst. 1.5. „*Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipat.*“²¹⁰

Гај, 1.5. „Владарева конституција је оно што император декретом, едиктом или писмом установи. Никада није било сумње да она има снагу закона, будући да и сам цар добија највишу власт путем закона.“²¹¹

Колики је био утицај принцепса на стварање права види се и из Улпијанове констатације „*Quod principi placuit, legis habet vigorem*“.²¹²

²⁰⁹ Док је за време републике био саветодавни орган магистрата, који је имао утицаја на спољну политику и на државну управу, за време принципата му је одузет утицај на спољну политику, али је добио законодавну функцију, одузету од скупштина. *Senatus consulta* су добила снагу закона, али, како су *senatus consulta* усвајана на предлог принцепса, сенат ни на пољу законодавства није имао независну улогу. Иако је теоријски принцепс делио власт са сенатом, чињеница је да је сенат заправо био само оруђе у рукама принцепса.

²¹⁰ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 30.

²¹¹ *Idem*, стр. 31.

²¹² Види: Маленица, А. – *Римско право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2007, стр. 74. „Оно што се свиди принцепсу има снагу закона“

Временом је прикривена монархија постала отворена монархија јер су републикански органи власти потпуно потиснути, а заменили су их императорски савет, заповедник града Рима, заповедник принцепсове гарде и принцепсова канцеларија.²¹³

У овом периоду је римска држава заузимала највеће пространство, а због тога што за време његовог трајања није било већих ратова и освајања, називан је *Pax Romana* – период мира или „златно доба“. „Ако је „доба краљева“ детињство једне цивилизације, а република њена младост, принципат представља време њене зрелости, у коме је дала своје најбоље плодове“.²¹⁴

Прва два века принципата обележила је стабилизација привреде.

До овог периода пољопривреда је била основна привредна делатност (по Машкину је Италија за све време антике остала пољопривредна земља, али су аграрни односи претрпели промене²¹⁵). Бројни ратни заробљеници у положају робова су обрађивали земљу на великим поседима.²¹⁶

Дошло је до наглог развоја и експанзије привреде, најпре у области поморске трговине. Трговина се развијала широм Средоземног басена, Малом Азијом и Кином.²¹⁷ Разгранате трговачке мреже допринеле су развоју многих градова Царства. Осим поморских трговачких мрежа, у овом периоду развиле су се и копнене трговачке мреже.²¹⁸

Сем трговине, дошло је и до развоја занатства. Отваране су велике занатске радионице и фабрике. У самој Италији и граду Риму развиле су се и грађевинарство и

²¹³ Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 50.

²¹⁴ О томе: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 53

²¹⁵ Више о томе: Машкин, Н. А. *op. cit.* стр. 370.

²¹⁶ Како се број и положај робова променио, почео је да се примењује систем закупа. Земљиште је подељено на мање целине које су узимали у закуп сиромашни сељаци или колони, ослобођени робови.

²¹⁷ „Трговачке флоте пловиле су свуда по Медитерану. Пловидба се одвијала по Црном и Црвеном мору, све до Индије, на западу дуж обале данашњег Марока, а на северозападу све до Британије. Путовало се углавном дању, мада нису били ретки случајеви да се превоз обављао и ноћу када се пловидба оријентисала уз помоћ звезда. Као мера предострожности пловидба је била ограничена на осам месеци у току једне године, искључујући зиму (*Mare clausum*), од пролећа до јесени.“ О томе: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, стр. 56.

²¹⁸ Изграђени су многи путеви који су полазили из Рима: *Via Appia*, *Via Popilia*, *Via Salaria*, *Via Flaminia*, *Via Amelia*; *Via Cassia*, а на сваких хиљаду корака налазио се камени стуб – миљоказ (*milliarium*), којим се означавала удаљеност од Рима. О томе: *Idem.* стр. 58.

индустрија луксузне металургије и бродоградња. Развој трговине утицао је на даљи развој новчане привреде и појаву кредита.²¹⁹

За разлику од прве половине периода принципата који оправдава назив „златно доба“ у развоју римске државе, у другој половини принципата присутни су били наговештаји кризе, а рефлектовали су се најпре у области пољопривреде. После низа неуспешних аграрних мера, поједини власници латифундијских имања, ради лакше обраде, делили су земљишта на мање земљишне поседе, на којима су радили градски и сеоски плебс и ослобођени робови, чиме је трасиран пут колонату карактеристичном за посткласични период.

Патрицијска аристократија је изгубила значај и нестала је са друштвене сцене. Заменили су их богаташи, које су чинили сенатори и еквестри. Сенатори су чинили највиши друштвени слој, а припадност овом слоју се одређивала на основу имовинског цензуса. Велико богатство и економска независност омогућавала им је да се супротстављају принцепсу. Други друштвени слој су чинили еквестри, а за припадност овом слоју се тражио нижи имовински цензус него за сенаторе. Стекли су велико богатство бавећи се банкарством и трговином, па им је само недостајала политичка моћ, државне функције и приступ магистратурама. Својим капиталом су помагали новчане трансакције принцепса и његовог државног апарата, а заузврат су стицали високе положаје у оквиру преторијанске префектуре.²²⁰ Насупрот богаташима била је многобројна сиротиња састављена од малих и средњих земљопоседника претворених у пољопривредне раднике.²²¹ Сиромашни плебс је зависио од милости цара, од кога је добијао „хлеба и игара“. Положај градског плебса током прва два века принципата био је повољнији него у периоду републике. Сеоски плебс углавном су чинили војни ветерани којима је држава након успешно окончане војничке службе бесплатно додељивала земљиште.

²¹⁹ Појава новца (ковао се поред сребрног и златни новац, а монопол је имао принцепс) довела је до развоја банкарства. Развијено је посебно занимање банкара, аргентарија, који су вршили банкарске послове полагања депозита и отварања банковних рачуна. Појава новца је такође утицала и на настанак кредита и појаву зеленашких правних послова. О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 46.

²²⁰ Временом је витешки staleж стекао значај чиновничког. О томе: *Idem*, стр. 47.

²²¹ Након периода великих ратова, чији терет су највише поднели мали земљопоседници, који су били у обавези да ратују док су код куће остављали своје поседе који су пропадали, владајућа класа је још више ојачала свој положај. То је довело до великог незадовољства малих земљопоседника, које су покушали да сузбију браћа Грах својим реформама, а које су неславно прошле с обзиром на то да нису одговарале велепоседницима. Са друге стране, у провинцијама су крупни земљопоседници тражили изједначавање у грађанским правима са Римљанима.

Положај робова, који се од патријархалног ропства све више погоршавао у периоду републике, на прагу принципата је био изразито неповољан.²²² Касније током принципата није било прилива нових робова јер није било освајачких ратова, њихова улога у области привреде је ослабила, па је долазило до великих ослобађања робова – манумисија.²²³ Појављују се и мере којима се ограничава искоришћавање робова, вероватно као последица нове религије – хришћанства.

Гломазни државни апарат је довео до образовања посебног друштвеног слоја чиновника. Чиновништво су чинили представници из редова сенатора и еквестра, а врло често и сами ослобођеници.

Дуготрајни период мира у доба принципата омогућио је развој културе и уметности, које су заједно са заједничким латинским језиком допринеле да се хетерогено становништво римске државе временом међусобно идентификује.²²⁴ Доношењем Каракалиног едикта 212. године којим је свим становницима признато држављанство римске државе (*Constitutio Antoniniana de civitate*) нестале су разлике између становника римске државе и перегрина.²²⁵ Овај догађај је био од изузетног значаја за право класичног периода јер је римски правни систем почео да важи у свим деловима царства, али и да поприма утицаје правних система освојених народа.²²⁶ У овом периоду се са персоналног принципа важења права прешло на територијални принцип важења, са изузетком робова и перегрина са најгорим положајем (*peregrini dedeticii*). С обзиром на наведене околности дошло је до стапања *ius civile*, *ius honorarium* и *ius gentium*.

1.3.2.2. Однос религије и права у класичном периоду

Религија је имала значајан утицај на право, који је у сваком периоду развоја римског права био специфичан.

Оно што је карактеристично за период позне републике јесте одвајање права од религије. Римљани су увидели да је државни апарат принуде довољно ојачао и да

²²² Честа ратовања у периоду републике резултирала су великим бројем робова, који су такође били незадовољни својим изузетно лошим положајем и покушавали су бројним устанцима да га поправе, међутим, сви они су били угушени од стране владајуће класе.

²²³ Види: Romac, A. – *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1981, стр. 30.

²²⁴ О томе: *Ibidem*.

²²⁵ О томе: *Ibidem*.

²²⁶ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 73.

религија није више неопходна за обезбеђивање поштовања правила, а није више ни ефикасно средство за обезбеђивање послушности због велике хетерогености народа и религија на простору римске државе.²²⁷

Поред описаних економских и социјалних промена, дошло је и до промена на духовном, религијском пољу. Међутим, иако се римска религија доста изменила у овом позном периоду републике, Римљани су у овом аспекту били конзервативни. Религија се није мењала унутрашњим преображајима, већ додавањем нових елемената.²²⁸ Постао је видљив и незанемарљив грчки утицај.

Уочљив је пад интересовања за религију и окретање рационалним активностима, као што су ратовања, освајање нових територија и стварање чврсте римске државе, у којој религија неће бити тако битан фактор као у првом периоду. Ширењем територије, Рим је обухватао и подручја која су имала сопствена божанства.²²⁹ Приликом освајања, Римљани нису наметали своје богове поробљеним народима. Ипак, оне религијске манифестације које су процењиване као опасне по римску државу забрањиване су (култ друида и људско жртвовање забранио је принцепс Клаудије, 54. год. п.н.е).²³⁰

Право уско везано за религију која је важила у Риму пре проширења његове територије губило је даљи смисао и делотворност, па је право почело да се посматра као људска творевина која се мења под утицајем различитих фактора, а не као воља богова.²³¹

Ко год је желео, могао је да се у периоду позне републике бави правом. Овим одузимањем искључивих овлашћења свештеницима у области права потпомогнут је процес удаљавања права од религије, који је карактеристичан за период позне републике.

²²⁷ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 34.

²²⁸ Опширније: Димезил, Ж. – *Древна римска религија*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад, 1997, стр. 75.

²²⁹ Римљани су били отворени за размену идеја са народима са којима су долазили у контакт, па се може рећи да римско друштво, као и остала многобожачка друштва, није било нетолерантно. Било је отворено за прихватање туђих верских представа. Радило се углавном о покореним народима, нарочито о Етрурцима и Грцима.

²³⁰ Детаљније: Месиховић, С. – *Едиција 12 стољећа римског свијета*, Филозофски факултет у Сарајеву, Сарајево, 2013, стр. 194

²³¹ О томе: Николић, Д. - *Упоредна правна историја*, Свен, Ниш, 2010, стр. 114.

У позном периоду републике, право све више улази у области које су раније биле регулисане религијским нормама. Између осталог, савесно понашање – *bona fides*²³² и правичност – *aequitas* прелазе из делокруга религијског у појам дефинисан правом.²³³ На овај начин, религија губи на значају који је имала у периоду краљевства и ране републике.

Ипак се може уочити утицај религије на право и у овом периоду, приликом посматрања положаја робова. У периоду позне републике, робови су сматрани „оруђем које говори“, стварима – *res mobiles, res moventes*.²³⁴ Међутим, када се посматра фактички положај робова, може се приметити да су робовима, под утицајем религије и у вези са верским обредима, дата нека права као и слободном човеку. Тако се гроб роба сматрао за *locus religiosus*, као и гроб слободног човека, а роб је могао учествовати код извођења култа. Када роб умре, његов господар је имао обавезу да га сахрани, а на надгробном споменику је стајало његово име.

²³² Послови римског цивилног права су били послови *stricti iuris*, док се послови *bonae fidei* јављају у другом делу републике, као последица повећаног промета са странцима. Савесно извршавање пословних односа са странцима није више могло да се очекује као последица страха од богова и религијских санкција. Другачији друштвени односи који су карактерисали овај период, развијено тржиште, сложенија структура и садржина правних послова довели су до тога да је било неопходно обезбедити санкцију која ће осигурати извршење уговора. У периоду касне републике то је *bona fides*, која је заменила фидес старог цивилног права. Уношењем клаузуле *ex fide bona* у судску формулу „до тада етички, морални кодекс понашања приликом закључивања правних послова, постао је правни институт који је и даље живо развијан делатношћу јуриспрудената“. О томе: Вулетић, В. – Од *bona fides* до начела савесности и поштења, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVIII, 1/2010, Београд, стр. 270. Бона фидес се може сматрати пословном етиком, која је изашла у први план након удаљавања права од непосредне контроле свештеника и религије уопште. Ова пословна етика је била неопходна у односима између самих Римљана, а још више у односима са странцима, који су били све чешћи. Како су различити народи који су дошли под окриље римске империје имали различита схватања о томе шта се сматра пожељним, поштеним и добрим понашањем у пословним односима, *bona fides* је служила као стандард кога су се сви придржавали. Види: Сич, М. *op. cit.* стр. 174. У овом периоду су послови почели да се закључују и неформално, па се њихово извршење обезбеђивало позивањем на добру веру, односно *bona fides*. Трансформација начела *fides* у *bona fides* догађала се паралелно са смањењем нивоа формализма и међусобно су повезане, јер су исте околности довеле до њиховог развоја. Формалности захтеване за закључење уговора су смањиване, али је са друге стране поштована одговорност уговорних страна за савесно извршење уговора јер су биле обавезане начелом *bona fides*, које је постало део судске формуле. Послови који су склопљени на овај начин били су утуживи пред претором, одакле су преузети и у римско цивилно право. У периоду развоја привреде и наглог повећања броја закључених послова, *bona fides* је служила као осигурање да ће послови бити обављени савесно и поштено, што не значи да нису на тај начин обављани и у ранијем периоду. У периоду старог цивилног права савесно и поштено поступање страна приликом закључења, трајања и испуњења уговора било је загарантовано тиме што су се уговорне стране углавном познавале, закључивање послова је било ретко, а послови су закључивани у форми која је захтевала присуство сведока или је била везана за магијску снагу речи и повлачила казну богова у случају неиспуњења уговора. О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 195. Пред крај републике су постојали механизми за заштиту од преваре – *exceptio doli* и *actio de dolo* и од принуде – *actio quod metus causa*, који су обезбеђивали накнаду штете, али је уговор остајао пуноважан, док су у класичном периоду уговорне стране добиле потпуну заштиту када су савесност и поштење постали принцип који су стране морале да поштују у уговорним односима.

²³³ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 51.

²³⁴ О томе: Игњатовић, М. – *Практикум за римско право*, ГИП Пунта, Ниш, 2013, стр. 9.

„Тенденција смањења сакралних елемената у праву наставила се све до класичног доба“.²³⁵

И у класичном периоду религија је била од великог значаја и утицаја на развој права, а самим тим и на ниво формализма. Као последица ширења царства и мешања других народа са Римљанима, и у домену религије је дошло до мешања обичаја и веровања.

Период принципата почиње владавином Октавијана, који је добио титулу *Augustus* – Узвишени, која је до тада припадала само неким боговима.²³⁶ Може се приметити поновно позивање на веру и религију као у периоду краљевства и ране републике, али овога пута се цар изједначавао са божанством: јавља се култ римских царева.²³⁷ Такође, у владару у доба принципата – принцепсу опет су спојена религијска и световна овлашћења, па је он, поред тога што је био врховни заповедник војске, стални конзул, цензор, трибун, био и првосвештеник. И из овога се може наслутити враћање значајног места религији у римском друштву. Међутим, „култ императора није био дугог вијека јер се њихова земаљска власт темељила на социјалним односима који су западали у све већу кризу“.²³⁸

Стварање култа царева није наишло на добру реакцију сиромашног слоја и робова, па су као одговор на култ царева створили једну религију која је изражавала протест против владајуће класе, што је за последицу имало прогон оних који су је пропагирали. У питању је било хришћанство, религија која се временом проширила на цело римско царство и на све слојеве његовог друштва.

„Од класичног доба се опет појачава утицај религије на све друштвене односе, па и на право, али се сада ради о другој, новој религији, која је продрла у све поре римског друштва. У питању је појава хришћанства“.²³⁹ Исус Христ је рођен, проповедао је

²³⁵ Више: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 51.

²³⁶ Након неколико деценија анархије и крвавих сукоба, грађанских ратова, са доласком Октавијана на власт ова бура се стишала, што се сматрало чудом, мешањем богова у световне ствари, а Октавијан је виђен као спаситељ, бог. Види: Ростовцев, М. – *Историја старог света*, Логос арт, Београд, 2005, стр. 388. Култ владара се испреплетало са култом богова и продужавао се у религији. О томе: Крешић, А. – *Религија као култ божанске и световне власти*, Издавачко предузеће Рад, Београд, 1958, стр. 8. Октавијан Август је покушао да поново успостави поштовање богова и култа, да религију искористи као оруђе за подизање морала код народа, али није успео у тој намери. О томе: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 73.

²³⁷ Владајућа класа је и то искористила за јачање свог положаја: под утицајем источњачких религија „цареви су добивали божански надимак (*deus Aurelianus*), а покојни цареви добре успомене уврштавали би се међу богове (*divus*)“.

О томе: *Ibidem*.

²³⁸ Опширније: Крешић, А. *op. cit.* стр. 11.

²³⁹ Детаљније: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 51.

хришћанство, осуђен је, разпет и по хришћанском веровању васкрсао за време принципата.²⁴⁰

Када се појавила, хришћанска вера је била прихваћена од стране робова и нижих слојева становништва, који нису били задовољни тренутном ситуацијом у царству.²⁴¹ Хришћанство проповеда нове врлине као што су покорност, скромност, понизност и покајање, као и љубав и према пријатељима и према непријатељима. Уместо *ius talionis*-а, права одмазде, који проповеда „око за око, зуб за зуб“ и који је био прихваћен у првим вековима развоја римског права, хришћанство поручује: „Мири се са супарником својим брзо, док си на путу с њим, да те супарник не преда судији, а судија да те не преда слуги у тамницу да те вргну... чули сте да је казано: око за око, зуб за зуб. А ја вам кажем да се не браните од зла, него ако те неко удари по десном твом образу, обрни му и други...“ (Јеванђеље по Матеју, 5. 25).²⁴²

Иако хришћанство даје огромно обећање обесправљенима, ипак ће се касније ове основне поставке мењати, када виши слојеви у Римском царству прихвате хришћанство као своју религију.

Појава нове категорије правних правила – *ius naturale* – везује се за период принципата. Док је *ius civile* оно право које сваки народ ствара по својим потребама, национално право, а *ius gentium* правна правила која су заједничка свим народима, која су на основу природног разума део сваког правног система, без обзира на то чије право се проучава, *ius naturale* се појављује као категорија под којом се подразумева право

²⁴⁰ Види: Николић, Д. *op. cit.* стр. 118.

²⁴¹ Хришћанска вера је била против владајућег поретка и култа царева, па су стога у њој нижи слојеви видели спас. Последице, хришћанство је по свом појављивању било од стране царева забрањивано, а присталице хришћанства прогањане. Хришћанство се ослања на претходне религије у неким елементима, али новина коју хришћанство доноси огледа се у идеологији љубави која проширује скуп оних који заслужују милост пред Богом, па самим тим и одређена права. Овај нови основ људских односа записан је у Новом завету: „Све дакле што хоћете да чине вама људи, тако чините и ви њима, јер то је Закон и Пророци“ (Јеванђеље по Матеју, 7. 12).

²⁴² Овакав став довео је и до постепене промене схватања права и проширивања оних субјеката који то право заслужују: „Уместо у једном ограниченом традиционалном праву, Исус тражи решење људских односа у љубави, а начело љубави универзализише“. О томе: Павићевић, В. – *Социологија религије са елементима филозофије религије*, БИГЗ, Београд, 1970, стр. 238. Сиромашни су по хришћанском веровању означени као они који ће у царству небеском заслужити милост: „Лакше је камили проћи кроз иглене уши него ли богатома ући у царство Божје“ (Јеванђеље по Марку, 10. 25.) „Филозофија хришћанства нудила је милионима људи Римског царства искупљење, обећано краљевство, у будућности, на оном свету“. У периоду обесправљености следбеника хришћанства, ова религија је „подстицала масе на бунт и отпор насиљу и беди живота у Царству“. О томе: Петровић, С. – *Митологија, култура, цивилизација*, Чигоја, Београд, 1995, стр. 98.

заједничко свим бићима, људима и животињама.²⁴³ По времену јављања ове треће категорије, можемо закључити да је до ње дошло под утицајем хришћанства. Хуманост која се огледа у третирању свих живих бића подједнако несумњиво има свој извор у хришћанским схватањима и начелима. Природно право је више филозофски него правни концепт, али је ипак заслужно за уношење неких хуманих решења у римско позитивно право.²⁴⁴ Како се наводи у Дигестама, начела грађанског права не могу мењати природна права.²⁴⁵

1.3.2.3. Активност понтифика у развоју права у класичном периоду

За разлику од преткласичног периода, у последњим вековима републике правна наука није више била привилегија мањег броја учених људи (понтифика).²⁴⁶ Од овог периода, свако ко је желео могао је да се бави правом. Ово занимање није, као у периоду старог цивилног права, било резервисано само за свештенички слој. Међутим, правничко занимање је, с обзиром на то да је било бесплатно, било доступно само најбогатијим члановима римског друштва. То је допринело да правна професија у периоду позне републике буде на врло примитивном нивоу, за разлику од Грчке где је изучавање права већ било развијено и одвијало се на државним школама.²⁴⁷ Без обзира на то што је улога понтифика била ослабљена, изучавање права је још увек било сведено на уске и приватне кругове.

Међутим, упркос отпору заједнице према ширењу правничког знања, право се имплементирало у свакодневни живот. Сачувани су записи који сведоче о томе да су се деца врло често играла судског поступка, као што су се играла војника.²⁴⁸

²⁴³ D .1.1.1.3., „*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*“. По Улпијану, „природно право је оно које је природа подарила свим живим бићима. Ово право није својствено само људском роду већ свим живим бићима која се рађају на земљи и у мору, а заједничко је и птицама“ Види: Маленица, А. – *Извори римског права*, 1993, стр. 26.

²⁴⁴ Опширније: Маленица, А. – *Римско право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007, стр.101.

²⁴⁵ Види: Маленица, А. – *Извори римског права*, 1993, стр. 26.

²⁴⁶ У великој мери је томе допринело доношење Закона XII таблица, који је систематизовао и учинио доступним свима правна правила тог периода. О томе: Игњатовић, М. – „*Da mihi facto, dabo tibi ius*: stvaranje, kreiranje, tumačenje i primena prava u starom Rimu, Zbornik na trudovi, Treta međunarodna konferencija „Opštestveni promeni vo globalniot svet“, Praven fakultet, Štip, Severna Makedonija, 2016, стр. 329.

²⁴⁷ Непостојање правних школа се правдало чињеницом да подучавање права шкоди угледу, а поготову узимање накнаде за тај рад, и да се то једино може чинити као нека врста забаве (*Ad dignitatem docere non habet! Certe si qasi in ludo!*). Види: *Ibidem*.

²⁴⁸ Види: *Ibidem*.

„Да право није привилегија мањине, већ је доступно сваком грађанину без обзира на порекло, допринело је и увођење формула легисакција, чиме је познавање процесних тужби престало да буде „дуго чувана тајна“ као и познавање верског календара (*fastes*), који су недвосмислено указивали на дане када су могли да се склапају правни послови, али и да се воде судски спорови. Тиме је умногоме ослабила моћ понтифика, јер иза њих више није стајао углед религије нити ауторитет свештеничких колегија. Коначно, њихов значај у креирању и примени права престао је увођењем формуларног поступка доношењем *lex Aebutia* и *leges Juliae*“.²⁴⁹

1.3.2.4. Активност јуриспрудената и класичних правника у креирању класичног права

Класични период у развоју римског права уследио је након географског ширења римске државе и развоја трговине и новчане привреде. Наведене промене у свим сегментима живота довеле су и до значајних промена на пољу права, па је јасно зашто се приликом периодизације римске државе и права време након Другог пунског рата сматра почетком једног новог периода. Досадашњи односи затворене кућне привреде и неразвијене трговине били су оптерећени строгим формализмом у области закључења уговора, међутим, то није стварало веће потешкоће јер закључење уговора није било тако честа појава. У периоду позне републике Римљани су од покорених народа преузели нове пољопривредне културе и модерније начине обраде земље, што је довело до великих вишкова производа пласираних на тржишту које је било у наглом развоју.²⁵⁰

Новонастале околности захтевале су правна правила која би омогућила брзо и ефикасно бављење трговином. Старо римско право (*ius civile antiquum*) није имало адекватна решења за нове односе у друштву, па се из тог разлога јавила потреба да се пронађу нови правни институти који ће олакшати, пре свега, економски, а потом и правни промет. У том смислу кључну улогу су одиграли стари римски правници (*veteres*), претор и класична јуриспруденција (класични римски правници).

Након другог дела републике, у коме је право интензивно усавршавано, мењано и прилагођавано новонасталим приликама, долази период у коме правници усавршавају ова правила, повезују их у складну целину са цивилним правом и стварају појмове и

²⁴⁹ О томе: *Ibidem*.

²⁵⁰ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 25.

установе који римском праву дају научну димензију, а периоду принципата епитет „доба правничког права“.²⁵¹ Период класичног права карактерише велика активност правника и развој правне науке.²⁵² Захваљујући развоју правне науке, норме су груписане у логичне целине и на тај начин је створен један усклађен правни систем римског права.

У процесу секуларизације римског права, улога тумача и чувара римског права прешла је са понтифика на јуриспруденте.

Старе форме су се прилагођавале новим односима, а био је изражен и утицај правних норми грчког и хеленистичког права, као и хеленистичке филозофије и грчке реторике.²⁵³ Последица овог утицаја у области уговорног права јесте почетак коришћења писане форме за закључење уговора.

У периоду римског класичног права могу да се уоче два периода: доба стварања и доба сређивања новог римског права. У овом периоду се у потпуности развила римска класична правна наука и створена су многа дела римских правника, која су послужила за изградњу права у посткласичном периоду.

У стварању римског права, активну улогу су имали стари римски правници (*veteres*), који су преузели улогу чувара и тумача права од понтифика, чиме су рационализовали и секуларизовали право. Стари римски правници из овог периода су на основу постојећих чињеница тумачили, а донекле и мењали право, применом аналогije и нових метода тумачења које су створили, а који су служили за попуњавање правних празнина (*argumentum a contrario*).²⁵⁴ Класични римски правници су креирали ново право.

У току класичног периода принцепс је дао одређеним истакнутим правницима одрешене руке да путем своје активности давања правних савета – *respondere* кроје законодавство које ће регулисати бројне трговачке односе како између Римљана, тако и са страним трговцима. Одговори овлашћених правника, који су били блиски принцепсу и заузимали висок положај, имали су снагу закона. У њиховим одговорима су обично

²⁵¹ Види: Милошевић, М. *op. cit.* стр. 71.

²⁵² Обичаји су и даље представљали извор права, али у мањој мери него раније и само у случају да писано право не регулише неки однос. Само они обичаји „који се нису противили позитивном поретку и разумној оцени односа међу људима“ и „који су у духу правног поретка попуњавали законске празнине“ били су извор права. О томе: Пухан, И. – *Римско право: економско-друштвени односи, политичко уређење, извори права, jus quod ad personas, quod ad res et quod ad actiones pertinet*, Београд, 1974, стр. 83.

²⁵³ Опширније: Машкин, Н.А. *op. cit.* стр. 306.

²⁵⁴ Отуда из овог периода потиче и чувена латинска максима „*Da mihi factum, dabo tibi ius*“ (дај ми чињенице, даћу ти право).

решавана појединачна питања врло практично и ефикасно, без бављења апстрактном правном теоријом и уз избегавање крутих и строгих правила, што је посебно допринело да старо цивилно и хонорарно право буде прилагођено новим приликама.²⁵⁵ За овај рад је веома значајна активност правника на пољу давања мишљења како треба да изгледа форма предузетог посла – *cavere*. Осим тога, правници су се бавили заступањем у парницама, а ова њихова активност се означавала са *agere*.

Сваки правник је могао да има своје мишљење по неком питању, међутим, уколико су се мишљења више правника поклапала, то је водило стварању обичајног права и временом су сагласна мишљења правника постала део *ius civile* и, уз преторске едикте, највише су допринела развоју приватног права.²⁵⁶

Доба сређивања римског права обухвата период принципата. У овом периоду су се многи бавили изучавањем права, почев од чланова принципсовог савета, преко професионалних чиновника, јуриспрудената са правом *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, па до оних који нису имали ово право и који су се могли бавити само заступањем на суду и давањем савета.²⁵⁷ Период класичне јуриспруденције се назива и „златним добом“ за развој римског права.²⁵⁸ У овом периоду су настале Гајеве Институције, које су представљале један од најзначајнијих зборника римског права, из кога сазнајемо доста података који су нам значајни за обраду теме овог рада.

1.3.2.5. Активност претора у креирању класичног права

Период позне републике је био изразито плодноносан на пољу права. За време овог периода римски правни систем од примитивног постаје најразвијенији правни систем који је дотадашња историја познавала и који ће тек римско право класичног периода да надмаши.²⁵⁹

²⁵⁵ Види: Пухан, И. *op. cit.* стр. 87.

²⁵⁶ Види: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 65.

²⁵⁷ Међутим, у овом периоду је активност јуриспрудената ограничавана од стране владајуће политичке опције, а њихова дела су се процењивала у односу на то колико погодују вољи владара. О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 75.

²⁵⁸ „Римски правници написали су дела у којима су садржане максиме, правни појмови (*regulae, definitiones*), детаљно обрађени практични и апстрактни случајеви (*responsa, epistole*). Писали су монографије у којима су обрађивали правне прописе садржане у одређеним изворима права, коментаре правних правила садржаних у оквиру *ius civile* и *ius honorarium*, коментаре преторових едикта (*libri adictum*), као и књиге енциклопедијског садржаја (*digesta* или *pandectae*). Правници су писали и уџбенике права намењене младима жељним правничког образовања (*institutiones*).“ О томе: *Idem*, стр. 78.

²⁵⁹ Станојевић, О. *op. cit.* стр. 51.

Римско законодавство се није толико бавило приватним правом, па је регулисање ових односа препуштено судској пракси тј. правосудним магистратима, пре свега преторима. Поред једног система права који је већ постојао – *ius civile*, паралелно су се развијали други системи. Активност претора довела је до формирања система права *ius honorarium*, који је настао активношћу градског претора (*praetor urbanus*), и *ius gentium*, који је настао активношћу перегринског претора (*praetor peregrinus*).²⁶⁰ На овај начин су Римљани успели да сачувају традицију и старо *ius civile*, али су преко перегринског претора створили и *ius gentium*, „еластични правни поредак који је окамењеном цивилном праву удахнуо нови живот“.²⁶¹

На самом почетку Институција, Гај говори о томе који системи права су се користили у римској држави у класичном периоду, али не прави довољну разлику између *ius civile* и *ius honorarium*:

*Gai, Inst. 1.1. „Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocatur que ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.“*²⁶²

Гај, Инст. 1.1. „Сви народи којима управљају закони и обичаји служе се делом својим сопственим, делом правом које је заједничко свим људима. Оно право, наиме, које је неки народ за себе створио, његово је посебно и зове се грађанско право (*ius civile*), као посебно право те државе; што је пак установљено међу свим људима као сагласно природи ствари, те се у свих народа једнако поштује зове се народно право (*ius gentium*), као право којим се служе сви народи. Тако се и римски народ служи делом својим сопственим, делом правом заједничким свим људима.“

Папинијан прецизније објашњава разлику између *ius civile* и *ius honorarium*:

„Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est quod praetores introduxerunt

²⁶⁰ Види: Јовановић, М. *op. cit.* стр. 17.

²⁶¹ О томе: *Idem.* стр. 5.

²⁶² Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 28.

adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur ab honore praetorum.“²⁶³

„Цивилно право је оно (право) што произлази из закона, плебисцита, мишљења сената, царских одлука и ауторитета правних стручњака. Преторско право је оно (право) што су га увели претори ради помагања, надопуне или исправка цивилног права због јавне користи“. Цивилно право је право једног народа, које је он створио, и зато се означава са *ius civile*, *ius Quiritium* или право грађана Рима. Примењен је персонални принцип важења права на грађане Рима: било да се налазе у Риму или провинцији, на њих се примењивало *ius civile*.

Ius civile и *ius honorarium* били су резервисани само за римске грађане, који су могли да бирају која правила желе да користе.²⁶⁴ Стога се, упоредо, по територијалном принципу важења права, у класичном периоду широко примењивао правни систем *ius gentium*, који је регулисао правне односе између лица која су потпадала под различите правне поретке када је примењиван персонални принцип важења права, односно односио се на све народе који су живели на територији Рима. Ова правила су на основу природног разума део сваког правног система, без обзира на то чије право се проучава. И овај правни систем је, као и *ius honorarium*, тежио ослобађању од формализма, симболике и апстрактности, а препознавао је вољу као значајан фактор приликом закључења уговора.

Ius civile се у периоду републике састојало од одредби Закона XII таблица и закона донетих за време републике. *Ius honorarium* је настало као последица застарелости цивилног права, а *ius gentium* као последица потребе да се регулишу односи између лица са различитих територија римске империје.²⁶⁵ Проф. др Обрад Станојевић веома сликовито описује цивилно право као „сиви зид“ на коме се постепено јавио „зелени бршљан“ у виду преторског права, а касније је класична правна наука илустрована као цвет, који је римском праву дао праву лепоту.²⁶⁶

²⁶³ Види: Boras, M, Margetić, L. *op. cit.* стр. 58.

²⁶⁴ Грађани Рима су могли у својим односима, па тако и приликом закључења уговора, да користе и правна правила *ius civile* и *ius gentium*, док су перегрини могли да користе само *ius gentium*. Међутим, како је *ius gentium* био правни систем који је ослобођен формалности, апстрактности, са акцентом на вољи уговарача, Римљани су и у својим међусобним односима користили радије *ius gentium*. Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 10.

²⁶⁵ Види: *Idem*, стр. 49.

²⁶⁶ Види: *Idem*, стр. 50.

У овом периоду се појављују установе које су потпуно различите од оних из цивилног права, од којих су за тему овог рада најзначајнији неформални, консенсуални уговори, међу којима су били продаја, најам, ортаклук и мандат, и реални уговори, у које су спадали послуга, остава и залога.

1.3.2.5.1. Увођење магистратуре претора

Услед великих промена у економским приликама, друштвеној структури, трговини и на осталим пољима, неопходно је било да се правна правила која су произлазила из Закона XII таблица и бројних закона изгласаних на скупштинама прилагоде новонасталој ситуацији. Креативна улога је припала правосудним магистратима – прво су то били конзули, а онда и претори.²⁶⁷

Магистратура претора је уведена на основу закона *Lex Licinia Sextia* 367. год. п.н.е. и у почетку је била доступна само патрицијима. Због одсутности конзула услед честих ратова, претор је преузимао фактичку власт у граду, па су ти претори називани *praetor urbanus* (градски претор). Једна од надлежности која је са конзула прешла на претора јесте овлашћење за решавање грађанских и кривичних спорова, за шта су били надлежни претори из редова патриција, док временом ова магистратура није постала доступна и плебејцима. Касније се уводи још један претор, 242. год. п.н.е. Од тада су два претора бацала коцку како би поделили надлежност – један је био задужен за решавање спорова насталих између римских грађана, а други за решавање односа Римљана и перегрина, као и између самих перегрина. Претор чија је надлежност била решавање спорова између римских грађана и перегрина – странаца, као и самих перегрина из различитих провинција, називан је *praetor peregrinus*. Услед проширења територије број претора је постепено растао, а пред крај републике порастао је на шеснаест.²⁶⁸

Активност претора је допринела поједностављењу форми правних послова. Уместо форми које су пред стране уговорнице постављале велике захтеве, уведене су форме које је било много лакше испунити. Због тога је улога претора у смањењу формализма издвојена као посебан део овог рада. Макс Касер, када говори о активности претора у прилагођавању римског права тренутним приликама, наглашава улогу правника, од којих су претори тражили савете и који су били у обавези да, с обзиром на то да се претори смењују на годину дана, воде рачуна о правној сигурности и

²⁶⁷ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 77.

²⁶⁸ Види: Пухан. И. *op. cit.* стр. 69.

континуитету правног развоја, како би се спречиле непромишљене мере.²⁶⁹ Дакле, ни улога правника у процесу смањења формализма није занемарљива.

1.3.2.5.2. Улога *praetor urbanus*-а у смањењу формализма приликом закључења уговора

Како бисмо дочарали колики је утицај активности претора био на право овог периода, објаснићемо његову улогу у области права. Римски грађански поступак се делио на уводни поступак, који се одвијао пред градским претором, приликом кога је он оцењивао да ли има основа за тужбу, и на поступак пред судијом или већем судија, приликом кога су извођени докази и изрицана је пресуда.²⁷⁰ Претор није судио, већ је само организовао решавање спорова, али је имао надлежност да оцени да ли је захтев странака утемељен на закону и да ли су испуњене основне претпоставке за вођење спора и имао је слободу да, када су то разлози праведности захтевали, допусти тужбу и када цивилним правом није предвиђена. Са друге стране, претор је могао да ускрати заштиту неким правним пословима који су закључени у траженој форми и тиме су испунили услов за пуноважност. Иако није судио, претор је својим упутствима вршио утицај на судију како да реши конкретан спор. Практику одступања од старог *ius civile* почео је најпре да примењује перегрински претор јер се на перегрине није примењивало *ius civile*, а следио га је и градски претор. Паралелно са постојањем система *ius civile*, изграђен је и *ius honorarium*, као последица активности градског претора, која није била само усмерена на тумачење постојећих правних правила, већ и на стварање нових. *Ius honorarium* је добило назив по почасном карактеру функције претора. Тако Папинијан каже: „Преторско право је оно које су увели претори ради проширивања, допуне и исправљања *ius civile*, а ради опште користи. Оно се назива и хонорарно, а ово име добило је због преторове почасне службе (*ad honorem*)“.²⁷¹ Осим претора, на *ius civile* је утицала и активност курулских едила, који су били шефови полиције и задужени за регулисање односа на пијацама.

Како не би постојала неизвесност и недоследност у поступању, претори су издавали едикте, у почетку усмено, а касније и у писаној форми. На овај начин, претори су, иако нису имали формално законодавну власт, фактички стварали нова правна

²⁶⁹ Детаљније: Kaser, M. – *Roman Private Law*, Buterworths, 1984, str. 20.

²⁷⁰ О томе: Eisner B, Horvat. M. *op. cit.* стр. 61.

²⁷¹ Види: Маленица, А. – *Римско право*, Нови Сад, 2007, стр 66.

правила, тиме што су пружали заштиту неким односима које цивилно право није штитило или је регулисало на други начин.

Гај у Институцијама наводи да су едикти наредбе оних који имају овлашћење да такве наредбе издају, а то су магистрати римског народа. „Најшире право садржано је у едиктима двају претора, градског и перегринског“.²⁷²

На почетку свог мандата претор је доносио едикте који су садржали општеважећа правила којих су морали да се придржавају римски грађани и која су важила до истека мандата претора, који је трајао годину дана. Како су ови едикти имали снагу закона, према Цицерону су називани *lex annua* – једногодишњи закони, како би се разликовали од осталих аката које је претор издавао, а који нису имали општи карактер. Ступањем новог претора на дужност, мењала се и садржина едикта. Оне делове едикта који су се добро показали задржавао је и наредни претор, додајући и своја, нова правила, којима је допуњавао претходна и мењао она која су се у претходном периоду показала као застарела.²⁷³

Треба нагласити да претори нису имали законодавну власт, правила објављена у едиктима нису имала снагу закона и њима нису стварана формално нова правила, већ је до промена у правном систему долазило посредно, давањем заштите одређеним односима који по цивилном праву нису били заштићени, а у складу са начелом правичности као основним критеријумом.

Својом активношћу, претори су тумачили правила која су спадала у *ius civile* (*adiuvandi iuris civilis gratia*) или допуњавали празнине старог цивилног права – ова њихова активност се називала *supplendi iuris civilis gratia*. У почетку се делатност претора заснивала на *adiuvandi iuris civilis gratia* и *supplendi iuris civilis gratia*, али касније су у едикте уношене и одредбе које су биле у супротности са цивилним правом, којима су се практично мењале (исправљале) застареле одредбе *ius civile* које нису биле у складу са тренутним приликама, а ова активност претора се називала *corrigendi iuris civilis gratia*.²⁷⁴

²⁷² Gai, Inst. 1.6. „*Edicta sunt praecepta eorum, qui ius edicendi habent. Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides eorum habent*“ Види: Станојевић, О. – Гајеве Институције (превод са латинског), Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 30.

²⁷³ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 35.

²⁷⁴ Види: Kaser, M. *op. cit.* стр. 19.

За предмет нашег рада најзначајнија је активност претора на пољу смањења формализма приликом закључења уговора. Претор је смањео формалности строге процедуре за пренос власништва на стварима *res mancipi*, нарочито на средствима за обраду земље, и створио тзв. преторску (бонитарну) својину.²⁷⁵ Код преторске својине стицаоци су веровали у савесност и поштење преносиоца, па су зато пристали на пренос својине простом предајом ствари, без формалности које су се захтевале како би имали заштиту по *ius civile*.²⁷⁶ За случај да преносилац права ипак није био савестан, ради заштите савесног стицаоца, претор му је дозволио *exemptio rei venditae et traditae* и на тај начин пружио заштиту једном правном односу који је настао мимо правила о строгој форми као услови пуноважности уговора.²⁷⁷

Могућност да поступају на овај начин претори су заснивали на чињеници да су закон и обичаји који су се примењивали имали правне празнине, које су последица промена друштвених околности и које је било неопходно попунити. Строго формалистичко право, неадекватно за задовољење потреба развијенијег друштва, уступило је место преторском праву, које је било флексибилније и имало је слуха за промене, којих је било на свим аспектима. Претори нису имали никакво посебно овлашћење да поступају на начин на који су поступали, већ само прећутно одобравање због тога што су њихове иновације ишле у корак са временом.²⁷⁸

Потреба да се послови склапају брзо и ефикасно била је покретач за промене у погледу нивоа формализма који се захтевао за закључење уговора. Форме које је предвиђало старо *ius civile* биле су споре, компликоване, гломазне, ритуалне, а што је

²⁷⁵ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 78.

²⁷⁶ Како начини преношења својине на стварима из најранијег периода развоја римског права нису задовољавали потребе развијеније привреде и трговине, у пракси, а захваљујући активности претора, све више су се *res mancipi* преносиле простом предајом ствари. Проста предаја ствари није производила правно дејство према правилима *ius civile* и прибавилац није стицао својину на ствари, већ само државину, која је могла да пређе у својину само након испуњења услова за одржај. До тада је власник ствари могао да је прода још једном или да на неки други начин располаже њом. Активност претора није ишла у смеру проширивања начина за стицање квинитске својине, већ су, штитећи држаоца као власника, стварали нови облик својине. Види: Машкин, Н.А. *op. cit.* стр. 309.

²⁷⁷ Ова заштита је могла да се користи само у односу на власника ствари, али не и у односу на трећа лица, и то само уколико је стицалац и даље имао државину на ствари. Активност претора на овом пољу је посебно значајна јер је у овом случају претор заштитио један однос који није уживао заштиту јер нису испуњене формалности које су биле прописане за пуноважно закључење уговора о преносу својине, чиме је допунио *ius civile*. Како би се заштитио стицалац који је купио и примио неки предмет, а касније изгубио државину на ствари која је била предмет просте предаје, претор је увео *actio Publiciana*, захваљујући којој је лице које је *res mancipi* прибавило традицијом могло да поднесе тужбу уз фикцију да је истекао рок за одржај, коју би судија прихватио уколико су испуњени сви остали услови захтевани за одржај.

²⁷⁸ Опширније: Kaser, M. *op. cit.* стр. 19.

посебно битно, доступне само Римљанима.²⁷⁹ Пут да би се заобишла ова строга правила водио је преко ширег тумачења, заобилажења и у крајњем случају непоштовања правила *ius civile*. *Ius honorarium* је, по речима правника Марцијала, било „живи глас *ius civile*-а“.²⁸⁰

На почетку свог деловања, претори су се придржавали правила садржаних у Закону XII таблица и другим законима. Међутим, када промењене друштвене и економске прилике то више нису могле да трпе, претор је почео да ствара правила која су одступала од оних која је предвиђало *ius civile*, нека су чак била и у супротности са њим, али правила *ius civile* никада нису била званично укинута. Папинијан у Дигестима *ius praetorium* описује на следећи начин: „*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*“.²⁸¹

Новине које је доносило преторско право, право градског претора, постале су временом обичаји цивилног права. Са аспекта теме нашег рада значајно је рећи да су реални и консенсуални уговори стекли заштиту прво по преторском праву.²⁸² Реалне уговоре сврставамо у формалне због чина предаје, који је био неопходан за пуноважност уговора, док се за пуноважност консенсуалних уговора нису захтевале никакве формалности.

Временом је постепено долазило до стапања цивилног и преторског права.²⁸³ Гајеве Институције су карактеристичне по томе што упоредо прате развој и института *ius civile*, који су још увек били у употреби у класично доба, али и нових института *ius gentium*-а. Гај то сам наглашава већ у првом параграфу када каже да се право дели на *ius civile* и *ius gentium*, а да ће приликом излагања института бити назначено ком систему он

²⁷⁹ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 35.

²⁸⁰ О томе: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 50.

²⁸¹ D. 1.1.7.1 (Papinianus libro secundo definitionum) „Преторско право је оно право које су увели претори да би у општем интересу унапредили, употпунили или кориговали *ius civile*. Оно се зове и *ius honorarium*, у почаст претору који се тако титулише.“ Види: Даниловић, Ј, Станојевић, О. *op. cit.* стр. 138.

²⁸² Види: Eisner B. Horvat. M. *op. cit.* стр. 63.

²⁸³ Активност претора и стварање једног новог правног система упоредо са важењем *ius civile* довели су до тога да су многи институти удвостручени (на пример, наставила је да постоји својина која се штитила по старом цивилном праву – *dominium*, али је постојала и заштита претора за фактичко стање које се изједначавало са својином – бонитарна, преторска својина), што је дуго била карактеристика римског права, све док институти преторског права, који су више одговарали духу времена и потребама друштва, нису потиснули правила старог *ius civile*. Види: Romac, A. – *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1981, str. 26.

припада.²⁸⁴ До спајања *ius civile* и *ius gentium*-а формално је дошло у Јустинијановој кодификацији.²⁸⁵

1.3.2.5.3. Улога *praetor peregrinus*-а у смањењу формализма приликом закључења уговора

Осим градског претора, на смањење формализма приликом закључења уговора значајно је утицала и активност перегринског претора. Ови магистрати су били надлежни за решавање спорова између Римљана и перегринина и између перегринина међусобно. Како странци нису могли да користе правила *ius civile*, било је потребно некако уредити односе између њих и Римљана, с обзиром на то да су све чешће улазили у пословне односе, а свако је имао сопствена правила. Након освајања територија, Римљани су остављали народима са покорене територије да и даље примењују своје право, све док није било неопходно да се установе правна правила која ће се користити за закључење уговора и решавање спорова између Римљана и странаца, као и странаца из различитих провинција међусобно.

У формирању ових правила, претор је имао главну улогу. Као и градски, и перегрински претор је издавао едикте у којима је на почетку своје једногодишње функције заузимао ставове и износио правила која ће током трајања свог мандата примењивати. Разликовао се начин на који су своју улогу креатора права вршили градски и перегрински претор. Перегрински претор је директно уводио најпрактичније форме јер није био формално везан цивилним правом, за разлику од градског претора, који је услед везаности за *ius civile* то морао да ради путем тумачења, фикција и презумпција.²⁸⁶

Улога перегринског претора је можда и значајнија од улоге градског претора због тога што он није био ограничен системом права *ius civile*, с обзиром на то да се ово право није примењивало на странце и на освојеним територијама. Ипак, у формулисању својих правила перегрински претор се служио правилима *ius civile*, по којима је живео и која је примењивао до ступања на функцију, узимајући у обзир и право које је раније важило на освојеним територијама, локалне обичаје, као и сопствена схватања и тумачења.²⁸⁷

²⁸⁴ *Gai, Inst.* 1.1.

²⁸⁵ О томе: Eisner B. Horvat. M. *op. cit.* стр. 63.

²⁸⁶ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 37.

²⁸⁷ О томе: *Ibidem*.

Право које су пре освајања примењивали освојени народи представљало је изузетно значајан извор за прикупљање идеја које су улазиле у едикт перегринског претора.

Право које је на овај начин настајало називало се *ius gentium* и било је флексибилније од правила *ius civile*, али и од права које је стварао градски претор, те је он често преузимао решења из *ius gentium*-а. На тај начин су у *ius civile* ушли консенсуални послови.²⁸⁸ Како је проф. др Драгомир Стојчевић закључио: „снабдевен најширим овлашћењима, а ослобођен уских а врло јаким обруча којима је неприкосновеност старог *ius civile* везивала градског претора, и обавезе да се држи застарелих форми и римских традиција, *praetor peregrinus* је био у могућности да даје врло еластична и једноставна решења проблема који су се пред њим представљали и да ствара нове установе одмах чим се за тим указала потреба, не гурајући насилно новонастале односе у старе установе.²⁸⁹ Зато је *ius gentium* било и потпуније и једноставније и савршеније од *ius civile*“.²⁹⁰

Захваљујући активности перегринског претора, из права покорених територија преузимане су неке установе, а што је посебно значајно за тему нашег рада, из грчког права преузет је начин закључивања уговора писменим путем. И овај начин закључења уговора је захтевао испуњење одређене форме као услов пуноважности, али је био флексибилнији од строгих форми цивилног права.²⁹¹

На овај начин су Римљани почели у својим односима да примењују правила *ius gentium*, која су била примамљива за употребу због одсуства строгог формализма, апстрактности и дословног тумачења норми, као и спознаје да је воља странака значајна приликом закључивања уговора, принципа *bona fides*, консенсуалности и каузалности.²⁹² Римљани су правили оштру разлику између *ius civile* и *ius gentium*, иако је и *ius gentium* заправо било римско право, ако узмемо у обзир то да га је створио римски државни орган у циљу обезбеђења интереса Римљана и омогућавања несметане трговине са покореним народима, као и то да је римска држава обезбеђивала његову заштиту.²⁹³

²⁸⁸ Детаљније: Маленица, А. – *Римско право*, Нови Сад, 2007. стр. 70.

²⁸⁹ На пример, зајам се по правилима *ius civile* закључивао у форми *per aes et libram*, док је по правилима *ius gentium* развијен неформални зајам; строга форма манципације коришћена за пренос својине замењена је склапањем уговора путем консензуса.

²⁹⁰ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 37

²⁹¹ Писмена форма је из грчког преко римског права стигла до савременог права, где представља најчешћи начин закључења формалних уговора.

²⁹² Види: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 80.

²⁹³ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 37.

Као што је напред у раду речено, испуњење уговора закључених по строгим правилима римског античког права било је обезбеђено страхом од религијских санкција, као последица великог уплива религије у све поре друштва тог периода. Како је утицај религије у другом делу републике ослабио, а становништво више није било хомогено по питању вере, био је потребан механизам који ће осигурати поштовање норми и испуњење уговора, који се нису више заснивали на строгој форми, већ на вољи уговорних страна. У овом периоду то је био принцип *bona fides* – начело савесности и поштења, начело једнакости (*equitas*) и начело праведности.²⁹⁴ Принцип *bona fides* је заменио принцип *fides*, који је настао у периодима пре преткласичног. *Fides* старог цивилног права може да се сматра поштовањем обавеза на религијској и моралној основи и преводи се као поштење, поверење или вера.²⁹⁵

Заслуге *ius gentium*-а се огледају у томе што је спојио народе са потпуно различитом правном традицијом, вером и културом и омогућио им успешно одвијање трговине, али и културне размене. Римско приватно право је доживело свој врхунац, обједињујући старо *ius civile*, *ius honorarium* и *ius gentium*, које је сада постало опште право за све народе који су живели на територији римске државе.²⁹⁶ Овакво уједињење путем правног система је у великој мери допринело јачању римске империје.

1.3.2.6. Форма правних послова у праву класичног периода

Основне карактеристике права класичног периода које су значајне за тему овог рада биле су ослобађање права од строгог формализма, одступање од крутости и нееластичности правних правила, постојање опште тужбе за заштиту права *actiones in factum* и замена персоналне егзекуције реалном.²⁹⁷

Већ је у раду речено да је ширењем римске државе и развојем правно-економског промета у класичном периоду дошло до отежане примене форме *per aes et libram* јер је била застарела у односу на новонастале друштвено-економске односе и кочила је развој правног промета. Али то није значило њено напуштање у потпуности. Манципациона форма се и даље примењивала у класичном праву у одређеним случајевима.

²⁹⁴ Више: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 84.

²⁹⁵ Више: Сич, М. – *Fides* и *bona fides* у процесу стварања римског општег права (*ius gentium*), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012, стр. 161.

²⁹⁶ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 80.

²⁹⁷ О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 78.

У исто време, из потребе убрзања правно-економског промета и поједностављивања форме правних послова, уведена је за уговоре стипулациона форма, као форма *ad solemnitatem*. Стипулациона форма (вербална форма) предвиђала је само изговарање свечаних речи. Уговор је закључиван у вербалној форми тако што се на свечано постављено питање давао свечани одговор, без симболичних гестова, јавних изјава и присуства сведока (нпр. „Обећаваши? Обећавам.“, „Чиниши? Чиним.“, „Дајеш? Дајем.“).

Даљи развој правно-економског промета и ширење државе у доба принципата наметнули су нове форме правних послова. Са либерализацијом друштвених односа, настојало се да се форма правних послова што више поједностави. Тако је дошло до увођења нових форми: реалне и консенсуалне форме.

Ова тенденција смањења формализма који се захтева за пуноважно закључење уговора почиње у периоду касне републике и још више узима маха у класичном и посткласичном периоду.

Како се ниво формализма који се захтевао за закључење уговора смањивао у другом делу републике, очекивано је било да се смањи и ниво формализма који се захтевао за престанак уговора. Прихваћен је став да уговор престаје испуњењем, без додатних формалности. Овај став је последица утицаја *ius gentium*-а на *ius civile*, који је био карактеристичан за овај период.

Међутим, у одређеним случајевима, и даље је било потребно предузимање свечаних форми приликом испуњења уговора, али то је сада било условљено природом чинидбе коју је дужник био обавезан да испуни да би се ослободио обавезе, а не начином на који је уговор закључен. Форма која се предузимала приликом испуњења уговора није се предузимала како би била *contrarius actus* у односу на форму у којој је уговор закључен.²⁹⁸ У сврху обезбеђења доказа да је уговор испуњен у периоду касне републике коришћени су као доказна средства сведоци и заклетва, а у царско доба су све чешће коришћене *apocha*-е, које су биле писане признанице о дугу.

²⁹⁸ Уколико је предмет обавезе дужника био пренос својине на ствари *res mancipi*, он је био извршаван у форми *manipatio* или *in iure cessio*, док је пренос на *res nec mancipi* извршаван у форми прости традиције. Иако се није захтевало извршење формалности приликом испуњења уговора аналогно формалностима које су предузимане приликом закључења уговора, ипак испуњење уговора у периоду републике није пролазило потпуно неопажено. Јавност и сложеност форми које су предузимане у претходном периоду развоја римског права обезбеђивали су доказ да је уговор извршен.

1.3.2.6.1. Форма у Гајевим институцијама

Један од највећих класичних правника, Гај, оставио је у својим Институцијама значајне податке о формализму класичног периода развоја римске државе и права (упркос чињеници да форму правног посла није дефинисао), с обзиром на то да се подаци о форми могу наћи у чак 149 параграфа, од укупно 901.²⁹⁹ Оволики број одредби које се односе на форму закључења правних послова указује на велики значај форме у класичном периоду. Гај разликује форму *ad probationem* и *ad solemnitatem*, али се скоро сва помињања форме у Институцијама односе на форму *ad solemnitatem*.³⁰⁰ Ова чињеница нам говори о значају и улози форме *ad solemnitatem* у римском праву, чак и у периоду настанка Гајевих Институција, иако је принцип консенсуализма већ био присутан. До краја класичног периода све предвиђене форме за закључење уговора биле су *ad solemnitatem*, дакле, за пуноважно закључење уговора било је неопходно да се испоштује предвиђена форма. Тек након класичног периода Римљани су прихватили концепт да присуство сведока, писаних трагова о уговорима са печатима на њима, може да послужи као доказ за постојање уговора, на основу кога ће судије моћи да решавају спорове, а не само као услов пуноважности. Судије су добиле упутства како да поступају приликом оцене доказа, а исправе су добиле значајну улогу у римском праву.³⁰¹

И у овом периоду је важило да када је форма прописана за закључење неког правног посла, она се мора и поштовати, а свако одступање од предвиђене форме или грешка доводе до ништавости правног посла. У неким случајевима, за закључење истог правног посла су прописане различите форме, па је на уговорним странама било да бирају коју од форми ће употребити, сходно својим потребама. Међутим, постојање неформалних послова у Институцијама и навођење на више места да је воља неопходна за закључење уговора недвосмислено нас наводи на закључак да је у класичном периоду римског права воља странака била битан елемент правног посла, али на основу овога не можемо тврдити да је Гај био присталица консенсуализма, већ само да је био присталица ублажавања формализма из практичних и рационалних разлога.³⁰²

Из анализе одредби Гајевих Институција јасно је да је у класичном периоду развоја римског права била позната и јасна подела на формалне и неформалне уговоре,

²⁹⁹ О томе: Аличић, С. *op. cit.* стр.127.

³⁰⁰ Види: *Idem.* стр. 131.

³⁰¹ О томе: Милошевић, М. *op. cit.* стр. 351.

³⁰² Види: Аличић, С. *op. cit.* стр. 137.

као и њихове различите особине, што се види из дефинисања различитих услова за закључење пуноважних уговора.³⁰³

На основу анализе одредби Гајевих Институција у којима се помиње форма закључења уговора, проф. др Самир Аличић је закључио да су формални скоро сви послови из области права које се односи на лица (данашње статусно и породично право) и да у стварном, наследном и облигационом праву доминирају формални послови, али је много присутнија консенсуалност.³⁰⁴

Када говори о вербалним уговорима, Гај бележи да вербална облигација настаје постављањем питања и давањем одговора на постављено питање: „*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione: veluti dari spondes? Spondeo...*“ и објашњава да је закључење уговора путем ових речи било карактеристично за Римљане, док су остали облици припадали *ius gentium*-у: *Dabis? Dabo.* (Да ли ћеш дати? Даћу.) *Promittis? Promitto* (Обећаваш? Обећавам.), *Fidepromittis? Fidepromitto* (Част ти? Част ми.) *Fideiubes? Fideiubeo* (Заклињеш ли се чашћу? Заклињем се чашћу.), *Facies? Faciam* (Учинићеш? Учинићу.). Исте изразе наводи и Јустинијанова кодификација у делу који говори о склапању вербалних уговора. Њих су могли да користе како Римљани, тако и странци. Из Гајевих Институција сазнајемо и податак да су питање и одговор изговорени на грчком језику такође производили дејство и између римских грађана, уколико су познавали грчки језик, што је исто важило и за странце који су познавали латински језик, а то потврђује и Јустинијанова кодификација. Међутим, у Јустинијановој кодификацији се каже да су након конституције цара Леона укинуте свечане речи у форми питања и одговора које су биле обавезне за склапање уговора и одређује се да је за пуноважно закључење уговора довољно да међу странама постоји сагласност воља, без обзира на изговорене речи.³⁰⁵

1.3.2.6.2. Манципациона форма у класичном периоду

У делу рада који се бави преткласичним правом објаснили смо употребу манципационе форме у поступку замене жениног татора, код поступка еманципације (ослобађања власти породичног старешине), адопције (усвојења), састављања тестаментa *per aes et libram* и гашења облигација у манципационој форми.

³⁰³ О томе: *Idem.* стр. 133.

³⁰⁴ О томе: *Idem.* стр. 135.

³⁰⁵ *Just. Inst.* 3.15.1.

Неки од ових случајева употребе манципације задржали су се и у класичном праву.

Туторство над женама губи на значају након промена у римском друштву и агнатској породици, када су донети закон *lex Iulia* и *lex Papia Poppaea*. Овим законима су почетком принципата ослобођене туторства жене које су родиле троје деце и ослобођенице које су родиле четворо деце.³⁰⁶

Код поступка еманципације (ослобађања власти породичног старешине), који смо раније у раду детаљно описали, свечана форма *per aes et libram* примењивала се све до краја класичног периода.

„Еманципација је била најважнији вид примене манципационе форме у статусној материји класичног периода.“³⁰⁷ Састојала се од једне манципације иза које је следила манумисија. У зависности од договора између патерфамилијаса са привидним купцем, еманципација је могла да се изврши на два начина. „Уколико је привидни купац након последње манципације извршио манумисију, постајао је квази патрон, чиме је стицао право интестатског наслеђивања и туторство. Због тог се вероватно више практиковало да привидни купац на крају манципованог реманципује патерфамилијасу. Патерфамилијас у овом случају над њим више нема очинску власт на основу манципијума. Када га ослободи, постаје родитељ који је извршио манумисију (*parens manumissor*). Тиме је добио статус татора и обезбеђивао себи и својим потомцима право на интестатско наслеђивање уколико еманциповани не сачини тестамент и нема потомке“.³⁰⁸

Адопција (усвојење) заснивала се у манципационој форми све до краја трећег века. Након тог периода, адопција се заснивала пред надлежним магистратом у присуству лица које се адоптирало и уз његову сагласност.

У класичном периоду две доминантне врсте тестаментa из претходног периода (*testamentum calatis comitis* и *testamentum Mancipatio familiae*) замењене су класичним тестаментом *per aes et libram*.

Testamentum per aes et libram била је посебна врста тестаментa, до чије појаве је дошло када су усмено дате свечане речи из древног комицијалног тестаментa унете у

³⁰⁶ Види: Маленица, А. – *Манципација у Гајевим институцијама*, Нови Сад, 2013, стр. 67.

³⁰⁷ *Idem*, стр. 84.

³⁰⁸ *Idem*, стр. 83.

формулу манципације. Тиме је дефинисан најбитнији елемент тестаментa – именовање наследника (*institutio heredis*).

И ова врста тестаментa захтевала је строгу форму. Тестамент се састављао у форми *mancipatio*, у присуству пет сведока и мерача са вагом, купца породичне имовине. Међутим, циљ манципације није био да се изврши пренос права својине пријатељу, комшији или трећем лицу од поверења, већ да се пружи могућност самом тестатору да изговори свечане речи о садржини тестаментa и именовању наследника (усмена нункупација). С обзиром на то да је оставиочев пријатељ имао обавезу да касније пренесе заоставштину оставиочевом именованом наследнику, на оставиочевог пријатеља гледало се као на извршитеља тестаментa.

О томе говори Гај у Институцијама.

*Gai, Inst. 2.104. Eaquae res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alcuī dicis gratia familiam suam in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatelam custodelamque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi emptā; deinde aere percuutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco. Deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis, cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*³⁰⁹

Гај, 2.104. И тај посао се овако обавља: онај који прави тестамент, као и у осталим манципацијама, у присуству пет сведока пунолетних римских грађана и мерача са вагом, након што је написао таблице тестаментa, манципује неке форме ради своју породицу и том приликом купац породице користи следеће речи: твоју породицу и имовину преузимам на основу налога и изјављујем да ми припада, како би је чувао да би ти по праву могао да сачиниш тестамент на основу јавног закона, и да је за мене купљена овим бакром, а понекад додају и бронзаном вагом. Затим бакром дотиче вагу и даје бакарни новчић тестатору на име цене. После тога тестатор,

³⁰⁹ Види: Станојевић, О. – Гајеве Институције (превод са латинског), Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 128.

држећи у руци таблице тестаментa, каже: какви су записи у овим таблицама и воску, тако дајем, тако легирам, тако тестирам и тако ми ви, Квирити, посведочите. И ово назива нункупација, јер *nuncupare* значи јавно објавити, и извесно је да се оно што је тестатор у тестаменту посебно написао сматра врстом јавне изјаве и потврде.

Током времена тестамент *per aes et libram* имао је писмену форму да би се именовање наследника сачувало у тајности, све до тренутка смрти оставиоца.

Доношењем *lex Poetelia Papiria*, закона којим је забрањено телесно обезбеђење дуга, није одмах потпуно престала употреба *nexum*-а. Претпоставља се да су стране користиле форму *per aes et libram* за заснивање облигационих односа (нпр. у случају куповине на кредит, узимања зајма...) и након доношења овог закона, јер је ова форма, за разлику од стипулације, уливала већу правну сигурност пошто је обезбеђивала сведоке који су у евентуалном спору могли да у парничном поступку буду искоришћени као доказно средство.³¹⁰

Гашење облигација у манципационој форми било је карактеристика и класичног периода. Строге форме у домену облигационог права задржале су се код исплате дуга или приликом опроста или пребијања дуга (односно код гашења облигација), јер је било речи о апстрактним пословима. Зато их Гај назива привидним, имагинарним, исплатама“.³¹¹ Облигација настала у манципационој форми *per aes et libram* или пресудом донетом у формуларном поступку гасила се путем *solutio per aes et libram*. О томе говори Гај у Институцијама:

Gai. Inst. 3.173. „*Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.*“³¹²

Гај, Инст. 3.173. „Постоји и други имагинарни начин за гашење облигација, а то је исплата путем бронзе и ваге (*solutio per aes et libram*). Овим путем се врши исплата код облигација које су на исти начин настале, тј. које су настале из посла *per aes et libram*, или када је нешто дуговано на основу пресуде.“

³¹⁰ О томе: Маленица, А. *op.cit.* стр. 113.

³¹¹ О томе: Маленица, А. – *Манципација у Гајевим Институцијама*, Нови Сад, 2023, стр. 126.

³¹² Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 260.

Како у класичном периоду није више било облигација које су настајале у форми *per aes et libram*, ова форма је коришћена само за гашење облигација које су настале на основу пресуде и на основу легата.

Гај затим описује читав поступак у коме учествују пет сведока и либрипенс, у коме се врши исплата на основу пресуде.

У исто време, из потребе убрзања правно-економског промета, уведена је за уговоре стипулациона форма, као форма *ad solemnitatem*.

1.3.2.6.3. Вербални уговори класичног периода

Када говори о врстама облигација које настају из уговора, Гај као један од начина настанка облигација наводи и изговарање свечаних речи (*verbis*), поред предаје ствари, писменог начина закључења и консензуса, односно неформалног закључења уговора. На исти начин и Јустинијанова кодификација дели начине за настанак обавезе и у посебном делу говори о облигацијама које настају изговарањем речи – *verbis*.

За пуноважно закључење вербалних уговора и у класичном праву захтевало се изговарање тачно предвиђених речи. Иако је ниво формализма знатно опао у односу на раније периоде развоја римског права, и даље је услов пуноважности вербалних уговора била сагласност воља изражена свечаним речима. Вербални уговори који су се закључивали у класичном периоду били су стипулација (која је доста изменила своју природу у односу на спонсију најстаријег периода развоја римског права), *dotis dictio i iuiurandum liberti*.

1.3.2.6.3.1. Стипулација класичног права

Када говоримо о стипулацији као једном од вербалних уговора, требало би рећи да је једино стипулација заправо апстрактна форма која служи за закључење различитих уговора, док су остали вербални контракти контракти са одређеном садржином и сврхом, који се закључују само између одређених странака и уз употребу одређених свечаних речи.³¹³

³¹³ О томе: Стојчевић, О. *op. cit.*, стр. 245.

Стипулацију можемо да сматрамо за форму закључења уговора која је била најуниверзалнија и најпогоднија за прилагођавање потребама времена, што је разлог зашто се тако дуго задржала. Формална, али не у претераној мери, као на пример форма *per aes et libram*, била је погодна за закључење уговора и у класично доба. У овом периоду је стипулација имала веома изражену улогу, с обзиром на то да су се њоме закључивали најразличитији уговори, не само облигационог већ и других грана права.³¹⁴

Широкој употреби стипулације као начина за закључење уговора у класичном периоду допринело је то што није задржала исти карактер и особине као у преткласичном периоду.³¹⁵

Као што се из наведеног види, стипулација је променила своје основне особине и карактеристике. Временом је формализам слабио, те је осим првобитног питања и одговора (*Spondesne? Spondeo.*) стипулација почела да се пуноважно закључује и постављањем других питања и давањем других одговора.

У класичном периоду римског права, поред речи „*Spondeo*“ и „*Spondesne?*“, приликом стипулације могу да се употребљавају и друге речи: *Promittis? Promittio. Fidepromittis? Fidepromittio; Fideiubes? Fideiubeo*. Како су правни односи постали све чешћи и разноврснији, право је почело да штити и уговорни однос који је настао из стипулације, иако су изговорене друге речи.

С обзиром на то да се стипулација дуго примењивала у римском праву, након многобројних и честих освајања морала је да се прилагоди и различитим језицима које су говорили перепегрини који су ступали у правне односе са Римљанима. Како се често ступало у односе са Грцима, у класичном периоду је било дозвољено да стипулација буде закључена на грчком језику (у време Гаја), али је услов био да и питање и одговор буду на истом језику.

Формализам више није био у служби религије, већ је свечана форма закључења уговора коришћена само као пука форма. Пред крај класичног периода уведена су и нова питања: Даћеш? Даћу; Учинићеш? Учинићу, која нису имала религијску ноту.

³¹⁴ Више о томе: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 395.

³¹⁵ После своје дуге еволуције, стипулација је од посла цивилног права резервисаног само за Римљане, који се закључивао у усменој форми и није зависио од постојања и испуњености основа обавезивања, до посткласичног периода постала писани уговор, каузалног карактера, који је постао доступан и перепегринима. О томе: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 283.

У зависности од тога које питање се поставља и који одговор је предвиђен, закључују се различити правни послови.³¹⁶

Уколико се посматра на овај начин, стипулација представља апстрактан правни посао који врло лако може да послужи и за неке недозвољене радње, па је претор морао да се умеша и дозволи приговор и кверелу, како би заштитио дужника и омогућио му да докаже да није примио од повериоца оно због чега је закључена стипулација.³¹⁷

Када смо говорили о стипулацији у време њеног настанка и важења њеног првобитног облика, одредили смо је као строго формалан начин за закључење уговора, који је био апстрактног карактера. Основ обавезивања дужника није се сматрао релевантним и он је морао да обавезу преузету стипулацијом испуни, иако није испуњен основ због кога се он обавезао, односно није остварен његов циљ. Циљ није био од значаја чак ни када је изричито наведен у стипулацији, што је било дозвољено. Дакле, пут ка каузалности стипулације водио је преко активности претора, који је дозволио *exceptio doli*, као приговор који је могао да истакне промисор уколико његов основ обавезивања није био остварен, што је морао да докаже.

Из дела Гајевих Институција који се односи на приговоре, сазнајемо да су приговори настали ради одбране туженог, што је нарочито било неопходно код апстрактних правних послова каква је била стипулација. Вероватно је био чест случај да је закључен зајам стипулацијом и да поверилац никада није исплатио суму на коју се стипулацијом обавезао, а да је касније од дужника из стипулације тражио да му „позајмљени“ новац врати, јер се на то обавезао стипулацијом. Зато је био неопходан *exceptio doli*, који би заштитио дужника који новац није ни примио од обавезе да га врати.

Јустинијан је отишао и корак даље када је увео правило да поверилац мора да доказује постојање основа ако жели да добије обећано стипулацијом.³¹⁸ На овај начин је стипулација изгубила једну од својих основних особина из периода старог цивилног права, која јој је и обезбедила тако друго трајање и честу употребу – апстрактност, и приближила се каузалним уговорима, код којих је за закључење уговора битан и основ обавезивања.

³¹⁶ Детаљније: Аличић, С. – Форма правног посла у Гајевим институцијама, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 40(1), Нови Сад, 2006, стр. 132.

³¹⁷ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 283.

³¹⁸ *Ibidem*.

Вероватно због честе праксе изигравања обавезе давања новца на зајам, када је дужник већ закључио стипулацију којом је обећао да ће вратити одређени износ новца повериоцу, потенцијалном зајмодавцу, претор је увео још једно средство за заштиту савесног дужника из стипулације – *querella non numeratae pecuniae*. Овај приговор је омогућавао дужнику, промисору из стипулације, да истакне приговор да није добио новац на зајам, који се стипулацијом обавезао да ће вратити. Ова кверела је заправо служила за доказивање да није испуњен основ због кога се промисор обавезао на исплату одређене своте и писмена исправа о закљученој стипулацији је губила своју доказну снагу уколико се докаже неиспуњење основа.³¹⁹ Терет доказивања да основ јесте испуњен био је на повериоцу из стипулације. Ова два правна средства за заштиту промисора нису била једина: могао је да користи и *condictio* за повратак стипулационе исправе, а уколико је био тужен могао је да истакне приговор *exceptionem non numeratae pecuniae*.

Сви ови приговори које је изнедрила пракса, а који су се сводили на утврђивање основа и обавезивање дужника стипулације на исплату уколико се докаже да је основ испуњен, довели су до промене једне од основних особина стипулације: од апстрактног начина закључења уговора, она је постала каузални посао.

У Јустинијаново доба је каузалност толико била изражена да, уколико није био познат основ стипулације, она је била ништава.³²⁰

Гај, говорећи о вербалним уговорима, наводи и у којим случајевима је стипулација била неважећа. До неважности стипулације је долазило уколико се неко обавезао да да нешто што није било могуће дати, као што је на пример ствар која је пропала, ствар која је ван промета (нпр. слободан човек за кога се мислило да је роб, мртав роб за кога се веровало да је жив, сакрална или религијска ствар која је била искључена из правног промета) или ствар која не постоји; да уради нешто што није могуће урадити и да уговори стицање својине на ствари која је већ у његовом власништву. Такође, није било могуће уговорити за себе обавезу након смрти, на пример: „Обећаваш ли да ћеш дати после своје смрти?“, али је била важећа стипулација

³¹⁹ Опширније: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 396.

³²⁰ Више: *Idem.* стр. 397. Послове цивилног права су као основне особине одликовале формалистичност и апстрактност, па тако и стипулацију док је била део овог система. Послови *ius gentium* су били каузални, па је и стипулација, под њиховим утицајем а како би ишла у корак са временом и одолела забору, постала каузални посао.

којом се располаже имовином у тренутку смрти, која је гласила: „Обећавао ли да ћеш дати у моменту своје смрти?“.³²¹

Када се раније у раду говорило о вербалним уговорима, поменуто је да је њиховом честом коришћењу допринео и ниво писмености римског народа. Када се ниво писмености повећао, приступало се бележењу изговорених речи. Уз стипулацију се састављао писани уговор, који је називан *instrumentum stipulationis*.³²² Када је утицај религије на право већ видно смањен, стипулација као усмени начин закључења уговора замењена је писаним уговорима, који су обично гласили „пошто сам упитан, одговорио сам да се обавезујем...“, као последица првобитног начина закључења.³²³ Изговарање речи је временом потпуно ишчезло.³²⁴

Када је промењена форма закључења, промењена је и правна природа стипулације, па се она од апстрактног кретала ка каузалном послу.³²⁵ У корист каузалности стипулације у каснијем периоду говори и могућност коришћења *actio ex stipulatu*, у којој се наводи правни основ дуга, а судија се овлашћује да процени на који износ ће осудити туженог у спору.³²⁶

Широкој употреби стипулације и дугом опстанку у систему римског права допринело је то што је имала делотворну заштиту. Рано је омогућено подизање *iudicis postulatio*, а широкој употреби стипулације је допринело и то што се у овом поступку није полагала опклада.

1.3.2.6.3.2. Злоупотребе стипулационе форме

Поједностављена вербална форма у поређењу са манципационом формом имала је и своје недостатке. Из вербалне форме није могла да се види кауза уговора као ни разлог његовог склапања, јер је суштина вербалне форме била у изговарању одређених

³²¹ Gai, Inst. 3.97. „Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, uelut si quis hominem liberum, quem seruum esse credebat, aut mortuum, quem uiuum esse credebat, aut locum sacrum uel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur. 3.97a. Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, uelut hippocentaurum, stipuletur, aequae inutilis est stipulatio. 3.98. Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, uelut 'si digito caelum tetigerit', inutilis est stipulatio. 3.99. Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam esse dari sibi eam stipuletur; quippe quod alicuius est, id ei dari non potest.“

³²² Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 282.

³²³ О томе: *Idem*, стр. 46.

³²⁴ Више о томе: Eisner B, Horvat. M. *op. cit.* стр. 314.

³²⁵ У Јустинијановом праву је постала каузални посао који је био ништав у случају када је кауза недостајала или била ништава. Опширније: *Idem*, стр. 397.

³²⁶ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 283.

свечаних речи. Појаву смањења нивоа формализма целокупног римског права, а нарочито уговорних односа, пратила је смена апстрактних уговора каузалним. За време важења римског античког права, из форми за закључење уговора се није могло видети који је основ нечијег обавезивања, односно шта је кауза неког уговора.

С обзиром на то да у старом цивилном праву промет није био велики, да су се уговорне стране ослањале на *fides* и да је страх од религијских санкција у случају неиспуњења преузетих обавеза био велики, апстрактни уговори су били прихватљиви. У периоду позне републике, основ или кауза су постали значајни за испуњење уговора јер је дужник могао да се ослободи испуњења обавезе преузете уговором уколико докаже да се није остварио циљ због кога је одређени уговор закључио.³²⁷

Појава каузалних послова је последица узимања у обзир воље уговарача приликом закључивања уговора, која у периоду краљевства и ране републике није имала никаквог значаја, већ је релевантна била само форма у којој је уговор закључен, без обзира на стварну вољу уговорних страна. Када је воља уговорних страна добила на значају, створени су и механизми који су обезбеђивали дужнику могућност да се ослободи обавезе уколико није испуњена кауза уговора, иако су испуњене све формалности захтеване за пуноважно закључење уговора.

Апстрактност вербалних форми која је омогућавала различите злоупотребе била је разлог што је она замењена литерарном (писаном) формом у класичном периоду.³²⁸

1.3.2.6.3.3. *Dotis dictio*

Овај контракт, за разлику од стипулације, није широко коришћен, већ само између одређених категорија људи и у одређеним ситуацијама. Томе сведочи и његов назив који садржи реч *dotis* – мираз. Дакле, овај вербални уговор се употребљавао за обећање мираза приликом веридбе и закључивали су га *pater familias* будуће младе, сама млада уколико није била под влашћу *pater familias*-а или неки други мушки члан породице, са *pater familias*-ом будућег младожење или са самим младожењом, уколико

³²⁷ Правне послове који су се појавили у овом периоду карактерише каузалност, за разлику од правних послова који су коришћени у старом *ius civile*, чија је основна одлика била апстрактност. Међу каузалне послове су се убрајали неименовани реални уговори – *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, међутим, „консенсуалност тријумфује појавом именованих консенсуалних уговора (*emptio-venditio, locatio-conductio, societas i mandatum*)“. О томе: Гамс, А. – Апстрактни правни послови, *Анали Правног факултета у Београду*, год. XII, 1964, стр. 53.

³²⁸ Види: Игњатовић, М. – Римско право, Ниш, 2022, стр. 327.

није имао *pater familias*-а. Младожења или његов *pater familias* приликом закључења овог уговора нису преузимали никакве обавезе, али је њихово присуство било неопходно и својим присуством су се саглашавали са закључењем уговора.

1.3.2.6.3.4. *Iusiurandum liberti*

Овај контракт се такође користио за обећање чинидбе између тачно одређених лица. Закључивали су га ослобођеник и његов ранији господар и њиме се ослобођеник обавезивао да ће, иако је слободан, још увек радити неке послове за свог претходног господара. Овај контракт је био религиозног карактера, обављан је у свечаној форми и иако је био коришћен од најстаријег права, у принципату је доживео свој процват због масовног ослобађања робова.³²⁹

1.3.2.6.4. *Нове форме уговора (контраката) класичног периода*

1.3.2.6.4.1. *Traditio*

Традиција представља неформалну предају ствари. За њу можемо да кажемо да је покренула револуцију у римском уговорном праву, с обзиром на то да је била први начин стицања својине за који се нису захтевале никакве формалности. Сам чин предаје зависио је од природе ствари. Као последица формализма, на почетку употребе традиције захтевала се физичка предаја, која је за покретне ствари подразумевала предају из руке у руку. Од стране класичних правника утврђено је шта се сматра предајом ствари: када је предаја учињена телом и додиром (*corpore et tactu*), а прибавилац је предмет предаје померио са места (*loco moveri*).³³⁰ Када су у питању непокретности, било је потребно „*omnes glebas circumambulare*“, односно узимање сваке груде у посед.

Гај помиње традицију када говори о разлици између *res mancipi* и *res nec mancipi*, па тако каже да се *res nec mancipi* могу пренети простом предајом – традицијом, уколико су телесне и погодне за физичку предају, предају из руке у руку, и то илуструје и примером: „ако ти будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или поклона или ког другог правног основа, одмах ће ствар постати твоја, уколико сам њен

³²⁹ О томе: *Idem*, стр. 338.

³³⁰ Детаљније: Маленица, А. Деретић, Н. *op. cit.* стр. 283.

сопственик. Јасно је да се бестелесне ствари не могу пренети неформалном предајом“.³³¹ Из овог објашњења се јасно види суштина традиције. Дакле, без обзира на то који је правни основ, односно која је сврха предаје неке ствари – продаја, поклон или нешто треће, стицалац постаје власник ствари која му је предата. Питање је да ли су Римљани у овом тренутку имали свест да предаја не значи и пренос власништва и да се предајом може остварити и пренос само државине, док власник остаје преносилац. Касније је свакако ово било могуће, а само она традиција код које су били испуњени сви услови (преносилац власник ствари, воља и намера преносиоца и стицаоца да стицалац стекне својину на ствари која је била предмет традиције, основ и предаја ствари) доводила је до стицања својине.³³²

Када је у посткласичном периоду нестала разлика између *res mancipi* и *res nec mancipi*, традиција је постала једини начин за пренос својине.

1.3.2.6.4.2. Писана форма (литерарни уговори)

Како сама реч каже, за настанак ових уговора је, поред воље уговорних страна, била неопходна формалност у виду састављања писмене исправе.³³³ У случају да је предвиђена писмена форма, иако су се стране споразумеле о условима настанка одређеног уговора и свим његовим елементима, уговор се неће сматрати закљученим док се не сачини писмена исправа. Литерарни контракти спадају у обавезе старог цивилног права, па су *negotia stricti iuris*, а по особинама су и апстрактни и формалистички. По њиховој основној карактеристици, упису у књигу, видимо да су ипак настали када је писменост и уопште развој римског друштва био на једном вишем нивоу – у другом делу републике.³³⁴

Ипак, употреба писане форме у римском праву у другом делу републике није била широко заступљена, а узрок томе је писменост која се развијала спорије него право, као и снажна улога најпре свештеника, а касније правника која је отежавала промене у

³³¹ *Gai, Inst.* 2.20 и 2.25 Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 102 и 104.

³³² Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 236.

³³³ У савременом праву је овај начин закључивања формалних уговора најзаступљенији. Писана форма је у неким случајевима предвиђена законом, а у неким је стране примењују иако није обавезна, како би обезбедиле доказ о закључењу уговора и о његовој садржини.

³³⁴ О томе: Ромас, А. *op. cit.* стр. 290.

праву под утицајем праксе.³³⁵ Како је добро позната изрека: „*Roma parla, Oriente scrive*“, јасно је да Римљани нису често употребљавали преузимање обавеза писаним путем.

У класичном периоду је ова врста уговора почела много чешће да се користи него раније. Више је разлога за то. Поред утицаја грчког права, као неизоставног фактора, ту је и већа писменост народа, која је омогућила закључење писаних уговора. Такође, с обзиром на то да је римско царство обухватало огромно пространство, појавила се потреба за формом закључења уговора која ће за собом да остави чврст доказ како о закљученом уговору, тако и о његовој садржини.

Раније су се литерарни уговори ослањали на магијско дејство речи, на пример у случају експенсилације, где је поверилац ризиковао проклетство богова ако унесе белешку о дугу без претходне исплате, а дужник и проклетство богова и судски процес ако дуговано не врати.³³⁶ Како је утицај религије и вера у богове у класичном периоду био непоуздан мотив за испуњење уговора због различитих божанстава у које су веровали припадници различитих народа и због слабљења других религија након појаве хришћанства, појавила се потреба за неким „оипљивим“ доказом. Управо зато је приликом употребе експенсилације у класично доба долазило врло често до злоупотреба, што је захтевало једну врсту доказа да је дужник примио од повериоца предмет облигације и прецизирање услова под којим су се сложили да га врати. Доказ је била писмена изјава, која је служила томе да у случају спора поверилац докаже да је облигација постојала и која је била њена вредност. Ова писмена изјава се може сматрати формом *ad probationem*, с обзиром на то да она није била услов пуноважности уговора, већ је служила само за доказивање. И даље је захтев форме који је условљавао пуноважност облигације био упис у књигу повериоца, уз изговарање магијских речи.³³⁷

Након доношења Каракалине конституције 212. године, којом је употреба римског права проширена на перегрине, спојили су се контракти цивилног и преторског права, који су утицали једни на друге. То се десило и са стипулацијом као установом цивилног права са једне стране, која је у позном периоду републике била широко коришћена, и са литерарним контрактима *chirographum* и *syngraphae* који су коришћени међу перегринима, са друге стране. Тако је у хирографе и синграфе заправо уношена

³³⁵ Опширније: Милошевић, М. – *Римско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 349.

³³⁶ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 284.

³³⁷ Детаљније: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 248.

клаузула којом се наводило да је обавеза преузета стипулацијом. Као последица је настала нова установа – *instrumentum stipulationis*, исправа о извршеној стипулацији. Од тада *syngraphae* и *chirographum* прате историју стипулације.³³⁸ Оваква исправа је у почетку имала само доказну снагу и није била услов пуноважности закључене стипулације, да би касније представљала јаку претпоставку о извршеној стипулацији, а у Јустинијаново доба скоро необорив доказ да је стипулација извршена, чиме је стипулација заправо преображена у литерарни контракт.³³⁹

У класичном периоду, римско *ius civile* је познавало само један писани уговор – *expensilatio*. Друга два облика обавезивања који су се сретали у римском праву били су пореклом из грчког права, а активношћу претора су доспели у римско право. У питању су *chirographum* и *syngraphae*, којима су дужници изјављивали да се обавезују да врате одређену своту или ствар коју су примили у фиктивни зајам. Ове форме за настанак обавезе коришћене су у источним провинцијама.

Expensilatio

Expensilatio или *nomen transscripticum* настао је у другом делу републике, али је врло брзо и престао да се користи, већ у царско доба, па о њему нема пуно података.³⁴⁰ *Pater familias* је за време свог живота водио књигу о свом пословању, која се називала *codex accepti et expensi*. Ове књиге су могли да воде и банкари или зајмодавци уопште. У њима су бележени подаци о свим новчаним пословима и трансакцијама које су обављане, како о приходима, тако и о расходима. Како је у периоду позне републике, после пунских ратова, услед великог економског напретка и развоја трговине промет значајно повећан, ове књиге су нарочито добиле на значају.³⁴¹

Када Гај у Институцијама говори о литерарним уговорима, наводи као начин настанка уговора упис у пословне књиге – *nomen transscripticum*, које могу имати две варијације – *a re in personam* и *a persona in personam*. Он истиче да би требало разликовати и упис у пословне књиге које су се називале *nomina arcaria* и у које је патерфамилијас уписивао оно што је у току дана дао или примио, по различитим правним основима, али овакви уписи немају карактер литерарног контракта, већ само

³³⁸ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 249.

³³⁹ О томе: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 106.

³⁴⁰ Види: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 399.

³⁴¹ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 362.

служе као доказ за већ постојећу обавезу.³⁴² За разлику од њих, *nomina transscriptica* су имале за циљ настанак литерарног контракта, који је рађао апстрактну обавезу за оног ко је био уписан као дужник. Гај наводи и да постоје сукобљена мишљења о томе да ли за перегрине могу да настану обавезе уписом у пословне књиге, или ово представља начин настанка обавезе искључиво за оне који су се могли користити правилима које је прописивало *ius civile*. У следећој тачки он изричито наводи да је перегринима било својствено коришћење друге две врсте литерарних контраката: хирографа и синграфа.³⁴³

Код *nomina transscriptica* обавеза за дужника је настајала тренутком уписа његовог дуговања у књигу *pater familias*-а, приликом чега није навођен основ дуговања, већ само чињеница да одређено лице дугује одређени износ. Како се ово дуговање уписивало у рубрику где су расходи – *expensi*, и сам литерарни контракт који је настајао се по томе називао експенсилација. Чин уписа у књигу се сматрао испуњењем форме уговора. Проф. др Драгомир Стојчевић наводи да су приликом уписа коришћене посебне формуле, као и да су употребљаване специјално предвиђене речи са магијским дејством.³⁴⁴

Јављале су се две варијације ових уписа. Први је *transscriptio a re in personam* и он се вршио када је нека већ по неком видљивом основу постојећа обавеза претварана у апстрактну обавезу на основу литерарног контракта, односно обавеза из *negotio bonae fidei* претварана у обавезу *stricti iuris*.³⁴⁵ У другом случају, *transscriptio a persona in personam* је служио за промену дужника. Претпоставља се да је поверилац на страни прихода убележио испуњење обавезе од постојећег дужника, које је било фиктивно, а на страни расхода уписао новог дужника, кога му је стари делегирао, а који је од тог тренутка дуговао повериоцу на основу апстрактног уписа у његову књигу.³⁴⁶

Предност експенсилације над, у овом периоду, широко коришћеном стипулацијом јесте то што је могла да се склопи и између одсутних лица. Са друге стране, експенсилацијом је могао да буде уговорен рок, али не и услов, што је стипулација дозвољавала.³⁴⁷

³⁴² *Gai, Inst.* 3.131

³⁴³ *Gai, Inst.* 3. 134

³⁴⁴ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 247.

³⁴⁵ О томе: Ромац, А. *op. cit.* стр. 292.

³⁴⁶ *Gai, Inst.* 3.129 и 3.130.

³⁴⁷ Опширније: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 400.

Оно што је предмет полемика јесте начин настанка обавезе на основу уписа *pater familias*-а, без изражавања воље лица које се на овај начин обавезује. Претпоставља се да је уписивање дуга вршено уз пристанак дужника, међутим, ово питање није потпуно разјашњено. Детаљнијим разматрањем услова у којима долази до литерарних контраката, проф. др Драгомир Стојчевић је изнео свој став о природи односа насталог на основу овог литерарног контраката: *expensilatio* датира из периода када се за под одређеним условима изговорене и написане речи сматрало да имају магијско дејство. У Риму је постојало веровање да речи написане на оловним плочицама, а касније на дрвеним плочицама или на папирусу, присиљавају богове да делују на одређени начин. Ово веровање се звало *devotio* и веровало се да ако поверилац, употребљавајући те магичне речи, напише име дужника и износ дуга, а овај дуг не плати, богови ће се осветити њему и његовој породици. Међутим, управо веровање у ову моћ богова да виде неизвршење обавезе и освете се спречавало је повериоце да у књиге уписују дуговања која нису била основана и правична, јер се веровало да ће на тај начин себи и својој породици призвати гнев богова.³⁴⁸ С обзиром на то да су Римљани, као и остали народи на почетку свог развоја, снажно веровали у снагу и вољу богова и религије, она је и у овом случају обезбеђивала поштен упис дужника у књиге и поштено извршење уписане обавезе. Дакле, утицај религије и савесност и поштење су објашњење како је било могуће да обавеза настане само једностраним уписом у књигу, без неког видљивог изражавања воље дужника. Иако је на основу једностраног уписа настајала облигација, постоје ставови да је у класичном периоду било неопходно да и у књигама дужника постоји уписана обавеза или признаница издата повериоцу, како би се упис повериоца сматрао валидним.³⁴⁹

Последица смањења утицаја религије и веровања у снагу и моћ богова довела је до тога да се повериоци и дужници више нису са страхом опходили приликом испуњења обавеза из експенсилације. Остао је римски *bona fides*, као и чињеница да су наследници имали увида у пословне књиге *pater familias*-а и да је дужник имао право на приговор – *exceptio doli*, као препрека за несавесно поступање.³⁵⁰ Временом је, због злоупотреба које су бивале све чешће, а поштење и поверење све пољуљаније, поступак експенсилације усложњен и поред уписа у књиге захтевало се да дужник да писану изјаву о предмету облигације који је од повериоца примио и о начину и времену враћања. Ова изјава је

³⁴⁸ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 247.

³⁴⁹ О томе: Милошевић, М. *op. cit.* стр. 350.

³⁵⁰ Детаљније: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 248.

била доказ о постојању дуга, није постала саставни део форме. И даље се сматрало да је експенсилација настала уписом у повериочеву књигу, уз изговарање старих магијских речи.³⁵¹

Због компликованости ове форме, све мање је употребљавана, а у класично доба (Гајево време) готово је ишчезла, да би у посткласичном периоду била потпуно замењена новим литерарним формама, преузетим од Грка: *chirographa* и *syngrapha*. Нешто дуже се задржала у банкарском пословању.³⁵²

Овај начин стицања обавезе се и не може назвати двостраним уговором, с обзиром на то да је настајао уписом неке обавезе у књигу дужника. Као и стипулација, и он је представљао једнострано обавезивање, без предвиђене противчинидбе када она није изричито уговорена (другом стипулацијом нпр.).

Chirographum

Овај литерарни контракт у форми писма настајао је записивањем изјаве дужника, која је садржала обећање да ће извршити неку обавезу према одређеном повериоцу. Обично је састављана у првом лицу и дужник је морао да је својеручно потпише. Овакву исправу он је давао повериоцу и обично је састављана на основу неког раније предузетог правног посла по коме је дужник стекао обавезу.

О дугој употреби хирографе говоре одредбе из Јустинијанове Кодификације које се односе на литерарни контракт који има апстрактно дејство, а настаје потписивањем од стране дужника апстрактно формулисане исправе, без позивања на претходно склопљену стипулацију.

Syngraphae

Овај начин закључења литерарног контракта је сложенији него хирографа. За разлику од хирографа где дужник уписује своју обавезу, код синграфе обавезу дужника уписује треће лице. У овој улози се обично налазио банкар – *notarius*.

³⁵¹ Види: *Ibidem*.

³⁵² Види: *Ibidem*.

Када се овај облик литерарног контракта упореди са експенсијацијом, с обзиром на различите друштвене прилике и поштовање начела *bona fides* у различитим периодима, долазимо до разлике која се огледа у томе што је код експенсијације савесност повериоца приликом уписа и испуњења обавезе од стране дужника обезбеђивана страхом од богова, а код синграфа, због смањеног утицаја религије и веровања у моћ богова, било је неопходно да се у чин закључења овог литерарног контракта укључе и сведоци. Пред сведоцима је сачињавано писмено у форми записника, где се у трећем лицу наводила обавеза дужника, а веродостојност писмена су потписом потврђивали поверилац, дужник и сведоци.

Синграфа је апстрактан контракт из кога се не види који је основ обавезивања дужника. Апстрактност је омогућавала да се на овај начин закључују бројни уговори, како законити, тако и они којима се закон изигравао.³⁵³ Сматра се пуноважно закљученим у тренутку потписивања и од тог тренутка настаје обавеза за дужника, без обзира на то да ли је испуњен основ уговора.

У тренутку када је римско право почело да се примењује на све перегрине, спојили су се контракти цивилног и преторског права, који су утицали једни на друге. То се десило и са стипулацијом као установом цивилног права са једне стране, која је у позном периоду републике била широко коришћена, и са литерарним контрактима *chirographum* и *syngraphae* који су коришћени међу перегринима, са друге стране. Тако је у хирографе и синграфе заправо уношена клаузула којом се наводило да је обавеза преузета стипулацијом. Као последица је настала нова установа – *instrumentum stipulationis*, исправа о извршеној стипулацији. Оваква исправа је у почетку имала само доказну снагу и није била услов пуноважности закључене стипулације, да би касније представљала јаку претпоставку о извршеној стипулацији, а у Јустинијаново доба скоро необорив доказ да је стипулација извршена, чиме је стипулација заправо преображена у литерарни контракт.³⁵⁴ Последица овог спајања је губљење апстрактног дејства ових литерарних контраката у посткласичном периоду, у највећем броју случајева, јер је и на њих, као и на стипулацију, могла да се примењује *querela non numeratae pecuniae*.³⁵⁵ Остали су неки изузеци код којих је задржано апстрактно дејство и обавеза испуњавања без обзира на основ – када је обавеза дужника тако формулисана да се из ње не види који

³⁵³ Види: *Idem*, стр. 249.

³⁵⁴ Види: Eisner B, Horvat. M. *op. cit.* стр. 106.

³⁵⁵ Опширније: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 17.

је основ обавезивања, а прошао је рок од две године за истицање приговора *querela non numeratae pecuniae*.³⁵⁶ После истека рока од две године у коме је могла да се истакне *querella non numeratae pecuniae* контракт је поново стицао својство апстрактног и дужник није могао више да доказује да новац који дугује није ни примио.³⁵⁷

1.3.2.6.4.3. Реална форма

Период класичног права је изнедрио једну нову врсту уговора, реалне уговоре.

Код ових уговора је, поред сагласности воља уговорних страна, за закључење захтевана и предаја ствари која је предмет уговора. Уколико ствар није предата, сматрало се да ни уговор није закључен. Због овог захтева, реални уговори се сматрају формалним. Иако се њихова форма састоји само у предаји ствари, а не и у изговарању свечаних речи, присуству сведока или неким другим формалностима које су захтеване у претходном периоду развоја римског права, форма предаје ствари се сматра формом *ad solemnitatem*.

У Гајевим Институцијама реални уговори се дефинишу као начин настанка облигације предајом ствари. Уговор за чије закључење се захтевала предаја ствари је по Гају само уговор о зајму.³⁵⁸ У случају зајма, наше ствари, чију количину је могуће мерењем, бројањем или вагањем издвојити од осталих, предајемо неком другом лицу, за које у тренутку предаје настаје обавеза да врати исту количину ствари исте врсте, али не и исту ствар. Дакле, предмет зајма су биле потрошне ствари чијом предајом се уговор сматрао закљученим.

Према Гајевом схватању, приликом предаје ствари при закључењу реалних уговора врши се пренос својине. Вероватно је то разлог зашто *depositum* и *commodatum* нису сврставани у реалне уговоре јер се код њих преносила само државина на ствари.

³⁵⁶ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 249.

³⁵⁷ Види: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 402.

³⁵⁸ Gai, Inst. 3. 90. „*Re contrahitur obligatio velut mutui datione. Mutui autem datio proprie in his rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex teo tuum fit*“. Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 226.

У касније класично и посткласично доба развијен је концепт по коме се државина и својина не морају нужно преносити заједно, па су створени услови да се реалним уговорима сматрају и *depositum*, *commodatum* и *pignus*.

Фидуција је несумњиво реалан уговор, али се не помиње као пример реалних уговора, вероватно јер је она углавном употребљавана уз неки други начин преузимања обавезе, на пример уз манципацију. Неки аутори, набрајајући реалне уговоре, ту сврставају и фидуцију.³⁵⁹

Код реалних уговора Гај не помиње споразум, што не значи да је сагласност воља потпуно занемарена, већ само да чин предаје ствари чини суштину овог начина закључења уговора, што представља реликвију формализма старог права.³⁶⁰ Реална форма закључења уговора је форма *ad solemnitatem* јер уколико ствар није предата, не сматра се да је уговор пуноважно закључен.³⁶¹

Mutuum

Mutuum, као форма у којој се закључује уговор о зајму, био је врло често употребљаван јер је, за разлику од форми које су се раније користиле у ову сврху, био значајно једноставнији. *Nexum* и *stipulatio* су закључивани уз обавезно поштовање прописане форме, што је компликовало и отежавало правни промет, док је код *mutuum*-а била довољна проста предаја ствари да би се задовољила захтевана форма. Предаја ствари представља конститутивни елемент *mutuum*-а и врши се у неком од облика традиције.³⁶²

Гај наводи: „*Re contrahitur obligatio velut mutui datione*“,³⁶³ дакле, он *mutuum* сматра реалним контрактом који настаје предајом ствари. Воља за закључење уговора се не помиње. Даље, Гај наводи да се њиме преноси својина на заменљивим стварима. У питању су ствари које се одређују вагањем, бројањем или мерењем, као што су новац, жито, вино, бронза, сребро, злато, а зајмопримац је дужан да нам врати не исту ствар,

³⁵⁹ Ово је случај са Антуном Маленицом: Маленица, А. *op. cit.* стр. 346.

³⁶⁰ Види: Станојевић О. *op. cit.* стр. 286.

³⁶¹ Према Јустинијановој кодификацији реални уговори се закључују када једна страна да или учини другој страни нешто, а она се обавезе да учини противчинидбу или да нешто заузврат. Сагласност воља у случају реалних уговора није играла пресудну улогу јер уговор није могао да буде закључен док ствар која је предмет уговора не буде предата, иако су се уговорне стране сложиле око свих елемената уговора.

³⁶² Детаљније: Маленица, А. *op. cit.* стр. 347.

³⁶³ *Gai, Inst.* 3.90

већ другу ствар исте врсте.³⁶⁴ Како су ове набројане ствари спадале у *res nec mancipi*, разумљиво је зашто је дозвољен пренос својине на њима на овај начин.

У форми закључења *mutuum*-а било је измена током његовог коришћења, које се огледају у смањењу формализма који се захтевао приликом предаје ствари. Наиме, када је *mutuum* почео да се употребљава, захтевало се непосредно присуство обе стране и да заменљиве ствари које су биле предмет *mutuum*-а буду на месту закључења уговора. Овај захтев форме је временом слабио, па је дозвољено да се уговор закључи и преко посредника.

Како се предаја ствари сматра актом неопходним за закључење уговора, не може се рећи да је уговорна обавеза зајмодавца да зајмопримцу преда договорену количину и врсту заменљивих ствари, већ је то услов за настанак пуноважног уговора. То је форма у којој се закључује *mutuum*, па стога обавеза настаје само за зајмопримца – да врати исту количину исте врсте ствари коју је примио. Ово је чинило *mutuum* каузалним уговором, за разлику од осталих уговора који су раније коришћени у исту сврху, што је давало већу сигурност дужнику, односно зајмопримцу.

Док неки романисти истичу да су за закључење *mutuum*-а потребна два елемента: сагласност воља и предаја ствари, други стоје на становишту да сагласност воља не игра готово никакву улогу код закључења зајма (Вијар).³⁶⁵ Проф. др Антун Маленица иде у другу крајност наводећи да предаја ствари без сагласности воља не рађа контракт.³⁶⁶

Depositum

Depositum је постао самостални уговор цивилног права тек у Гајево време, док је пракса давања ствари другоме на чување постојала још пре доношења Закона XII таблица. Иако су се од најранијих времена ствари давале другоме на чување, то није обављано у форми посебног контракта, већ коришћењем доступних апстрактних форми за закључење уговора, а најчешће у форми фидуције. Преко фидуције се дошло до свести

³⁶⁴ Gai, Inst. 3.90 „*mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*“ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 226.

³⁶⁵ Наведено према: Станојевић, О. – *Зајам у историји права*, докторска дисертација, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966, стр. 95

³⁶⁶ Опширније: Маленица, А. *op. cit.* стр. 346.

да је депозит контракт и да невраћање ствари поверене на чување не треба сматрати крађом, већ кршењем уговорне обавезе.

Depositum или остава је био реалан уговор *bona fides* којим једна страна, депонент, даје другој страни, депозитару, на бесплатно чување неку ствар, а депозитар се обавезује да врати ствар по истеку рока или на захтев депонента.³⁶⁷ Како се из наведене дефиниције види, у питању реални уговор код кога обавеза за депозитара (оставопримца) настаје у тренутку предаје ствари (*re contrahitur*) која је предмет депозита. Предаји ствари претходи споразум о закључењу оставе (*pactum depositi, pactum de contrahendo*), који не производи никаква правна дејства.³⁶⁸ У класичном римском праву, уговор се сматра закљученим у тренутку предаје ствари која се даје на чување.³⁶⁹

С обзиром на то да је код уговора који су се закључивали у реалној форми предаја предмета уговора била конститутивни елемент, предмет уговора о депозиту су могле бити само покретне ствари (са изузетком код судског депозита). Међутим, могуће је уговорити и чување непокретне ствари, али се у ове сврхе користи фидуција закључена са пријатељем.³⁷⁰

Commodatum

Као и *depositum* и *mandatum*, и *commodatum* је закључиван у форми фидуције пре него што је почео да се посматра као контракт. У класичном праву се формирао појам *commodatum*-а као реалног контракта и остао је непромењен до краја развоја римског права. Настајао је предајом непотрошне ствари послугопримцу, који се обавезао да након употребе врати исту ствар. Дакле, разлика у односу на *depositum* огледа се у томе што је послугопримац могао да употребљава предмет уговора, а разлика у односу на *mutuum* је то што су предмет уговора непотрошне ствари и што је ова услуга бесплатна. Оно што је заједничко за ове уговоре јесте то што је предаја ствари формалност која је

³⁶⁷ Види: Станојевић, О. – *Римско право*, Досије, Београд, стр. 364.

³⁶⁸ Бујуклић, Жика – *Форум романум – римска држава, право, религија и митови*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 280.

³⁶⁹ Пошто се ствар у Риму предавала само у придржање, детенцију, фактичку власт, а не својину или државину, предмет уговора о депозиту је могла бити и туђа ствар, али је био ништав уговор ако је ствар била у својини депозитара. О томе: Мијачић, М. – *Облигациони уговори*, Савремена администрација, Београд, 1988, стр. 72.

³⁷⁰ Види: Маленица, А. *op. cit.* стр. 353.

била неопходна да би се уговор сматрао закљученим. Форма предаје ствари је, дакле, била форма *ad solemnitatem*. Уговорна обавеза је настајала само за послугопримца, који је био обавезан да примљену ствар након употребе врати.

Pignus

И за постизање сврхе коју је у класичном периоду имао *pignus* – давање ствари у залог, у претходном периоду је коришћена фидуција. Гај, а ни други класични правници пигнус не помињу као реални контракт.³⁷¹ У Дигестама се наводи да се пигнус закључује не само предајом ствари већ и простим споразумом, чак и без предаје ствари.³⁷²

Фидуција класичног доба

Фидуција се јавља када *ius civile* није разликовало државину и својину, па није било могуће дати ствар некоме на послугу или на чување без преноса својине на њој. Како се својина преносила манципацијом и *in iure* цесијом, које су биле строго формални начини закључења уговора, фидуција је била неформални споразум који се закључивао уз ове уговоре како би се предвидео начин враћања ствари на којој је својина пренета. Касније је фидуција од неформалног споразума постала заштићени облигациони однос.³⁷³

Иако се фидуција ни код Гаја ни касније код Јустинијана не помиње као реални уговор, с обзиром на то да је код фидуције преношена својина на ствари предајом, дакле у једној реалној форми која је била неопходна за пуноважност фидуције, форми *ad solemnitatem*, размотрићемо је у овом делу рада.

Око правне природе фидуције има различитих схватања. Фидуцију као реални контракт не помиње ниједан римски текст, иако је очигледно да се фидуцијом преносила својина, а друга страна се обавезивала да примљену ствар врати након што се за то створе услови или прође одређени рок.³⁷⁴ Проф. др Жика Бујуклић верује да је разлог

³⁷¹ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 259.

³⁷² D.13.7.1, Види: Даниловић, Ј, Станојевић, О. *op. cit.* стр. 230.

³⁷³ Опширније: Маленица, А. *op. cit.* стр. 352.

³⁷⁴ О томе: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2018, стр. 366.

томе што је Јустинијан не помиње као реални контракт то што више није постојала у његово време, а да је Гај не помиње у Институцијама као реални контракт јер у фидуцији није видео посебан контракт пошто се у његово време она склапала неформалним споразумом који је ишао уз *mancipatio* или *in iure cessio*, па је предаја ствари била покривена формалностима које је захтевала форма у којој се обавеза преузимала. И проф. др Драгомир Стојчевић разлог непомињања фидуције као реалног контракта у Гајевим Институцијама види у томе што се она углавном употребљавала уз манципацију, па је сматрана више пактом него самосталним контрактом.³⁷⁵ Гај помиње фидуцију у другој књизи, када говори о узурецепцији и каже да се туђа ствар може стећи одржајем иако се зна да је туђа ако је неко на основу фидуције пренео својину на некој ствари путем манципације или *in iure* цесије, ако је држао годину дана, моћи ће да је прибави одржајем у року од годину дана иако је непокретна.³⁷⁶ Код фидуције са пријатељем је увек могућа узурецепција, а код фидуције са повериоцем само ако је исплаћен дуг.

Када размотримо начин закључења фидуције класичног права, јасно нам је зашто се за фидуцију каже да спада у групу реалних уговора. Фидуција се сматрала закљученом када је једна страна уговорница другој предала ствар која је предмет уговора у својину, а друга страна се обавезала да ту ствар врати након истека договореног рока или након испуњења неког услова. Фидуцијарни пренос својине се вршио путем манципације и *in iure* цесије.³⁷⁷ Како је предаја ствари у својину фидуцијару представљала акт закључења уговора, који је био обавезан део форме, а не акт испуњења уговора, из овог уговора обавеза настаје само за фидуцијара – да примљену ствар врати у својину фидуцијанту.

Фидуција се у класично доба јављала у два облика. Први је био онај који је раније и настао, био је склапан са пријатељима, у сврху чувања ствари или привременог коришћења, и управо је по томе и називан *fiducia cum amici*. Заснивао се на поверењу и савести – *fides*, по чему је фидуција и добила име. Други случај када се уговарала фидуција, који се развио из фидуције *cum amici*, био је *fiducia cum creditore*, односно фидуција са повериоцем, где су поверилац и дужник из једног односа закључивали фидуцију као обезбеђење за потраживање повериоца. Дужник је преносио својину на некој ствари на повериоца, који се обавезивао да је након испуњења обавезе од стране

³⁷⁵ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 249.

³⁷⁶ *Gai, Inst.* 2.59 Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 115.

³⁷⁷ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 251.

дужника врати. Дужник је требало да обавезу изврши благовремено и у потпуности. По питању форме за закључење фидуције *cum amici* и фидуције *cum creditore* није било разлике, иако је фидуција *cum creditore* била далеко ризичнија за фидуцијанта, с обзиром на то да свог повериоца често није познавао, па није могао да рачуна на његову *fides* и на то да неће након испуњења обавезе од стране дужника ствар која је била предмет фидуције да отуђи или одбије да је врати.

Поставља се питање у теорији и да ли фидуцију треба сматрати контрактом или начином за закључење контракта, с обзиром на њену апстрактну природу и то да је могла да буде закључивана за пренос својине на ствари из различитих разлога, за које су се касније оформили посебни контракти – депозит, послуга, залога. Проф. др Обрад Станојевић је, на пример, не сматра контрактом, већ установом која има стварноправни карактер, а не облигационоправни, па је уопште не излаже на месту где се говори о реалним уговорима.³⁷⁸ Проф. др Бартолд Ајзнер и проф. др Марјан Хорват приликом набрајања строго формалистичких уговора најстаријег римског облигационог права наводе и фидуцију, али је приликом њеног дефинисања називају „углавком“ који је додат манципацији или *in iure* цесији. Међутим, приликом набрајања реалних контраката наводе да се у групу именованих реалних контраката може подвести и фидуција, јер се и она, као и други уговори који спадају у ову групу, темељи на давању нечега што се касније враћа. На другом месту, објашњавајући зашто Гај не помиње фидуцију, наводе да је вероватни узрок томе то што је најчешће служила обезбеђењу неке обавезе, па су римски правници превидели да је фидуцијарни „углавак“, сам по себи заправо контракт.³⁷⁹

Има и аутора, као што је, на пример, проф. др Жика Бујуклић, који фидуцију сврставају у реалне уговоре *bonae fidei*, којим једна страна – фидуцијант другој страни – фидуцијару предаје у својину одређену ствар, а фидуцијар се обавезује да ће након оствареног услова или протеклог рока ствар вратити у својину преносиоцу или трећем лицу.³⁸⁰

Римљани су у старом цивилном праву сматрали да својина није одвојива од државине, па су зато, када год ствар пренесу неком другом лицу, вршили пренос својине, у једној од форми која је била предвиђена за то – манципација, *in iure* цесија и

³⁷⁸ Види: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 292.

³⁷⁹ Опширније: Eisner B, Horvat. M. *op. cit.* стр. 345, 403 и 404.

³⁸⁰ О томе: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 366.

традиција.³⁸¹ По неким ауторима, фидуцијарна својина се није могла пренети неформалном традицијом, већ искључиво формалним начинима за пренос својине.³⁸² Како је владао став о неодвојивости државине од својине, последица тога је да се фидуција код које није предата ствар није сматрала пуноважно закљученом. Предаја ствари је била услов пуноважности уговора. Како у самој манципацији или *in iure* цесији није било могуће уговорити услов или рок, фидуција је настала из потребе да се они уговоре уз обавезе које су преузимане манципацијом и *in iure* цесијом.³⁸³

Како се фидуција закључивала уз манципацију и *in iure* цесију, са нестанком ових форми за закључење уговора нестала је и фидуција, а њена сврха је наставила да се постиже другим уговорима. Уместо облика фидуције *cum creditore* употребљаван је *pignus*, а уместо облика фидуције *cum amico* употребљавани су *depositum* и *commodatum*, где се иста сврха постизала преносом државине, без преноса својине.

1.3.2.6.4.4. Консенсуална форма

Иако су предмет нашег рада уговори за које је била предвиђена обавезна форма, односно форма *ad solemnitatem*, дакле она форма без чијег испуњења се уговор не сматра пуноважно насталим, не можемо а да не посветимо део рада уговорима који су развојем римског права дошли на место формалних уговора. Потребе промета изазване ширењем територије римске државе и развојем привреде, а нарочито трговине, утицале су током развоја римског права на смањење формалности приликом закључења уговора. Овај тренд је започео крајем републике, а наставио се у доба принципата, и у такозваном класичном периоду развоја римског права четири најкоришћенија уговора закључивана су само простом сагласношћу воља. Гај у Институцијама наводи: „*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, socioetatibus, mandatis.*“, односно „Простом сагласношћу воља настају облигације у случају купопродаје, закупа, уговора о делу (најма) и ортаклука и мандата“.³⁸⁴ Иста одредба се налази и у Јустинијановим Институцијама.³⁸⁵

³⁸¹ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 250.

³⁸² Види: Бујуклић, Ж. *op. cit.* стр. 367.

³⁸³ Види: *Idem.* стр. 367.

³⁸⁴ *Gai, Inst. 3.135* Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 245.

³⁸⁵ *Liber Primus, TIT. 22*, Превод: Bakotić, L. – *Iustiniani Institutiones* = Јустинијанове Институције, Београд: Г. Кон, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1912, стр. 220.

Дакле, за пуноважно закључење уговора *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* и *mandatum* није била потребна никаква формалност, већ само сагласност воља по питању битних елемената уговора, која је могла да буде изражена усмено, писано, у присуству обе уговорне стране или преко посредника, изричито или конклюдентним радњама.³⁸⁶ Ово сазнајемо из Гајевих Институција где се наводи „*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.*“ „За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребне ни свечане речи, нити писмени акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе. Отуда се овакви уговори могу склапати и међу одсутним лицима, нпр. путем писма или гласника, док се иначе вербални контракт не може закључити између одсутних.“³⁸⁷

Иако се временом број уговора који су се закључивали простом сагласношћу воља ширио, принцип консенсуализма никада формално није добио превагу у римском праву у односу на принцип формализма.³⁸⁸ Пратећи историју форме закључења уговора о продаји, као најкоришћенијег, могу се уочити све тенденције у односу принципа формализма и консенсуализма. До сада смо у раду говорили о манципацији и стипулацији као начинима закључења уговора који су за предмет имали продају ствари. Што се тиче купопродаје у класичном праву, у тренутку када се стране договоре о битним елементима уговора (у случају купопродаје то су били предмет и цена), сматра се да је уговор пуноважно настао. Овакав договор није у ранијим периодима производио никакво правно дејство. Купопродаја као потпуно консенсуалан уговор, који производи само облигационе ефекте, у класичном периоду је био уговор којим се не преноси својина, већ је сагласност о битним елементима само кауза за традицију.³⁸⁹

С обзиром на то да су поменути уговори они који су били најнеопходнији за брз правни промет и развој привреде и трговине, сасвим је оправдана њихова консенсуална природа у класичном периоду, периоду процвата римског царства.

³⁸⁶ Детаљније: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 346.

³⁸⁷ *Gai, Inst.* 3.136 Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 245.

³⁸⁸ Опширније: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Београд. 1964, стр. 13; Маленица, А. *op. cit.* стр. 356.

³⁸⁹ Више о томе: Вулетић, В. – *Римска класична јуриспруденција: дилеме и правне контроверзе у Гајевом делу*, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2017, стр. 136.

У класичном, а нарочито у посткласичном праву многи правни послови су закључивани простом сагласношћу воља, али их римски правници никада нису сврстали у групу консенсуалних контраката, већ су чинили посебну категорију – *pacti*.³⁹⁰

1.3.3. Форма *ad solemnitatem* у посткласичном римском праву

Постоје неслагања по питању трајања периода развоја римске државе и права који долази после принципата и почиње владавином Диоклецијана 284. године нове ере. По неким романистима овај период се завршава 476. године, падом Западног римског царства, док је по већини овај период трајао до 565. године, до краја Јустинијанове владавине,³⁹¹ због великог утицаја који је његова владавина имала на судбину римског права.³⁹² Ако се класични период развоја римске државе и права сматра златним добом, доминат је период у коме је дошло до великих промена, али овог пута неповољних по развој Рима, па се он назива „сумраком римске цивилизације“.³⁹³ Криза је завладала на свим пољима: политичком, привредном, што је резултирало поделом царства на Источно и Западно,³⁹⁴ а касније и падом Западног римског царства под власт варвара док је Источно римско царство наставило да траје до смрти цара Јустинијана, када му је промењен назив у РOMEјско царство.

Императори су на различите начине покушавали да спасу царство: територијалним реформама, поделом власти између императора, реформама државне управе и војске, међутим, нису у томе успели, већ су само одложили његову пропаст.³⁹⁵

1.3.3.1. Друштвено-економске прилике посткласичног периода

У посткласичном периоду је на челу државе био владар који је имао титулу „*dominus et deus*“, господар и бог, што нам говори да је римска држава овог периода била монархистичка и да је власт била строго централизована. „Све што је у вези са царем, сматрало се *sacrum*“.³⁹⁶ Након принципата, у коме је само формално постојала дијархија – подела власти између владара и сената, у доминату је фактичко стање усаглашено са

³⁹⁰ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 261.

³⁹¹ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 81.

³⁹² О томе: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 51.

³⁹³ *Idem*, стр. 52.

³⁹⁴ Од периода када су власт делили Диоклецијан и Максимијан почиње подела царства на Источно и Западно, више о томе: Машкин, А. Н. *op. cit.* стр. 487.

³⁹⁵ Детаљније: Маленица, А. *op. cit.* стр. 52.

³⁹⁶ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 82.

формалним и у личности владара су и званично спојене законодавна, извршна, судска и војна власт. Међутим, како су биле честе борбе око наслеђивања престола, које су доводиле и до смрти неких владара, Диоклецијан је увео тетрархију – владавину два Августа и два Цезара, коју је наставио и Константин, али се није задржала до краја домината. После пропасти тетрархије, опет су функције императора сједињене у једној особи, до поделе државе на источни и западни део, када су овим деловима владали различити императори, али са истим правним поретком.³⁹⁷ Сенат, конзули, претори и остале магистратуре које су имале снажан утицај на право у периоду републике, у периоду домината нису имале никакву власт. Изразита бирократизација апарата власти, која је отпочела у принципату, наставља се и у доминату и све је израженија. За време Диоклецијана је повећан обим војске, што је био покушај да се одоли унутрашњим немирима и сталним упадима варвара. Овакве реформе су само биле један од фактора који је довео до економског краха државе, због великих трошкова које је захтевала овако уређена, плаћена војска.

У посткласичном периоду се подела становника Рима на грађане и перегрине захваљујући Каракалином едикту изгубила, али је постала актуелна подела на *honestiores* и *humiliores*.³⁹⁸

С обзиром на то да је принципат био доба мира, освајачких ратова готово да није било, тако да није било ни нових прилива робова као јефтине радне снаге, али ни ратног плена као извора богатства. Са друге стране, гломазан бирократски апарат, плаћена војска и чести упади варвара стварали су велике трошкове за државу, које је она тежила да покрије високим порезима. Све ово је довело до општег незадовољства становника царства, које је, удружено са упадима варварима, било погубно.

Како због недостатка освајачких ратова није било довољно робова који би обрађивали земљу, власници великих латифундија су били приморани да дају делове својих поседа на обрађивање робовима и сиромашним сељацима (колонима). Фактичко стање је добило и своје правно уобличење, па проф. др Иво Пухан каже да је правно везивање људи за земљу корак ка ослобађању робова и корак ка поробљавању слободних

³⁹⁷ Види: Пухан, И. *op. cit.* стр. 105.

³⁹⁸ *Honestiores* је био повлашћени слој који су чинили император са породицом и својим најближим сарадницима, најистакнутији државни службеници, сенатори, припадници земљишне аристократије. У *humiliores* су спадали нижи чиновници бирократског апарата, колони, ситни земљопоседници, занатлије, трговци.

људи: то је заправо била претеча кметства.³⁹⁹ Положај дотадашњих робова је у великој мери побољшан њиховим превозињем у колоне.

Овакво стање у пољопривреди, као и генерално слабљење римске државе, довели су до пропадања заната. Занатлије су, због великих пореза и намета, бежали из градова у провинције.

Велике инфлације које су изазивали римски императори доводиле су до кризе робно-новчане привреде и враћања на натуралну размену.⁴⁰⁰ Начин функционисања привреде и трговине је био сличан оном који је постојао у Риму у његовом првом периоду развоја.⁴⁰¹ Повратак на натуралну привреду након робноновчане посебно је значајан за тему овог рада. Последица овог процеса је то да су многа правила класичног римског права која су се примењивала на робноновчане односе била неупотребљива у посткласичном периоду, па су потиснута или прилагођена новонасталим околностима.⁴⁰²

У складу са улогом владара који је био носилац и законодавне функције у држави, царске конституције су основни извор права овог периода. Њима се стварало ново право, које се означавало као *leges (ius novum)*, али се користило и право ранијих периода – *ius antiquum*, уколико није било измењено царским конституцијама.⁴⁰³

Када смо говорили о праву у класичном периоду, навели смо да је од великог значаја за класично право била активност правника, а нарочито овлашћење које су они добијали од владара да одговарају на питања – *ius respondendi*. У периоду домината ова активност правника је замрла,⁴⁰⁴ а правници су се углавном бавили прикупљањем и коментарисањем текстова класичних правника. Као врхунац ове активности настала је Јустинијанова кодификација. Управо због ове систематизације правних правила за посткласични период не може се рећи да је био неплодан по питању права, иако није донео неке значајније новине. Када упоредимо рад класичних и посткласичних

³⁹⁹ Види: Пухан, И. *op. cit.* стр. 94.

⁴⁰⁰ *Idem*, стр. 96.

⁴⁰¹ Дошло је до смањења куповне моћи и робовласници су морали да на својим латифундијама производе све што им је било потребно. Оваква привреда затвореног типа је подсећала на организацију људи у оквиру генса, с тим што је генс био заједница заснована на сродству, а у доминату је земљишни посед био целина у оквиру које се обављао промет добара.

⁴⁰² Детаљније: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 51.

⁴⁰³ Види: Eisner, В, Horvat, М. *op. cit.* стр. 87.

⁴⁰⁴ У периоду домината се помињу само два истакнута правника. Више о томе: *Ibidem*.

правника, долазимо до закључка да су посткласичари „кварили“ класично право, одступајући од неких његових правних принципа и начина размишљања.⁴⁰⁵

Обичаји су се другачије третирали него у класичном периоду. Док се у класичном периоду поштовање обичаја правдало вољом народа израженом прећутном сагласношћу да примењују нека обичајна правила, у посткласичном праву је обичај схватан као правило када је потврђен од стране судија (царских чиновника) који се баве применом права.⁴⁰⁶ Овакав став посткласичне доктрине је логичан с обзиром на улогу цара и његову искључиву законодавну надлежност у периоду домината. Ни поштовање обичаја није било дозвољено уколико то није одобрено од стране цара преко његових службеника.

1.3.3.2. Однос религије и права у посткласичном периоду

Титула владара „*dominus et deus*“ указивала је на значајно место религије у периоду домината. Сматрало се да власт полази од Бога и да непокорвање императору са собом не носи само санкцију за преступ, већ представља и грех.⁴⁰⁷

У овом периоду римске историје дошло је до наставка ширења утицаја хришћанства, које је масовно добијало нове следбенике. „Што је држава више слабила, то је црква све више јачала. Припадништво држави доносило је само бол и патњу, док је припадник хришћанске цркве од ње добијао и моралну и материјалну помоћ“.⁴⁰⁸ Самим тим, религија се враћа на друштвену сцену као врло значајан фактор, који ће умногоме утицати на све сфере друштвеног живота, а самим тим и на право. Када је држава признала хришћанство као званичну религију, црква је постала велика социјална снага.⁴⁰⁹ Међутим, и друштвени односи, нарочито моћ владајуће класе у овом периоду, извршили су значајан утицај на основне принципе хришћанства. Може се рећи да је хришћанство учинило неке уступке римском владајућем слоју, како би било проглашено државном религијом.

⁴⁰⁵ Види: Маленица, А. – *Извори римског права*, I том, Научна књига, Београд, 1993, стр. 175.

⁴⁰⁶ Детаљније: Маленица, А. – *Римско право*, Нови Сад, 2007. стр 108.

⁴⁰⁷ Види: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 58.

⁴⁰⁸ О томе: Ростовцев, М. *op. cit.* стр. 476.

⁴⁰⁹ Детаљније: Машкин, Н.А. *op. cit.* стр. 509.

Хришћанству у посткласичном периоду приступају и виши слојеви, па се мења и идеологија у правцу „богу божје, а цару царево“. ⁴¹⁰ Хришћанство постаје врло значајан елемент у држави, све више се удаљавајући од својих првобитних поставки. ⁴¹¹ Како су виши, владајући слојеви почели да прихватају хришћанство, оно се удаљавало од својих демократских учења, која су у први план стављала сиромашне и обесправљене. ⁴¹² Владајући слој, а нарочито император, уочио је снагу хришћанства и видео у томе могућност манипулације нижим слојевима. Владар је прихватањем хришћанства пристао на то да више не буде „*dominus et deus*“, већ само господар који је био намесник Бога на земљи и спроводио његову вољу. ⁴¹³

Године 313. цар Константин (са сувладаром Лицинијем) издаје Милански едикт о толеранцији, којим изједначаје хришћанство са другим религијама. У едикту се каже да треба сваком човеку оставити могућност да исповеда веру по свом избору. Међутим, касније, 380. године, хришћанство је Теодосијевим едиктом проглашено државном религијом, једином дозвољеном. Хришћанство као једнобожачка религија у периоду домината потпуно је засенило политеизам, поставши државна религија.

Да је религија имала утицаја на право и у периоду владавине цара Јустинијана и да је била повезана са правом, види се из систематизације *Corpus Iuris Civilis*-а. ⁴¹⁴

Признавање хришћанства за државну религију доприноси његовом омасовљењу. Како се повећава број верника и хришћанство шири на све просторе великог Римског

⁴¹⁰ „Тако хришћани, омасовљујући се из различитих друштвених редова, постају моћна друштвена и политичка снага по градовима. У тој ситуацији, римска држава није могла више проводити само политику прогањања, која је иначе водила само јачању хришћанског покрета.“ Више о томе: Павићевић, В. *op. cit.* стр. 245.

⁴¹¹ Поставке о једнакоправности свих људи и праву на својину касније ће се под друштвеним факторима мењати, па ће се појавити учење о приватној својини као „природном праву“. Први црквени оци су сматрали да земља није ничија, него Божја, док се касније то схватање мења у корист идеје о неприкосновености приватне својине. *Idem*, стр. 261.

⁴¹² „Слуге да слушају своје господаре, да буду угодни у свачему, да не одговарају“ (Библија, Нови Завет, Павлова посланица Титу, 2.9).

⁴¹³ Види: Игњатовић, М. *op. cit.* стр.62.

⁴¹⁴ У делу ове највеће кодификације римског права, који је донет 529. год. под називом *Codex repetitae praelectionis* и састојао се из 12 књига, црквено право је стављено на почетак, у прву књигу. Ово указује на пораст угледа цркве и важности религије и црквеног права, нарочито ако се у обзир узме и чињеница да се у Теодосијевом кодексу из 438. године црквено право налазило на крају. О улози религије у време доношења Јустинијанових Институција говоре и уводне одредбе Јустинијанове кодификације у којима се за Јустинијана каже да са божјим овлашћењима управља империјом коју му је предало небеско величанство. Показатељ утицаја и значаја хришћанске религије је и то што Институције и Кодекс почињу призивањем Исуса Христа, коме се Јустинијан захваљује за кодификаторски посао који је обавио и посвећује своје дело у славу Божју. Професор Николић наводи речи професора Шаркића, по коме је утицај хришћанства препознатљив у целом *Corpus Iuris Civilis*-у. Даље се наводи како је „најпожељнија владавина закона, који добро регулишу божанска и људска питања“. Детаљније: Николић, Д. – *Упоредна правна историја*, 2005, стр. 133.

царства, појављује се потреба за организацијом и кодификовањем учења, те се развија једна моћна институција – хришћанска црква.⁴¹⁵

Хришћанство проповеда покорност, смерност, опраштање, моногамију, светост брака, солидарност, једнакост. Како ове врлине нису биле принципи које је поштовало дотадашње римско право, хришћанство је на право овог периода извршило значајан утицај у правцу хуманизације. То се, пре свега, огледа у односу према робовима. Такође је и положај жене у римском друштву побољшан. Иако је приметан утицај хришћанства на право кроз побољшање положаја до сада маргинализованих група, тек у средњем веку ће доћи до такве улоге религије у друштву где све почиње и све се завршава њом.⁴¹⁶

Спајање црквених и световних норми доводи до тога да право није више само рационална творевина, већ поприма и магијско-религијски карактер, као у преткласичном периоду развоја римског права.

1.3.3.3. Форма правних послова у праву посткласичног периода

У овом периоду су настале најзначајније промене у формама закључења уговора: док је класично право наставило оном стазом којом се кренуло у доба републике и само ширило круг послова за чије пуноважно закључење није захтевана посебна форма и који су могли да се закључе предајом ствари или простом сагласношћу воља страна уговорница, у посткласичном периоду је дошло до значајних, корених промена у овој области.⁴¹⁷

За пуноважно закључење уговора није било потребно да уговор буде закључен у некој посебној форми, осим код реалних уговора, где је потребан чин предаје ствари, али су били заштићени само они случајеви за које је римско право предвиђало тужбу.

Како сазнајемо из Јустинијанове кодификације, с обзиром на то која форма је захтевана за закључење уговора, извршена је подела на вербалне, реалне, писане (литерарне) и консенсуалне уговоре, коју смо користили и приликом систематизације уговора класичног права. Као и уговори који су склапани у вербалној форми, и стари литерарни контракти су престали да се употребљавају, а заменили су их нови. Скоро да

⁴¹⁵ Хришћанска црква се 1054. године поделила на православље и католичанство, а касније се, у XVI веку, појавио и протестантизам. Протестантизам ће представљати „најрационалнију религију“ (Бергер) која ће у великој мери по многим теоретичарима поспешити секуларизацију.

⁴¹⁶ Опширније: Станојевић, О. – *Римско право*, Досије, Београд, 2010, стр. 80.

⁴¹⁷ *Idem*, стр. 200.

су нестале свечане и строге форме које су у ранијим периодима захтеване за закључење уговора.

У Јустинијановом Кодексу се говори о застарелости поделе ствари на *res Mancipii* и *res nec Mancipii*.

Codex Iust. 7.31.1.5. „*Cum etiam res dividi Mancipii et nec Mancipii sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublati*“.⁴¹⁸

Јустинијанов Кодекс 7.31.1.5. „*Подела ствари на res Mancipii и nec Mancipii је заиста застарела и треба је са правом укинути, те тако треба да за све ствари и за сва места важе иста правна правила, чиме ће се отклонити многе непотребне расправе и разлике*“.

Ова подела, коју је римско право вековима примењивало, више није била од правног значаја, већ је само компликовала правни промет. Овом реформом је омогућено јединствено поступање у погледу стицања својине и једне и друге врсте ствари, што је представљало велики корак ка поједностављењу и рационализацији правног промета.

Иако је јасно да је консенсуализам преузео кормило, управо тај значај који се придавао вољи странака могао је да доведе до закључења уговора у посебној форми, када се то није захтевало као услов пуноважности уговора. Стране уговорнице су биле слободне да се договоре да ће за закључење свог уговора искористити неку форму и то је показивало њихову слободу воље. У том случају, уколико уговор није закључен у договореној форми, последица је била иста као и када је форма била обавезна, *ad solemnitatem* – уговор је био непуноважан.

Разлог за овако корените промене се налази у сврси која је форми давана у периоду републике и периоду класичног права, када је она коришћена за ограничење воље уговорних страна (у периоду важења старог *ius civile* се не може ни говорити о намери да се воља ограничи, с обзиром на то да воља као категорија уопште није ни разматрана) и сврхе која се у овом, посткласичном периоду, придаје форми. Форма је у овом периоду „на услузи“ странама уговорницама и њена сврха је да употпуни њихову слободу

⁴¹⁸ Види: Даниловић, Ј, Станојевић, О. *op. cit.* стр 166.

воље.⁴¹⁹ Уколико је странке желе – биће обавезна, уколико је не желе – закључиће уговор простом сагласношћу воља.

Из до сада наведеног може се закључити да је један од основних принципа облигационог права посткласичног периода тежња за што већом слободом воље уговорних страна. Међутим, слобода избора форме за закључење уговора била је ограничена тужбама које су и даље биле везане за сваки контракт понаособ. Ни у Јустинијановом праву нису уведене генералне тужбе, а најближа њима је била кондикција *certae creditaе pecuniae*, која је могла да се употреби само уместо других тужби, дакле за уговоре који су већ заштићени.⁴²⁰

Zarro прави разлику између спољашњег и унутрашњег формализма: док је у најстаријем периоду развоја римског права као последица унутрашњег формализма форма унапред до детаља прописана (нпр. тачно прописане речи које је потребно изговорити), у посткласичном и Јустинијановом праву се захтевао само спољашњи облик акта, а унутрашња формулација је остала на вољу странама.⁴²¹

1.3.3.3.1. Манципациона форма у посткласичном периоду

Због знатно промењених друштвено-економских прилика, ситуације у којима је раније коришћена манципација више нису биле актуелне.

Улога *pater familias*-а у посткласичном периоду римског права значајно је ослабљена у односу на раније периоде, што је директно повезано са еволуцијом друштвених и правних односа у Римском царству. *Pater familias* више нема овлашћења истог обима над члановима породице, чиме нестају многе могућности за употребу манципационе форме. Ослобађање од власти патерфамилијаса у посткласичном периоду врши се пред судијом или надлежним магистратом.

Брак се у посткласичном периоду заснива на сагласности супружника, а улога оца у том процесу је углавном симболична или саветодавна, осим у случају малолетних лица.

⁴¹⁹ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 201.

⁴²⁰ *Idem*, стр. 201.

⁴²¹ Опширније: Zarro, G. – Formalismo e consensualismo: una lettura agli an-tipodi dell'esperienza romana, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* XXVII, 2014, стр. 355.

Положај жене се знатно поправља након прихватања хришћанства за званичну религију. Иако је институт туторства над пунолетним женама био превазиђен и много раније, званично је укинут почетком V века, па је самим тим и манципација у поступку замене жениног татора изгубила своју сврху.

Манципација је коришћена за адопцију до III века, када је адопција почела да се врши пред магистратом.⁴²²

Манципација чланова породице након пунских ратова постаје само формална, ради побољшања њиховог статуса, јер се у овом периоду рад чланова породице замењује радом робова.⁴²³ Обогаћење римских грађана доводи и до смањења предаје сина или роба у манципијум по деликтном основу, већ се оштећени намирује у новцу.

Манципациона форма у посткласичном периоду у погледу преноса својине потпуно губи свој значај јер је застарела с обзиром на укидање поделе ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi* Јустинијановом кодификацијом.

Употреба нексума је престала након доношења закона *lex Poetelia Papiria*, чиме је манципација престала да се користи за закључење уговора.

Што се тиче гашења облигација у форми *per aes et libram* у посткласичном периоду, са развојем права и порастом значаја писаних докумената, ова архаична форма гашења облигација је постепено напуштена и замењена практичнијим методама.

1.3.3.3.2. Врсте вербалних контраката у посткласичном периоду

Вербални уговори су у периоду домината скоро па у потпуности нестали. Овакав начин закључења уговора су, услед утицаја грчког права и промењених друштвено-економских прилика, замениле неке друге форме. Ипак, неки од њих су наставили да се користе, у нешто измењеном и прилагођеном облику.

1.3.3.3.2.1. Стипулација у посткласичном периоду

Стипулација је у посткласичном периоду још увек постојала под тим именом, али у погледу садржине није имала скоро никаквих додирних тачака са стипулацијом из

⁴²² О томе: Маленица, А. *op.cit.* стр. 86.

⁴²³ Више о томе: *Idem*, стр. 93.

првог периода развоја римског права, где је било строго формално, апстрактан уговор, који се закључивао изговарањем свечаних речи.

Тенденција смањења формализма се наставила, што се одразило и на стипулацију. Када је у питању захтев из преткласичног периода да питање и одговор буду на истом језику, у посткласичном периоду је он ублажен. Било је дозвољено да се питање постави на једном, а одговор да на другом језику, уколико су се стране разумеле. Ово нам је јасно из Јустинијанових Институција где се наводи:

Just. Inst. 3.15. „Utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt.“

Јуст. Инст. 3.15. „Иначе, урадило се глављење на латинском или на грчком језику, или и на којем другом језику, свеједно је, само ако обе странке познају дотични језик. Није потребно ни да се обе странке служе истим језиком, већ је доста да је одговор према питању.⁴²⁴

Конституцијом цара Леона укинута су посебне свечане речи и дозвољено је да стране било којим речима постигну споразум.⁴²⁵

Још једна карактеристика стипулације из преткласичног периода ублажена је у посткласичном периоду. За време Јустинијана се није више захтевао *unitas actus*, односно да питање и одговор буду изговорени истовремено, на истом месту, без прекида и лицем у лице уговорних страна.

С обзиром на промене у друштвено-економским околностима, указала се потреба за неком врстом доказа да је стипулација предузета, као и каква јој је садржина.⁴²⁶ Временом се створио обичај, преузет из грчког права, да се приликом стипулације

⁴²⁴ Види: Бакотић, Л. – *Јустинијанове Институције*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1912, стр. 204.

⁴²⁵ Могућност склапања стипулације и другим речима и на другом језику значила је да је склапање уговора о стипулацији било дозвољено и перегринима. Иако је стипулација била формалистички уговор код кога се нужно захтевало испуњене тачно одређених елемената правног посла, била је и флексибилан уговор управо због тога што су уговорне стране могле да се користе и другим речима. Управо из тог разлога стипулација је била широко у употреби и у другим гранам приватног права. Опширније: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 337.

⁴²⁶ Томе је допринело развијено тржиште међу људима који се нису међусобно познавали и на чији *bona fides* није могло да се рачуна. Стипулација је закључивана са перегринима који су веровали у различите богове, па ни страх од богова и вера у религију није могла да обезбеди испуњење уговора.

составља исправа о њој, која је служила као доказ. Овакав доказ се могао обарати до царског доба, када је постао необорив, да би се за време Јустинијана доказна моћ такве исправе могла оборити само ако се докаже да се страна целог дана када се наводи да је стипулација извршена налазила ван места наведеног у исправи.⁴²⁷

У посткласичном праву стипулација је од вербалног незванично постала литерарни контракт.⁴²⁸

Ослобађање од формализма је ишло дотле да стране уговорнице нису ни морале да присуствују састављању писмена, већ је било довољно да се обе налазе у истом месту. Усмени део стипулације је на крају потпуно нестао, а стипулација је постала писмени уговор са траговима усмене формуле јер је писани акт обично гласио „пошто сам био упитан, одговорио сам да се обавезујем...”⁴²⁹ Подразумевало се да је постојао усмени договор ако је сачињена исправа (*instrumentum stipulationis*).

Јустинијан је отишао и корак даље у смањењу формализма када је увео правило да поверилац мора да доказује постојање основа ако жели да добије обећано стипулацијом. „Тиме је дужник ослобођен бриге да на време употреби *exceptio* или *querela non numeratae pecuniae*“. На овај начин је стипулација изгубила једну од својих основних особина из периода старог цивилног права, која јој је и обезбедила тако друго трајање и честу употребу – апстрактност, и приближила се каузалним уговорима, код којих је за закључење уговора битан и основ обавезивања.⁴³⁰ У Јустинијаново доба је каузалност толико била изражена да је било прописано да је, уколико није био познат основ стипулације, она била ништава.⁴³¹

На основу свега до сада наведеног о стипулацији видимо њен пут од вербалног уговора најстаријег права, који су могли да користе само римски грађани, до посткласичног периода када је постала писани уговор, каузалног карактера, који је био доступан и странцима. Ублажавањем формализма приликом закључења стипулације учињен је велики корак ка признавању заштите неформалних споразума (*nuda pacta*).⁴³²

⁴²⁷ Види: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 395.

⁴²⁸ Више: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 340.

⁴²⁹ О томе: Станојевић, О. – *Зајам у историји права*, докторска дисертација, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966, стр. 102.

⁴³⁰ Међутим, иако је стипулација претворена у литерарни контракт, после две године делује апстрактно јер по истеку две године више не може да се доказује да кауза не постоји.

⁴³¹ Детаљније: Eisner, B, Horvat, M. *op. cit.* стр. 397.

⁴³² *Ibidem*.

1.3.3.3.2.2. *Dotis dictio u iusiurandum liberti*

Dotis dictio је био вербални контракт, али је у посткласичном праву замењен пактом – *pactum dotis* (проста сагласност воља).

Iusiurandum liberti као начин за ослобођење робова није више био актуелан због промењеног односа према робовима (у Дигестама се помиње, али га Институције не помињу).

1.3.3.3.3. **Литерарна (писана) форма за закључење уговора у посткласичном праву**

Као што су вербални уговори преткласичног и класичног права у периоду домината престали да се користе, тако су и литерарни контракти који су до тада коришћени изашли из употребе. Експенсилација је у посткласичном праву била у потпуности замењена грчким уговорима који су продрли у римско право и који су већ увелико коришћени – *syngrapha* и *chirographae*.⁴³³ Под утицајем грчког права литерарни контракти су почели све чешће да се употребљавају.

Стипулација, као чисто вербална форма за закључење уговора по својој природи у време настанка, у посткласичном периоду се потпуно трансформисала у литерарни контракт. Стипулација је имала утицаја и на *syngraphae* и *chirographae*, након увођења *instrumentum stipulationis*⁴³⁴ и приближавања стипулације писаним уговорима, па се и оне тако формулишу, као да је претходно закључена стипулација.⁴³⁵ У посткласичном праву се и на њих примењивала *querela non numeratae pecuniae*, па су, по речима проф. др Драгомира Стојчевића, изгубиле своје апстрактно дејство, које им се признаје само у једном случају када је дужник морао да плати дуг без обзира на то да ли је испуњен основ обавезивања ако су *syngraphae* и *chirographae* формулисане апстрактно, а дужник не искористи рок од два месеца за *querela non numeratae pecuniae*.⁴³⁶

Syngraphae

⁴³³ Види: Стојчевић, Д. – *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1985, стр. 248.

⁴³⁴ Створене су нове писане форме у којима су се предузимали правни послови, па и склапали контракти: изјава у записник пред чиновником и састављање писане исправе коју оверава бележник. *Idem*, стр. 201.

⁴³⁵ Више о томе: Станојевић, О. *op. cit.* стр. 285.

⁴³⁶ Види: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 249.

У посткласичном периоду римског права синграфе добијају значајнију улогу као писмени докази о постојању обавезе. Биле су посебно погодне за коришћење јер су обезбеђивале доказ који је могао да буде коришћен пред судом. Синграфе су често биле овераване или сачињаване од стране бележника, што им је давало већу правну сигурност и извршност.

Након спајања контраката цивилног и преторског права, који су утицали једни на друге, стипулација као установа цивилног права са једне стране, која је у позном периоду републике била широко коришћена, спојена је са литерарним контрактима *chirographum* и *syngraphae* који су коришћени међу перегринима, са друге стране. Тако су хирографе и синграфе учествовале у преображају стипулације у литерарни контракт. Последица овог спајања је губљење апстрактног дејства ових литерарних контраката у посткласичном периоду, у највећем броју случајева, јер је и на њих, као и на стипулацију, могла да се примењује *querela non numeratae pecuniae*.⁴³⁷ Остали су неки изузеци код којих је задржано апстрактно дејство и обавеза испуњавана без обзира на основ – када је обавеза дужника тако формулисана да се из ње не види који је основ обавезивања, а прошао је рок од две године за истицање приговора *querela non numeratae pecuniae*.⁴³⁸ После истека рока од две године у коме је могла да се истакне *querella non numeratae pecuniae* контракт је поново стицао својство апстрактног и дужник није могао више да доказује да новац који дугује није ни примио.⁴³⁹

Chirographum

Chirographum у посткласичном праву представља врсту писмене исправе о дугу, сачињене од стране самог дужника или од стране бележника у његово име, која служи као доказ обавезе. У посткласичном периоду ова форма добија све већи значај и има значајну улогу у потискивању старијих формалних облика уговарања. И код ње је главна предност то што је обезбеђен доказ о преузетој обавези повериоца према дужнику.

Instrumentum stipulationis

⁴³⁷ Опширније: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Београд. 1964. стр. 17.

⁴³⁸ О томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 249.

⁴³⁹ Види: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 402.

Најбољи показатељ употребе и значаја писмене форме у посткласичном периоду је то што је стипулација, као најпознатији вербални контракт римског права који је почео да се употребљава у преткласичном периоду, у овом периоду незванично постала литерарни контракт.

Након доношења Каракалине конституције 212. године, којом је употреба римског права проширена на перегрине, спојили су се контракти цивилног и преторског права, који су утицали једни на друге. То се десило и са стипулацијом као установом цивилног права са једне стране, која је у позном периоду републике била широко коришћена, и са литерарним контрактима *chirographum* и *syngraphae* који су коришћени међу перегринима, са друге стране. Тако је у хирографе и синграфе заправо уношена клаузула којом се наводило да је обавеза преузета стипулацијом.

Као последица је настала нова установа – *instrumentum stipulationis*, исправа о извршеној стипулацији. Усмени део стипулације је потпуно нестао, а од њега су остали трагови усмене формуле јер је писани акт обично гласио „пошто сам био упитан, одговорио сам да се обавезујем...“. Подразумевало се да је постојао усмени договор ако је сачињена исправа – *instrumentum stipulationis*.

Од тада *syngraphae* и *chirographum* прате историју стипулације.⁴⁴⁰ Оваква исправа је у почетку имала само доказну снагу и није била услов пуноважности закључене стипулације, да би касније представљала јаку претпоставку о извршеној стипулацији, а у Јустинијаново доба скоро необорив доказ да је стипулација извршена, чиме је стипулација заправо прображена у литерарни контракт.⁴⁴¹

И у периоду Јустинијана важило је правило старог римског права *nudum pactum non parit actionem*, односно да прост споразум не рађа тужбу. Када је долазило до спора, терет доказивања је био на тужиоцу, који је требало да докаже све што тврди. То је било тешко код уговора који су се закључивали усмено, па је била врло корисна ова писмена исправа која се често састављала (*instrumentum stipulationis*) иако је уговор био неформалан, што упућује на закључак да је форма и у посткласичном римском праву имала посебан правни значај.⁴⁴²

⁴⁴⁰ Види: Стојчевић, О. *op. cit.* стр. 249.

⁴⁴¹ О томе: Eisner B, Horvat. М. *op. cit.* стр. 106.

⁴⁴² „У посткласичном римском праву стипулација, најпознатији вербални контракт римског права, добила је свој писани облик, чиме је незванично постала литерарни контракт кроз форму *instrumentum*

1.3.3.3.4. Реална форма закључења уговора у посткласичном праву

Реални уговори су и у посткласичном праву сматрани формалним, иако је ниво формалности који се захтевао за њихово закључење знатно смањен у односу на свечане и компликоване форме најстаријег периода развоја римског права. За реалне уговоре се нису захтевале формалности као што је свечано изговарање тачно одређених речи, присуство сведока и слично, али је због чина предаје ствари реална форма и даље била форма *ad solemnitatem*.

У касном класичном и посткласичном праву општеприхваћено је становиште по коме је могуће одвојити својину на ствари од детенције или државине. То је био разлог зашто су у групу уговора који се склапају у реалној форми, поред *mutuum*-а, сврстани и они уговори код којих је предаја ствари услов пуноважности уговора, а код којих се не преноси својина на примаоца. У питању су *depositum*, *commodatum*, код којих се преноси детенција, и *pignus*, код кога се преноси државина на ствари која је предмет уговора. Разлог зашто се фидуција ни у овом периоду не помиње као реалан уговор јесте то што је стављена ван снаге, а уместо ње се користио пигнус.

Mutuum

У посткласичном праву сагласност воља код закључења уговора о зајму игра све значајнију улогу, па се зајам приближава схватању зајма из каснијих времена, када је он био схватан као реални уговор за који је поред предаје ствари била неопходна и сагласност воља.⁴⁴³ У Дигестама се наводи да није довољно што је новац из својине оног који даје прешао у својину оног који прима, већ је потребно да се предмет зајма преда и да се прими са намером да се закључи облигација.

D. 44.7.3.1 (*Paulus*): „*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.*“

stipulationis. Исправа, ако је била правилно састављена, служила је као доказ да је стипулација правилно закључена, односно, да су биле изговорене свечане речи“. Више о томе: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 340.

⁴⁴³ Више о уговору о зајму: Станојевић, О. – *Зајам у историји права*, докторска дисертација, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966, стр. 89.

Д. 44.7.3.1 (Павле): „Да би настала облигација, није довољно то што је новац својина оног ко даје и што постаје својина онога ко прима, већ је потребно да се преда и да се прими са намером да се заснује облигација“⁴⁴⁴

Док је Гај само *mutuum* сматрао реалним уговором, у Јустинијановим Институцијама реални уговори се закључују када једна страна да или учини другој страни нешто, а она се обавезе да учини противчинидбу или да нешто заузврат.⁴⁴⁵ Сагласност воља у случају реалних уговора није играла пресудну улогу јер уговор није могао да буде закључен док ствар која је предмет уговора не буде предата, иако су се уговорне стране сложиле око свих елемената уговора.

Commodatum

Послуга је у посткласичном праву сматрана реалним уговором, што потврђују одредбе из *Corpus Iuris Civilis*-а. У Дигестама се наводи Помпонијев став да када се даје ствар на послугу, задржава се својина на ствари, али и државина. Последица тога што се уговором о послуги не преноси својина јесте то да је послугом могла да се преда и туђа ствар.⁴⁴⁶

Depositum

Depositum је такође сматран реалним уговором у посткласичном праву, и као таквог га помиње *Corpus Iuris Civilis*. У овом периоду посебно добија на значају *depositum irregulare* или нередовни, неправи депозит. Ова врста депозита се највише удаљава од редовног депозита. На чување се давао новац и друге заменљиве ствари (вино, уље, жито...), на којима је оставопримац стицао право својине па их је могао слободно користити, потрошити и отуђити, а по истеку неправог депозита био је дужан да врати исту врсту и количину ствари.⁴⁴⁷ Јавља се у време процвата римске трговине, а нарочито је распрострањен у грчким провинцијама.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Види: Даниловић, Ј, Станојевић, О. *op. cit.* стр. 226.

⁴⁴⁵ Јуст. Инст. 3.14.

⁴⁴⁶ Чак је и лопов могао да преда на послугу украдену ствар и да буде овлашћен да тражи заштиту тужбом. Види: Даниловић, Ј, Станојевић, О. *op. cit.* стр. 229.

⁴⁴⁷ Види: Бујуклић, Ж. *op.cit.* стр. 283.

⁴⁴⁸ О томе: Мијачић, М. *op.cit.* стр. 73.

Неправи депозит је настао као последица тога што су се заменљиве ствари углавном давале на чување на дужи временски период. Оставопримци су, знајући да ће ствари остати код њих на чувању дуже време, почели да дају те ствари у зајам трећим лицима, што се најчешће дешавало са новцем као предметом оставе, а најчешће су се бавили оваквим пословима банкарски.⁴⁴⁹ Тако је одлика депозита да се враћа иста ствар која је и предата на чување промењена и уместо враћања исте ствари установљена је обавеза да се врати ствар исте врсте и количине.

Класични правници су уговор о нередовној остави сматрали уговором о зајму, па је поверилац могао користити *condictio certae rei*, а камату је могао тражити само ако му је била обећана посебном стипулацијом. „Ако оставим код тебе новац и дозволим ти да га користиш, пре ће бити да је новац позајмљен, него депонован“, пише Павле у својим Сентенцијама.⁴⁵⁰ У касно класично и посткласично доба, захваљујући Улпијану и Папинијану, дошло се до става да остава настаје у интересу оставодавца, па се овај однос почео посматрати као *depositum irregulare*.⁴⁵¹ Поверилац је могао да користи *actio depositi* и депозитар је морао да врати све користи (камате), па и оне које су се заснивале на неформалном уговору – пакту.⁴⁵²

Pignus

У Дигестама се наводи да се пигнус закључује не само предајом ствари већ и простим споразумом, чак и без предаје ствари.⁴⁵³

1.3.3.3.5. Консенсуална форма закључења уговора у посткласичном праву

Настављена је тенденција ширења примене консенсуализма и у посткласичном периоду.

Када смо говорили о консенсуалним уговорима у класичном праву, навели смо да Гај у Институцијама каже:

⁴⁴⁹ Детаљније: Николић, Ђ. – Неправа остава, *Правни живот*, 10/2001, Београд, стр. 448.

⁴⁵⁰ О томе: Станојевић, О. – *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2010, стр. 366.

⁴⁵¹ Опширније: Наумовски, Г. – *Договорот за депозит во римското и во савременото право*, Скопје, 2007, стр. 65.

⁴⁵² Види: Хорват, М. – *Римско право*, Загреб, 2008, стр. 341.

⁴⁵³ D.13.7.1 *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*. Види: Даниловић, Ј, Станојевић, *op. cit.* стр. 230.

Gaius, 3.135. „*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*“⁴⁵⁴

Гај, 3.135. „Простом сагласношћу воља настају облигације у случају купопродаје, закупа, уговора о делу (најма) и ортаклука и мандата“.

Потпуно иста одредба је пренета и у Јустинијанове Институције.

Iust. Inst. 3.22. „*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*“

Јуст. Инст. 3.22. „Споразумом настају обавезе у купњи и продаји, у закупу и најму, у удругама и у налогу“.⁴⁵⁵

Може да се уочи да, у периоду од Гаја до Јустинијана, није било нових именованих консенсуалних уговора. Међутим, многи правни послови су закључивани простом сагласношћу воља, али их римски правници никада нису сврстали у групу консенсуалних контраката, већ су чинили посебну категорију – *pacti*.⁴⁵⁶

И у посткласичном праву простом сагласношћу воља се закључују *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* и *mandatum*. За пуноважно закључење ових уговора није била потребна никаква формалност, већ само сагласност воље по питању битних елемената уговора, која је могла да буде изражена усмено, писано, у присуству обе уговорне стране или преко посредника, изричито или конклюдентним радњама.⁴⁵⁷ О начину закључења консенсуалних уговора сазнајемо из Гајевих Институција.

Gaius, 3.136. „*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.*“⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 244.

⁴⁵⁵ Превод: Бакотић, Ј. – *Iustiniani Institutiones = Јустинијанове Институције*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1912, стр. 220.

⁴⁵⁶ Више о томе: Стојчевић, Д. *op. cit.* стр. 261.

⁴⁵⁷ Види: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 346.

⁴⁵⁸ Види: Станојевић, О. – *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009, стр. 244.

Гај, 3.136. „За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребне ни свечане речи, нити писмени акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе. Отуда се овакви уговори могу склапати и међу одсутним лицима, нпр. путем писма или гласника, док се иначе вербални контракт не може закључити између одсутних.“

Одредба која је преузета и која је нашла место у Јустинијановим Институцијама, у трећој књизи, где се говори о обавезама из споразума, врло слично дефинише шта се подразумева под обавезама насталим из споразума.

Iust. Inst. 3.22.1. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.

Јуст. Инст. 3.22.1. Каже се да се у овим случајевима обавеза склапа самим споразумом, јер није потребито ни да се уради писмо, ни да странке буду баи присутне, нити је потребито да се што изручи, па да тиме обавеза добије неку садржину, већ је доста да се странке споразумеју о послу које оне склапају.

Из разлике која је уочљива у објашњењу обавеза насталих из споразума видимо да Гај помиње да за закључење ових уговора нису потребне никакве свечане речи или писмени акти, док се у Јустинијановим Институцијама свечане речи не помињу, из чега можемо да закључимо да су вербални уговори у овом периоду били ретки и без великог значаја. Са друге стране, код Јустинијана се помиње и предаја ствари (изручење),⁴⁵⁹ док Гај не помиње на овом месту закључење уговора предајом ствари.

Формализам какав смо познавали у најстаријем периоду развоја римске државе и права био је прошлост и на његово место су дошли начини закључења уговора који и данас чине темељ свих модерних правних система. Међутим, иако се временом број уговора који су се закључивали простом сагласношћу воља ширио, принцип консенсуализма никада формално није добио превагу у римском праву у односу на принцип формализма.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ У преводу Јустинијанових Институција Луја Бакотића користи се израз „изручење“ за предају ствари, Види: Бакотић, Л. *op. cit.* стр. 221.

⁴⁶⁰ О томе: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Београд. 1964.стр. 13; Маленица, *Op. cit.* стр. 356.

2. РЕЦЕПЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА У СРЕДЊЕМ И НОВОМ ВЕКУ

2.1. Рецепција римског права у средњем веку

Наше истраживање се не исцрпљује изучавањем битне форме за закључење уговора у римском праву. Напротив, предмет нашег истраживања је и трагање за одговором на питање каква је била судбина римског права након пропасти Римског царства и у којој мери су норме које се односе на битну форму уговора реципиране.

2.1.1. Друштвено-економске прилике средњег века

Након пропасти Римског царства, дошло је до његове поделе на Западно римско царство и Источно римско царство. Западни део Римског царства су населила германска племена, која су ту основала своје прве државе. Германска племена су својим пљачкашким походима и настањивањем у овом делу царства допринела томе да и пре формалног пада Рима буду створени услови да римско право падне у заборав.⁴⁶¹ Покореном римском становништву су дозволили да се и даље користи својим, римским, правом, док се на Германе примењивало њихово обичајно право. Како би очували своје право, које је сада било под снажним утицајем римског права, али и хришћанства које је имало велики утицај на право у овом периоду, Германи су настојали да донесу кодификације свог права.⁴⁶² Правни партикуларизам, који се огледао у истовременој примени великог броја обичајно-правних система, једно је од значајних обележја овог периода на овом подручју.

Римско право је наставило да се примењује на територији Византије, међутим, промена економске структуре, прелазак на феудалне односе и оријентализација царства

⁴⁶¹ О томе: Маленица, А, Деретић, Н. *op. cit.* стр. 105.

⁴⁶² Само германски народ Остроготи нису кодификовали своје национално право. Разлог за то је био велики утицај римског права и правне културе, с обзиром на то да су они населили подручје средње Италије. По узору на римске царевице чијим се наследником сматрао, краљ Теодорих је издао свој едикт којим је проглашена једнакост Римљана и Гота пред законом. Опширније: Соловјев, А. – *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 78.

довели су до тога да је римско право све више бледело и удаљавало се од свог изворног облика из Јустинијанове кодификације.⁴⁶³

Након старог века, чије је значајно обележје било робовласништво, долази средњи век, чије је једно од основних обележја феудализам. У ранофеудалним државама насталим на територији некадашњег западног дела римског царства нису били створени услови за примену римског права јер је робна производња и трговина замрла и друштво се вратило на натуралну привреду, тако да један систем права који је настао као надградња над развијеним робноновчаним односима није могао да нађе примену у таквим условима.⁴⁶⁴ Временом је и латински језик замро под утицајем грчког и иако су правни текстови преведени на грчки, „правна работа Јустинијанова је убрзо постала део прошлости“.⁴⁶⁵

Као последица феудализма, поред општег права које је важило за целу територију државе, властелини су имали овлашћење да на својој земљи доносе сопствене законе. Они су се сматрали партикуларним правом јер су важили само на делу територије која је била у власништву властелина. Када је долазило до сукоба одредби општег и партикуларног права, обично је примењивано опште право, мада је често критеријум за одређивање које ће право однети превагу био тренутни однос снага властеле и владара.

У средњем веку је у европским земљама персонални принцип важења права замењен територијалним, а опште право (*ius commune*) чинило је систем норми и састојало се од римског права, обичаја, црквеног права и прописа донетих од стране владара.

До поновног оживљавања римског права долази у средњовековним италијанским градовима, када су се створили услови у погледу развоја робноновчане привреде, а није било правних инструмената за регулисање новонасталих односа.⁴⁶⁶ Проучавање Дигеста од

⁴⁶³ Више: Eisner, B. Horvat, M. *op. cit.* стр. 95.

⁴⁶⁴ Види: Јоцић, Ј. – Улога римског права у стварању модерних система приватног права и његов значај данас, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1989, стр. 189.

⁴⁶⁵ О томе: Новаковић, С. – Средњовековна Србија и римско право, *Архив за правне и друштвене науке*, Правни факултет у Београду, Београд, 1906, стр. 212.

⁴⁶⁶ Опширније: Игњатовић, М. *op. cit.* стр. 58.

стране болоњске школе и школе глосатора у великој мери је заслужно за развој приватног права по узору на римско право.⁴⁶⁷

Када су средњовековне државе сазреле, прописи који су се ослањали на римско право били су доношени у многима од њих и на тај начин је римско право постало „нека врста правничког есперанта, елемент који је зближавао правне системе различитих европских држава“.⁴⁶⁸

2.1.2. Однос религије и права у Средњем веку

Утицај хришћанства је био врло изражен и на западу и на истоку, али је хришћанство имало другачију улогу. На западу је служило владарима малих држава да ојачају свој ауторитет. На простору источног дела римског царства је ситуација била другачија, јер се тежило очувању континуитета између римског царства и новог РOMEјског царства, односно Византије. Неки аутори право из периода домината сматрају рановизантијским правом, други сматрају да период византијског права почиње са Јустинијановом кодификацијом, док трећи сматрају да се о византијском праву може говорити тек након смрти Јустинијана.⁴⁶⁹ Улога хришћанства се овде кретала у правцу ограничавања јаке државне власти, која је тежила да своју надлежност прошири и на црквена питања.

Право је након доношења Јустинијанове кодификације наставило да се развија доношењем новела, које су модификовале наслеђено римско право. Проширење надлежности на црквена питања вршило се доношењем номоканона, збирки правних правила световног и црквеног права. Како је грађа сакупљена у Јустинијановој кодификацији била преобимна, доношени су зборници прописа који су обухватили само најважнија питања из области грађанског и кривичног права: Еклога, Прохирон и Епанагога, од којих је сваки био обухватнији од претходног. Најобимније су биле Василике,

⁴⁶⁷ Види: Вулетић, В. Кићановић, М. – Јустинијанова кодификација – лична карта правног идентитета Европе, *HARMONIUS – Journal of Legal and Social Studies in SouthEast Europe*, број 2(1), Harmonius, Београд, 2013, стр. 346.

⁴⁶⁸ *Idem.* стр. 143.

⁴⁶⁹ Више о томе: *Idem.* стр. 164.

обимније и од Јустинијанове кодификације, чији су превод на грчки језик представљале, али је материја била боље систематизована и допуњена новелама.⁴⁷⁰

2.1.3. Начини закључења уговора у Средњем веку

С обзиром на низак ниво развијености приватне својине и правне културе, форма закључења уговора која се најчешће користила била је „чврста вера“. У питању је форма закључења уговора која је могла да се користи за закључење више уговора – купопродаје, зајма... Овај начин закључења уговора веома подсећа на римски *per aes et libram* из најранијег периода развоја римског права. Као и у поступку *per aes et libram*, и овом чину су присуствовали сведоци, а уговорне стране су преносиле право својине изговарајући свечане речи. Чин предаје ствари је био праћен симболиком која се огледала у руковању и симболичној предаји грумена земље, гранчице или штапића на коме је била ознака власника. Касније се изгубио део поступка са симболичном предајом, а уведена је писана приватна исправа која се предаје другој уговорној страни приликом закључења уговора.⁴⁷¹

Посматрајући форму закључења уговора, можемо да очекујемо, с обзиром на то да су правни зборници који су донети (Еклога, Прохирон, Епанагога, Василике) заправо различите, измењене верзије Јустинијанове кодификације, модификоване услед промена друштвених околности, да начини закључења уговора буду готово исти као и у њој. Византијско облигационо право је, према мишљењу Захарије фон Лингентала, претрпело најмање измена, иако је од четири врсте контракта који су се помињали у римском праву остало само два: консенсуални и реални, док су вербални и литерарни уговори били готово потиснути.⁴⁷² Најчешћи начин склапања уговора је био у писаној форми, усмено закључење уговора је било ретко, а новелом царице Ирине уведено је правило да се приликом закључења уговора захтева присуство пет до седам сведока.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Види: Соловјев, А. – *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 100–101.

⁴⁷¹ Опширније: Аврамовић, С, Станимировић, В. - *Упоредна правна традиција*, Правни факултет у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Досије студио, Београд, 2023, стр. 205.

⁴⁷² Наведено према: Аврамовић, С, Станимировић, В. *op. cit.* стр. 173.

⁴⁷³ *Ibidem*.

О начинима закључења уговора у периоду средњег века можемо да закључимо анализирајући одредбе Еклоге, које се односе на конкретне уговоре, јер нема општих одредби о уговорима.

На самом почетку нормативног дела Еклоге налазе се одредбе о веридби и закључењу брака. За закључење брака је била предвиђена писмена форма, што нам потврђује изнету тврдњу да је писмена форма у овом периоду била честа. У случају закључења брака склапала су се три писмена уговора: два међусобна о миразу, у присуству три сведока, и још један „од мужа за жену“.⁴⁷⁴ Уколико неке имовинско стање не дозвољава да закључи брак у писменој форми, може га закључити и без исправе, само уз сагласност уговорних страна и њихових родитеља, у цркви или пред сведоцима.

И када посматрамо одредбе које се односе на уговор о поклону, долазимо до закључка да је могао да буде закључен „са исправом“. За „обичне поклоне са исправом“ било је потребно да пунолетно лице као поклонодавац састави исправу и потпише је, а у присуству три или пет сведока потврди њену веродостојност.⁴⁷⁵ У сваком случају, више није био неопходан упис у јавне књиге, како је то захтевано у Јустинијановом праву.

За закључење уговора о „обичном поклону без исправе“ било је потребно да пунолетно лице пред пет или три сведока поклони неке своју ствар.⁴⁷⁶

Када анализирамо титул IX Еклоге, који се односи на купопродају, из самог наслова титула долазимо до сазнања да се она закључивала усмено и писмено. У оба случаја било је неопходно да се постигне сагласност воља уговорних страна, међутим, то није било довољно. Једно од најзначајнијих одступања од Јустинијановог права било је напуштање принципа консенсуалности приликом закључења уговора о купопродаји, чиме се Еклога од класичног римског концепта купопродаје окренула ка средњовековном.⁴⁷⁷ Осим сагласности воља, било је неопходно и да је једна од страна извршила своју чинидбу – дала ствар која је била предмет уговора или платила цену. На овом примеру видимо да је

⁴⁷⁴ Види: Николић, Д, Ђорђевић, А. – *Законски текстови старог и средњег века*: Еклога, титул II, 1 и 3, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011, стр. 93.

⁴⁷⁵ *Idem.* стр. 93 (Еклога, титул IV, 2)

⁴⁷⁶ *Ibidem.* (Еклога, титул IV, 1)

⁴⁷⁷ О томе: Аврамовић, С, Станимировић, В. *op. cit.* стр. 168.

средњовековно право у неким сегментима захтевало виши ниво формализма него одредбе Јустинијанове кодификације као врхунац развоја римског права.

Назив титула који говори о зајму гласи „о писменом и усменом уговору о зајму...” и такође нам открива у којој форми овај уговор може бити закључен. Зајам је могао бити учињен на основу усменог договора или уз признаницу. Помињу се и сведоци када дужник не испуни обавезу враћања зајма у договорено време, у ком случају га зајмодавац опомиње у присуству сведока. За закуп је такође била алтернативно предвиђена усмена или писмена форма.

2.1.4. Рецепција римског права на простору словенских држава

Када се говори о средњовековном праву на просторима Европе, може се говорити о северноевропском правном систему варварских народа, који почива на обичајима који се сакупљају у збирке, и јужноевропском медитеранском праву, које почива на римском и византијском праву.⁴⁷⁸

Словени се јављају на Балкану од VI века. По речима Стојана Новаковића, када су Словени населили Балканско полуострво, Римљани су још увек имали превласт на тим просторима и затекли су „римски ред, римску администрацију и римско суђење“.⁴⁷⁹

До IX века Словени нису имали јачу државну организацију, а право им се заснивало на обичајима који више нису одговарали друштвено-економској стварности. Средином IX века код свих словенских држава почиње стварање трајне државне организације, примање хришћанства и рецепција туђег права – римског, византијског и германског.^{480, 481}

Након насељавања Балкана, Срби су били под снажним утицајем хришћанства. Након поделе хришћанске цркве на источну и западну, наставио се утицај хришћанства, сада и из Рима и из Цариграда, али је превладао утицај источне православне црквене

⁴⁷⁸ Види: Соловјев, А. *op. cit.* стр. 94.

⁴⁷⁹ Види више: Новаковић, С. *op. cit.* стр. 209.

⁴⁸⁰ Види: Соловјев, А. *op. cit.* стр. 93.

⁴⁸¹ Као последица овог процеса јавља се дубока повезаност са византијском традицијом и цивилизацијом. „Млада српска држава рано је дошла у додир са римско-византијским правом и оно је постало неизбежан извор изграђивања српских правних схватања и део правног живота друштвене заједнице“. Марковић, Б. – *Јустинијанов закон – средњовековна византијско-српска правна компилација*, САНУ, Београд, 2007, стр 15.

традиције.⁴⁸² Рецепција хришћанства је подразумевала и рецепцију црквеног права, које је регулисало црквена питања и одговорност за духовна дела грађана. Захваљујући преводу Фотијевог Номоканона, у српско право су путем црквеног права продрли многи правни појмови римског права, а између осталих и правила која се односе на куповину и продају.⁴⁸³ Свети Сава је у такозвано Законоправило Светог Саве унео и одредбе из Јустинијанових Новела и цео Прохирон, као основни зборник византијског права, и на овај начин у српско право увео многа решења из црквеног права, али уз њега и из римског права.⁴⁸⁴

Како су Срби били настањени на простору Римског царства, а касније Византије, ова традиција примене римског права је олакшала рецепцију византијског права у српској средњовековној држави, јер су правни институти римског права били у свести и пракси становника.⁴⁸⁵

Соловјев каже како се „српска властела навикла на формализам римског права које поводом сваког правног посла тражи писане исправе“, што потврђује претпоставку да је формализам римског права, преко Византије, доспео и у српско право.⁴⁸⁶

У средњем веку је на територији Србије најважнији извор права био обичај. Цар Душан није имао намеру да на територији средњовековне Србије створи јединствен, унификован правни систем, који ће важити за све народе који живе на њеној територији. По узору на римске царе, имао је намеру да различите народе који су живели на територији српске државе за време његове владавине уједини на темељу вере. Оболенски наводи одредбу из Новела *Corpus Iuris Civilis*-а која је била садржана и у византијском Номоканону да су „највећи благослови које је Божје човекољубље, које долази са висина, уделило човечанству свештенство и царски ауторитет. Свештенство води бригу о божанским стварима, царски ауторитет води и надгледа људске ствари“.⁴⁸⁷

⁴⁸² Више о томе: Мирковић, З. – *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, стр. 53.

⁴⁸³ Види: Новаковић, С. *op. cit.* стр. 219.

⁴⁸⁴ О томе опширније: Соловјев, А. *op. cit.* стр. 189.

⁴⁸⁵ Детаљније: Борђевић, А. – Рецепција грчко-римског (Византијског) приватног права у Душановом законодавству, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 76, година LVI, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2017, стр. 550.

⁴⁸⁶ Види: Соловјев, А. *op. cit.* стр. 190.

⁴⁸⁷ Види: Оболенски, Д. – *Византијски комонвелт*, извор: *Избор текстова за предмет Правна традиција словенских народа*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2012, стр. 372.

Међутим, велика држава са разнородним становништвом захтевала је, као што је био случај и раније у римској држави, једну кодификацију која ће ујединити сва правила која су се на њеној територији примењивала. За почетак је преведен најсвеобухватнији византијски зборник – Синтагма Матије Властара. Међутим, убрзо се увидело да је он прегломазан за свакодневну употребу и да је потребно направити његову скраћену верзију, што је и учињено. Један од разлога за доношење одлуке да се преведе Синтагма Матије Властара био је и то што се ново српско царство простирало на некадашњој територији Византије, где су у свести народа већ била византијска правила.⁴⁸⁸ Осим Скраћене Синтагме, коришћен је и Закон цара Јустинијана (Јустинијанов закон), компилација византијског права. Закон цара Јустинијана је садржао одредбе којима су регулисани свакодневни и најчешћи односи становништва. Из области грађанског права то су били куповина, продаја, закуп, поклон, размена...⁴⁸⁹ Значај и утицај византијског, а посредством њега и римског права био је несумњив. Упркос томе, било би погрешно рећи да је српско средњовековно право чинило само византијско право, већ би било исправније рећи да је, без обзира на јак утицај византијског права, српско средњовековно право било оригинална креација прилика у држави тог времена, с обзиром на то да српско право XIII и XIV века садржи остатке старог словенског обичајног права.⁴⁹⁰

Цар Душан је био решен да се позабави и доношењем сопствених закона, те је донет такозвани Душанов законик. Ова три извора права се називају Душановим законодавством, а за тему овог рада је најзначајнија Скраћена Синтагма, будући да садржи највише одредби приватног права.

Приликом регулисања уговора, уговор о купопродаји је регулисан као реалан, што видимо из дефиниције у којој се каже да се уговор сматра закљученим када продавац преда ствар, а купац исплати цену.⁴⁹¹ На питања која нису регулисана у овом правном документу примењиване су одредбе из Закона цара Јустинијана. То је, на пример, случај са разменом,

⁴⁸⁸ О томе: Новаковић, С. *op. cit.* стр. 221.

⁴⁸⁹ Види: Марковић, Б. *op. cit.* стр. 40.

⁴⁹⁰ Опширније: Ранђеловић, Н. – Roman law and the Serbian medieval state, *Ius Romanum*, br. 2, Sofija, 2022, стр. 507.

⁴⁹¹ Матија Властар, *Синтагма*, превод Татјане Суботин Голубовић, САНУ – Одељење друштвених наука, Београд, 2013.

која није регулисана Синтагмом, па се за форму уговора о размени непокретности узимају одредбе Закона цара Јустинијана, где је предвиђено присуство два или три сведока.⁴⁹²

У писменом облику је закључиван један од најчешће примењиваних уговора у средњовековној Србији – уговор о поклону, по чему су га звали и „записаније“.⁴⁹³

Као последица неразвијених робноновчаних односа закључиван је уговор о размени, који је био карактеристичан за најстарији период римског права, када је трговина била неразвијена. Временом, развојем привреде и трговине, овај уговор је превазиђен и био је све ређе у употреби, а на његово место је дошао уговор о купопродаји.

Уговором о купопродаји се стицала својина на покретним и непокретним стварима. Проф. др Зоран Мирковић говори о два сачувана уговора о купопродаји, од којих је један закључен „према моделу византијских купопродајних уговора“.⁴⁹⁴ Осим ових уговора, у средњовековној Србији су закључивани и уговор о остави, о зајму и залога која је била везана за уговор о зајму.

Када се говори о рецепцији римског и византијског права, треба поменути и јаке трговачке односе са Дубровником и другим приморским јадранским градовима, што је био још један пут рецепције појмова који припадају општем римском праву, у овом случају из области трговине.⁴⁹⁵

Када је у питању склапање брака, Свети Сава је у Жичкој повељи прописао обавезан црквени брак. Међутим, ова форма закључења брака није заживела. И цар Душан је у свом закону прописао црквени брак: „Ниједна свадба да се не учини без венчања, а ако се учини без благослова и упита цркве, такови да се разлуче.“⁴⁹⁶

Након пропасти Ромејског царства, ојачала је Отоманска империја, која је тежила да буде његов сукцесор. Врло успешан процес рецепције римског и византијског права у

⁴⁹² О томе: Ђорђевић, А. *op. cit.* стр. 554.

⁴⁹³ Детаљније о уговору о поклону: Мирковић, З. *op. cit.* стр. 51.

⁴⁹⁴ Опширније: *Idem*, стр. 52.

⁴⁹⁵ Види: Маленица, А. – Римска правна традиција у српском праву, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2/2004, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 5.

⁴⁹⁶ О томе: Новаковић, С. - *Законик Стефана Душана цара српског*, 1870, стр. 23.

<https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/bib-propisi/pravni-i-politicki-sistem/24-Zakonik-Stefana-Dusana-cara-srpskog-1349-i-1354.pdf>, 11.05.2025.

Србији прекинуло је освајање од стране Турака и губљење независности. Не може се рећи да је рецепција потпуно прекинута, јер су Срби и даље примењивали досадашња правила (обичајна правила и правила римско-византијског порекла) у оним областима за које турске власти нису биле заинтересоване.⁴⁹⁷ Након ослобођења од Турака, Србија је била пред озбиљним задатком изградње правног поретка.

2.2. Рецепција римског права у новом веку

Промене на пољу друштвених и политичких односа, проналазак нових континената, развој науке, потискивање феудализма и развијена тржишна економија били су разлози за дефинисање периода након XV и XVI века као новог века. Једна од главних карактеристика друштвених односа старог века је робовласништво, средњег века феудализам, а новог века капитализам као нови друштвено-економски систем. Током читавог средњег века трајали су покушаји да се ограничи власт монарха и наследност те функције, што се у новом веку и успело, у неким земљама и путем револуција. Република је била нови облик владавине, а основни задатак је био обједињавање општег и партикуларног права у јединствен правни систем. Од нових кодификација се очекивало да буду свеобухватне, што се и успело, а што потврђује њихова употреба и данас.

Иако су настали након много година од Јустинијанове кодификације, грађански законици XX века (Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, Немачки грађански законик, Швајцарски грађански законик, Српски грађански законик) пратили су њену систематизацију и велики део њихове садржине је написан по узору на њу, што говори о њеној ванвремености и правној техници која је била на таквом нивоу да је и након толико времена могла успешно да се користи. Међутим, било је и аутора и школа који су сматрали да је римско право нехумано и који су негирали његов значај. Ипак, римски појам својине, уговора, облигација, теорије права и други нашли су своје место у грађанским законцима буржоаског периода.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ *Idem*, стр. 9.

⁴⁹⁸ Опширније: Игњатовић, М. – Римско право и *Code Civil*, Две стотине година од доношења Француског грађанског законика, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2006, стр. 313.

Након француске револуције 1804. године Француска је донела прву потпуну кодификацију права. О њеном значају и квалитету најбоље говори чињеница да је њен велики део и даље на снази. Након Француске, правна правила која су важила на њеној територији кодификовала је и Аустрија, 1811. године. Оно што је врло похвално је да је Србија била једна од првих земаља које су на свеобухватан начин уредиле целу материју грађанског права. Као узор за своју кодификацију, Србија је користила Аустријски грађански законик, као и француски *Code Civil*.

2.2.1. Форма закључења уговора у француском праву – Грађански законик из 1804. године

Старо француско право је било строго формално, а уговори су настајали извођењем сакраменталног обреда. Строго формални уговори, за чије склапање је било потребно испуњење прописане форме, последица су два фактора: римског права, које је било предмет проучавања, и немачког обичајног права, које је такође захтевало строгу форму за закључење уговора.⁴⁹⁹ У Француској овог периода јављају се два типа уговора. Први се јављају под утицајем поново откривеног римског права и врло су бројни и чести. У питању су реални уговори, који су били склапани предајом ствари, и то уговор о остави, уговор о зајму и уговор о залози. Поред ових реалних уговора који потичу из римског права, постојао је и један који је изнедрила правна пракса тог периода у Француској, а за чије закључење је такође била потребна предаја ствари. У питању је куповина, код које је потребно да се ствар приликом закључења уговора преда, а ако то није могуће, онда макар симболично. Друга врста формалних уговора у старом француском праву били су уговори који су се закључивали уз свечани ритуал: свечано изговарање речи уз неке симболичне гестове. Једна од тих формалности које су биле услов закључења уговора било је руковање, када се сматра да је уговор закључен.⁵⁰⁰ Обичај руковања након закљученог посла задржао се до данас.

Француско право је почело да се опире формализму тек од 15. века. За разлику од феудалног периода, од 15. века је начело консенсуализма узело превагу, а начело

⁴⁹⁹ О форми уговора у старом француском праву види: Nguyen Tien Dien, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, докторска дисертација, 2011, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/1b5adffd-6353-4617-9268-0325602fddf9?inline>, стр. 29.

⁵⁰⁰ Nguyen Tien Dien, *op. cit.* стр. 23.

формализма је остало само као изузетак.⁵⁰¹ Консенсуализам је настао под утицајем више фактора: коментара уговора поново „откривеног“ (актуелног) римског права од стране глосатора, канонског права и школе природног права.⁵⁰² Глосатори и постглосатори су, анализирајући римске уговоре, дошли до закључка да суштина уговора лежи у сагласности воља, а да је форма само начин за исказивање те воље.⁵⁰³ Када се говори о утицају канонског права на превагу принципа консенсуализма у француском праву, мора се изнети његов основни принцип, а то је *pacta sunt servanda* – поштовање дате речи. Дата реч је закон за стране и ко своју реч погази сматрао се преступником (грешником). Како правна пракса, тако је и законодавац прихватио становиште да само дата реч обавезује, без потребе за посебном формом. Школа природног права такође своје схватање темељи на принципима *pacta sunt servanda* и *solus consensus obligat*, те и они сматрају консенсуализам изразом слободе воље уговорних страна. У овом периоду се као форма за одређене уговоре предвиђа да ће бити закључени пред нотарима – даривање за живота, брачни уговор, неки уговори који имају велики економски значај – хипотека велике вредности... За неке уговоре се захтевала форма, али не као услов пуноважности и основ за поништење уговора у случају непоштовања, већ као доказна форма или као форма којом се обезбеђује публицитет.

Након Француске револуције јавила се потреба за кодификацијом права која ће бити заснована на основним принципима револуције. Када је Наполеон дошао на власт, имао је идеју о стварању царства по угледу на Римско царство. За то му је било неопходно доношење кодификације која би обухватила читаво грађанско право по узору на *Corpus Iuris Civilis*. Као последица потребе да се превазиђе правни партикуларизам који је био врло изражен, 1804. године је донет грађански законик – *Code Civil*, који је имао значајан утицај и на остале грађанске законике европских држава донете у 19. веку, као и на законике држава Латинске Америке. Од четири правника који су били задужени за рад на овој кодификацији, два су била задужена за писано (римско) право, које се претежно

⁵⁰¹ *Idem*, str. 24.

⁵⁰² Lévy, Jean-Philippe, Castaldo, André – *Histoire du droit civil (2e edition)* str. 527. Наведено према: Nguyen Tien Dien, *op. cit.* стр. 24.

⁵⁰³ *Ibidem*.

употребљавало на југу Француске, а два су била задужена за обичајно право, које се примењивало на северу.⁵⁰⁴

Оно што је по питању форме која се захтева за закључење уговора значајно јесте то да је *Code Civil*, под дејством идеје природног права, за пуноважно закључење уговора захтевао само сагласност воља уговорних страна. У члану 1108. се наводе услови за закључење уговора, а један од њих је и сагласност воља уговорних страна. Форма закључења уговора се не наводи као један од услова за закључење, што нас доводи до закључка да је у Француском грађанском закону преовладао консенсуализам над формализмом.

Код уговора о купопродаји, као најчешћег уговора облигационог права, напуштен је став да се овај уговор сматра закљученим када се ствар преда или исплати цена. У члану 1583. је прописано да право својине стиче купац од продавца чим се договоре о ствари и о цени, иако ствар још није предата, нити је плаћена цена.⁵⁰⁵ Из ове одредбе видимо да је Француски грађански законик сагласност воља прогласио довољном за пуноважно закључење уговора. Овакав начин уређивања форме за закључење уговора о купопродаји јесте одраз идеје која је била присутна у целом *Code Civil*-у, идеје о неограниченој слободи уговарања у облигационом праву.

Иако је принцип консенсуализма прихваћен у Француском грађанском закону, у неким случајевима овај законик предвиђа строжу форму за пуноважност уговора. Уговори код којих се захтева строжа форма били су предвиђени изворном верзијом Француског грађанског законика, а њихов број се временом повећавао. Изменама законика су додати и други уговори као што је, на пример, уговор о промету непокретности. Један од уговора за који се захтевала посебна форма закључења јесте уговор о поклону. Француски грађански законик у свом члану 931. предвиђа да сви уговори о поклону треба да буду закључени пред јавним бележником, како би били пуноважни.

⁵⁰⁴ Детаљније: Stein, P. – *Rimsko pravo i Europa – povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007, str. 127.

⁵⁰⁵ *Code Civil*, члан 1583.

2.2.2. Форма закључења уговора у Аустријском грађанском закону из 1811. године

Након окончања турбулентног периода ратовања са Турском, Аустрији је био потребан грађански законик.⁵⁰⁶ Након више покушаја различитих кодификатора, задатак је поверен Францу фон Цајлеру, који је, након 10 година рада, 1811. године завршио рад на закону. За српско грађанско право овај законик је од изузетног значаја јер је послужио као узор за доношење Српског грађанског законика.

Приликом израде Аустријског грађанског законика, основни извори који су коришћени били су римско право, природно право, канонско право, опште немачко право и феудално право појединих покрајина.⁵⁰⁷

Оно што је за тему овог рада посебно значајно јесте чињеница да је и Аустријски грађански законик прихватио принцип консенсуализма (као Француски грађански законик), по коме је за закључење уговора довољна само сагласност воља уговорних страна. Чланом 861. је било предвиђено да сагласношћу воља настаје уговор.⁵⁰⁸

Део који носи назив „форма уговора“ састоји се од два члана, од којих први прописује да уговор може бити склопљен усмено или писмено, пред судом или ван суда, са сведоцима или без њих. У другом члану се наводи да ако су уговорне стране саме предвиделе писмену форму за закључење уговора, уговор се неће сматрати пуноважно закљученим док га стране не потпишу, док стављање печата није обавезно.⁵⁰⁹ Дакле, биле су предвиђене усмена и писмена форма за закључење уговора.

Уколико је неко био неписмен или због телесне мане није био у могућности да пише, закључивао је уговор за који је законом или вољом страна прописана писмена форма у присуству два сведока, од којих је један потписивао његово име, а он је стављао отисак прста.⁵¹⁰ Овај члан је касније новелиран и проширен. Њиме је прописано да се писмени

⁵⁰⁶ Аустрија је уз помоћ реформи Марије Терезије изградила државу којој је био потребан грађански законик који би важио за све грађане на свим територијама хабзбуршких земаља и који би помогао у сузбијању правног партикуларизма. Аврамовић, С, Станимировић, В. *op. cit.* стр. 224.

⁵⁰⁷ *Idem*, стр. 245.

⁵⁰⁸ Аустријски грађански законик, члан 861.

⁵⁰⁹ Аустријски грађански законик, чланови 883. и 884.

⁵¹⁰ *Idem*, члан 886.

уговор (када је писмена форма предвиђена вољом страна или законом) сматрао закљученим када га стране потпишу или када ставе на њега свој рукознак оверен код суда или нотара, или када ставе свој рукознак пред два сведока, од којих ће један потписати његово име.

Писмена форма је била чланом 943. предвиђена за уговор о поклону. Предвиђено је да поклонопримац из уговора о поклону који је закључен усмено нема права на тужбу, а да би је имао, уговор мора бити закључен у писменој форми.

Из одредбе члана 953. који се односи на уговор о остави видимо да је била заступљена и реална форма. Уговор о остави је регулисан као реалан, јер је за његово пуноважно закључење потребна предаја ствари на чување. Исти случај је и са уговором о послузи, за који се наводи да настаје када се неке преда непотрошна ствар на употребу. Члан 983. изражава реални карактер и уговора о зајму, када каже да уговор о зајму настаје када се неке предају потрошне ствари. Најкоришћенији уговор је уговор о куповини, који је у Аустријском грађанском законнику регулисан као реалан. Чланом 1053. је предвиђено да својина на ствари која је предмет уговора прелази са продавца на купца тек у тренутку предаје ствари, што упућује на његов реални карактер. Предаја ствари се сматрала актом закључења, а не актом испуњења уговора. Члан 425. Аустријског грађанског законика надовезује се на претходни члан у коме се каже да је један од основа за стицање својине уговор и проглашава, осим основа за стицање својине, неопходну и предају ствари.

Када је у питању уговор о закупу, приликом његовог регулисања се наводи да предмет и начин закључења могу да буду исти као код уговора о куповини, међутим, изричито се чланом 1094, у делу који се односи на дејство овог уговора, каже да кад се уговорне стране сложе о битним састојцима уговора, уговор је пуноважно закључен. Дакле, иако се указује на сличности са уговором о куповини, уговор о закупу је био либералнији по питању форме потребне за његово пуноважно закључење и сматрао је договор страна о битним састојцима уговора довољним. Још један уговор за који је Аустријским грађанским закоником предвиђена строжа форма јесте уговор о пуномоћству. Чланом 1005. се предвиђа могућност да овај уговор буде закључен усмено или писмено.

За разлику од наведених уговора, Аустријски грађански законик је за неке уговоре изричито предвидео да предаја ствари није услов њихове пуноважности. Један од њих је

уговор о размени. У члану 1045. се наводи да предаја ствари није потребна за настанак уговора о размени, већ она представља акт испуњења уговора.

2.2.3. Српски грађански законик из 1844. године

Српски грађански законик је донет 1844. године и представља један изузетно значајан корак за област српског грађанског права.⁵¹¹ Донет је по узору на Аустријски грађански законик и на тај начин је извршена посредна рецепција римског права, јер се узор за писање Српског грађанског законика у великој мери ослањао на решења из римског права.⁵¹² Као што је раније у раду речено, то је био случај са свим грађанским законикима који су донети у европским државама тог доба.

Кодификација грађанског права је била неопходна због новонасталих околности након одласка турског становништва са наших простора. Првобитно је требало да као узор за израду грађанског законика послужи француски *Code Civil*, али је та идеја напуштена јер се он сматрао превише модерним за Србију тог доба, чије становништво је било у великој мери неписмено, а правна наука неразвијена. Међутим, осим Аустријског грађанског законика, аутори Српског грађанског законика су користили нека решења из *Code Civil*-а.⁵¹³ Дубља анализа решења из Српског грађанског законика показује да се Јован Хацић непосредно угледао и на *Corpus Iuris Civilis*, па се може говорити о непосредној рецепцији римског права не само у средњовековном већ и у модерном српском праву.⁵¹⁴ Био је приметан утицај и обичајног, црквеног права и остатака турског права. Због свега овога

⁵¹¹ Иако је своју вредност показао задржавши се сто година на снази, српска правничка јавност је и у време доношења, а и за све време важења била пуна оштрих критика како према тексту Законика, тако и према његовом редактору Јовану Хацићу – говорило се да је у питању скраћени превод Аустријског грађанског законика, да је разорена породична задруга, да је установљен неповољан положај жена итд. О критикама на рачун Српског грађанског законика види више: Аврамовић, С. – Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога? у *Српски грађански законик – 170 година*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2014, стр. 15.

⁵¹² О томе: Аличић, С. – Један пример непосредне рецепције римског права у Српском грађанском законик (1844), *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2013, стр. 131.

⁵¹³ Види више: Благојевић, Т. Б. – Утицај француског Грађанског законика на србијански Грађански законик, *Правна мисао*, Часопис за право и социологију, Београд, 1940, стр. 477–534.

⁵¹⁴ О примерима када је римско право директно реципирано у Српски грађански законик види више: Даниловић, Ј. – Српски грађански законик и римско право, 150 година САНУ, књига 118, САНУ, Београд, 1996. Маленица, А. – Римска правна традиција у српском праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2/2004, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004.

проф. др Сима Аврамовић Српски грађански законик назива „особеном иновативном компилацијом разнородних правних зачина“.⁵¹⁵

2.2.3.1. Врсте форми за закључење уговора предвиђене Српским грађанским законом

У српском грађанском законуку је био прихваћен принцип консенсуализма.

У глави XVII дефинисан је уговор. Према одредби члана 540. уговор који је закључен има исту снагу, без обзира на то да ли је закључен усмено или у писменој форми, без обзира на то да ли је закључен пред судом или не и без обзира на то да ли су закључењу уговора присуствовали сведоци. Међутим, Законом о грађанском судском поступку из 1865. године сви уговори чија је вредност била изнад 200 динара постали су формални, што је стварало потешкоће у правном промету, с обзиром на чињеницу да је већи део становништва Србије тог доба био неписмен.⁵¹⁶

Као што је у Јустинијаново доба, када је намера странака била да закључе уговор у писменој форми, писмена форма постајала неопходна за закључење уговора, тако је и у Српском грађанском законуку чланом 541. предвиђено да ако се стране уговорнице изричито договоре да ће уговор бити закључен у писменој форми, тек потписивањем се уговор сматра закљученим.⁵¹⁷

Врсте форми које је познавао Српски грађански законик, а које су могле да се комбинују међу собом, јесу:

- а) писмена форма,
- б) изјава пред органима власти,⁵¹⁸
- в) присуство сведока.

⁵¹⁵ Види: Аврамовић, С. *ор. cit.* стр. 43.

⁵¹⁶ Више: Мирковић, З. *ор. cit.* стр. 144.

⁵¹⁷ Детаљније: Перић, Ж. – *О уговору о продаји и куповини*, Класици југословенског права, Службени лист, Београд, 1986, стр. 25.

⁵¹⁸ Српски грађански законик користи израз „изјава пред влашћу“.

2.2.3.1.1. Писмена форма

Што се писмене форме тиче, она је најкасније уведена у наш правни систем, али је као форма *ad solemnitatem* била најкоришћенија у периоду важења Српског грађанског законика, што је случај и са савременим правом. Писмену форму најчешће прописују законодавци, али је врло често и стране саме уговарају, када се за закључење њиховог уговора не захтева никаква форма.⁵¹⁹

И у овом периоду се под писменом формом подразумевала записана воља страна уговорница, која је потврђена потписима, као што је то случај и данас.

Када се говори о тексту изјаве, он је могао да буде: својеручно написан, штампан, откуцан на писаћој машини на папиру или написан на било ком другом материјалу; садржан у једној исправи или у више њих – када је довољно да свака страна потпише примерак који је намењен другој страни; исправе могу бити текстуално једнаке или не – уколико се из њих види постигнута сагласност воља; сачињен у више примерака или не.⁵²⁰ Према проф. др Драгољубу Аранђеловићу, не би требало сматрати да је уговор закључен када се из кореспонденције странака тек тумачењем може утврдити да је њихова намера управљена на закључење уговора, већ би требало да се из писама које су странке размениле (понуда и прихват понуде) јасно види да је споразум постигнут.⁵²¹

За потпис се захтевало да буде својеручан. Српски грађански законик је предвидео и начин потписивања уговора оних странака које нису писмене. Ово је логична последица чињенице да је у време доношења Српског грађанског законика становништво Србије било у великом проценту неписмено.⁵²² Како наводи проф. др Драгољуб Аранђеловић, у теорији

⁵¹⁹ Опширније: Аранђеловић, Д. – *О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш Грађански законик*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1911. стр. 176.

⁵²⁰ Детаљније: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Савез Удружења правника Југославије, Београд, 1964, стр. 62.

⁵²¹ О томе: Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр. 360.

⁵²² Члан 542. Српског грађанског законика: „Који писати не зна, мора своје име од другог потписати дати; сам пак или крст ставити, или печат свој ударити, које ће два сведока посведочити, да је с његовом вољом уговор закључен и потписан.“

се поставља питање да ли заступник може да потпише лице које заступа својим именом, на које аустријско и српско право дају потврдан одговор.⁵²³

И у време важења Српског грађанског законика и у савременом праву сматра се да потписника обавезује само оно што се налази изнад његовог потписа.

Један од случајева у којима Српски грађански законик помиње писмену форму односи се на доказну форму – форму *ad probationem*. У питању је уговор о поклону, у коме се каже да ће поклонопримац обећани поклон моћи да захтева само ако има писмену исправу којом му је поклон обећан.⁵²⁴

У области наследног права писмена форма се помиње код писменог тестаментa, где ова форма чини суштину ове врсте тестаментa.

2.2.3.1.2. Изјава пред органима власти

Ова форма закључења уговора подразумева да осим лица која изјављују своју вољу, у поступку закључења уговора учествују и органи власти, што ову форму чини строжом од писмене.

Српски грађански законик у неким случајевима захтева да изјава воље буде дата пред органима власти, или, како се у Српском грађанском закону каже, „пред влашћу“, која о томе издаје потврду.⁵²⁵ Закључење уговора пред органима власти и у време Српског грађанског законика доносило је бенефите као што су правна сигурност, заштита од наглих и непромишљених ступања у уговорне односе, обезбеђивање доказа за евентуални спор који може да настане поводом закљученог уговора итд.

⁵²³ С обзиром на то да је пуномоћник овлашћен да предузме неки правни посао за лице које заступа, у време важења Српског грађанског законика било је неспорно да пуномоћник може да потпише свог властодавца, без означавања да то он чини као пуномоћник. Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр.257.

Професор Перовић сматра да би више одговарало захтевима правне сигурности да се пуномоћник потпише својим именом, са назнаком да поступа не у своје име и за свој рачун, већ у име и за рачун заступаног лица. Перовић, С. *op. cit.* стр. 64. Овакво решење је предвиђено и у важећем праву. Најправилније је било потписати се целим именом и презименом, међутим, у зависности од тога ко је друга уговорна страна, сматрали су се пуноважнима и уговори који су потписани само презименом или само именом, док је потписивање титулом, звањем или сродством било недозвољено. Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр. 261.

⁵²⁴ Члан 564. Српског грађанског законика.

⁵²⁵ Под влашћу су се подразумевале државне судске и полицијске власти, општински судови у кругу своје надлежности, а воља је могла бити изјављена и потврда добијена и пред свештеницима у кругу њихове надлежности. Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр. 365.

Постојало је више модалитета ове форме, па се тако разликовало „потврђење власти“, код кога се изјава воље давала пред органом власти (усмено или је воља била садржана у писмену) који је потврђивао да је то пред њим учињено, „оверење власти“, код кога се већ сачињена исправа подноси органима власти са молбом да потврде да је подносилац исправе признао да је сам написао или потписао исправу, и „закључење уговора уз садејство власти“, при чему уговорне стране закључују уговор пред органом власти чија је констатација постигнутог споразума неопходна за пуноважност уговора.⁵²⁶

Форма закључења уговора уз потврђивање изјављене или написане воље уговорних страна од стране власти најчешће се спроводила на тај начин што је лице које изјављује вољу састављало уговор или једнострану изјаву воље, које је подносило органу власти на потврду. Службено лице је морало да утврди идентитет лица које даје изјаву, уколико га није познавало, сведочењем два сведока о његовом идентитету. Приликом потврђивања се састављао протокол, који је заправо чинио форму у којој се потврђивање врши. Саставни део протокола је био текст усмене изјаве, који је службено лице заједно са изјављивачем утврдило и записало у протокол или писмено које прати изјава изјављивача да је у питању његова воља. Након што је протокол сачињен, његова садржина се читала у присуству свих лица која су учествовала – службеног лица, изјављивача и тумача и сведока уколико их је било, који су протокол признавали као тачан и потписом или рукознаком то на њему потврђивали.⁵²⁷

Уколико ову форму упоредимо са формом солемнизације пред јавним бележником у савременом српском праву, уочићемо бројне сличности.⁵²⁸

Форма овере је мање захтевна од форме потврђивања јер подразумева само оверу потписа на исправи, без потврђивања садржине исправе. О овери се саставља протокол који

⁵²⁶ Види: Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр. 364.

⁵²⁷ Види: *Idem*, стр. 369.

⁵²⁸ Сличности уочавамо почев од идентификације странака. За разлику од Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15, 106/15 и 94/24), где је као основни вид идентификације предвиђена идентификација помоћу личних исправа, у правилима која су регулисала закључење уговора пред влашћу у Српском грађанском законнику овај вид идентификације се не помиње. Претпоставка је да су се људи у местима где су живели углавном познавали, па се идентификација уз помоћ два сведока вршила само ако то није био случај. Овај вид идентификације предвиђа и важећи Закон о јавном бележништву. Читање протокола након сачињавања је такође карактеристика и једног и другог поступка, као и потписивање и означавање у протоколу и солемнизационој исправи да су све ове радње спроведене.

садржи потврду да је лице лично изјавило да признаје исправу, односно потпис на њој као свој и остале елементе наведене код форме потврђивања исправе. Оваква форма се може упоредити са формом овере потписа од стране јавног бележника у савременом српском праву.⁵²⁹

Према проф. др Драгољубу Аранђеловићу, уколико је за неки правни посао законом прописана или договорена писмена форма, она може бити замењена потврдом судске или полицијске власти; такође, уколико је предвиђена форма овере, а уместо овере се правни посао закључи у форми потврде, он ће бити пуноважан, јер је овера блажа форма.⁵³⁰ Можемо да направимо аналогију са случајем из савременог српског права, који је разлог полемике у стручној јавности, а тиче се закључења уговора у форми јавнобележничког записа, у случају да је као обавезна форма предвиђена солемнизација.⁵³¹ Такође, аналогију између поступака закључења уговора пред органима власти предвиђених Српским грађанским закоником и поступака пред јавним бележницима у српском савременом праву могуће је направити и по питању тога који део исправе постаје јавна исправа. У случају потврђивања од стране органа власти, својство јавне исправе стиче цела исправа, док код овере својство јавне исправе стиче само потпис. Исти је случај и у савременом српском праву. Не можемо а да не уочимо сличност са савременим правом и формама закључења уговора које се обављају пред јавним бележницима, где они, као органи којима су поверена јавна овлашћења, учествују у закључењу уговора.

Неки уговори су у Српском грађанском закоником били тако дефинисани да нису могли да буду пуноважно закључени уколико нису закључени пред органом власти. Учешће органа власти у закључењу уговора је у овим случајевима представљало битан елемент уговора.

⁵²⁹ У овом случају странка у поступку пред службеним лицем својеручно потписује изјаву или признаје као свој потпис који се већ налази на исправи. Члан 5. став 1. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18)

⁵³⁰ О томе: Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр. 370.

⁵³¹ У савременом праву се говори о хијерархији форме и један део правничке јавности (коме такво мишљење иде у корист – адвокати) на становишту је да није могуће закључити уговор, на пример уговор о промету непокретности, у форми строжијој од прописане, док други део (опет они којима такав став иде у корист – јавни бележници) стоје на становишту да је могуће уговор закључити у форми строжијој од законом прописане јер је у питању форма која апсорбује блажу форму. Чини се да је друго становиште у складу са поменутиим мишљењем проф. др Драгољуба Аранђеловића.

Како је у периоду доношења и важења Српског грађанског законика важио црквени брак, свештеници су учествовали у настанку уговора о закључењу брака, који није био пуноважан уколико није склопљен пред свештеником. Прописани испит пре закључења брака такође се вршио пред свештеником. Као доказ усвојења био је потребан писмени доказ који потписују свештеник и кмет, а који се након потписивања давао окружном суду на потписивање.

Форма закључења уговора пред органима власти у неким случајевима била је прописана Законом, али је могла и бити договорена од стране уговорних страна.

2.2.3.1.3. Присуство сведока

Присуство сведока правног посла у Српском грађанском законнику помиње се на више места: код закључења брака, исплате дуга, усменог тестаментa... Међутим, осим у случају усменог тестаментa, никад се присуство сведока не помиње као самостална форма и довољна за закључење уговора, већ се обично помиње у комбинацији са још неким захтевом форме, као што су присуство свештеника код закључења брака и исправе код исплате дуга.⁵³² У првом случају присуство сведока допуњује изјаву пред органима власти, као посебну врсту форме, а у другом случају писмену форму. Увек је постојала могућност да странке уговоре присуство сведока као форму потребну за закључење неког неформалног уговора и у тим случајевима је присуство сведока било једина форма.⁵³³

2.2.3.2. Форма именованих уговора у Српском грађанском законнику

Иако се Српски грађански законик обично сматра правним трансплантом Аустријског грађанског законика, професор Аврамовић истиче да се у делу Српског грађанског законика који регулише именоване уговоре налазе велике разлике у односу на дефинисање ових уговора у његовом узору.⁵³⁴

Уговор о поклону је у Српском грађанском законнику регулисан у посебном делу. Након престанка важења свих закона донетих пре 6. априла 1941. године и за време

⁵³² *Idem*, стр. 438.

⁵³³ *Idem*, стр. 44.

⁵³⁴ Више о томе: Аврамовић, С. *op. cit.* стр. 25.

непријатељске окупације, на основу Закона о неважности правних прописа⁵³⁵ омогућено је да се настави са применом предратних правила грађанских закона који нису у супротности са јавним поретком на институте који нису регулисани новим прописима.⁵³⁶ Како у савременом српском праву поклон није регулисан у Закону о облигационим односима, а ни неким другим законом, на уговор о поклону се и даље примењују правила Српског грађанског законика. Према његовим одредбама, „ко поклон само усмено учини, а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати, да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити“.⁵³⁷ Из формулације овог члана се види да се уговор може закључити усмено уз предају ствари, и уколико се он и испуни, неће бити никаквих проблема. Међутим, уколико се неко лице усмено обавезало да ће учинити поклон другом лицу, а то не учини, друго лице не може захтевати испуњење од суда уколико нема доказ у виду исправе. На овај начин се посредно указује на могућност и потребу закључења уговора о поклону у писменој форми, како би у случају спора њихово постојање могло да се докаже. У овом случају се не ради о форми *ad solemnitatem*, већ о форми *ad probationem*, односно доказној форми. Дакле, код уговора о поклону према Српском грађанском законик у можемо говорити о конкуренцији реалне и писмене форме, што се може објаснити сврхом форме – писмена форма штити поклонодавца од исхитрене одлуке о чињењу поклона, а ако се он одриче те заштите, предаће предмет уговора о поклону поклонопримцу и уговор о поклону ће бити закључен у реалној форми.⁵³⁸

Уговор о остави или, како га Српски грађански законик назива, „аманет“ такође је био реалан уговор, који се закључивао када „чуватељ“, односно оставопримац прими туђу ствар на чување. Уговор о послузи се такође сматрао закљученим када се узме непотрошна ствар на послугу. И уговор о зајму је задржао свој реални карактер из римског права и сматрао се закљученим тек када зајмодавац преда зајмопримцу новац или дугу потрошну ствар која је била предмет зајма. За овај уговор се изричито у члану 595. наводи да може

⁵³⁵ Пун назив закона је Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, али ће се због дужине назива у даљем тексту користити назив Закон о неважности правних прописа.

⁵³⁶ Опширније: Аличић, С. *op. cit.* стр. 133.

⁵³⁷ Члан 564. Српског грађанског законика.

⁵³⁸ Види више: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Савез Удружења правника Југославије, Београд, 1964, стр. 77.

бити закључен усмено и писмено. Из овог члана може да се закључи да се зајам пре свега схватао као „неправи“ реални уговор, код кога предуговарање, које може да буде усмено или писано, ствара обавезу на закључење уговора у реалној форми, док неки аутори ову одредбу тумаче као да каже да су усмена и писана форма доказне форме, а да је за пуноважно закључење као форма *ad solemnitatem* неопходна реална форма.⁵³⁹

Код ових уговора сагласност воља није играла пресудну улогу јер уговор није могао да буде закључен док ствар која је предмет уговора не буде предата, иако су се уговорне стране сложиле око свих елемената уговора. Реална форма закључења уговора је форма *ad solemnitatem* јер уколико ствар није предата, не сматра се да је уговор пуноважно закључен.

Из претходно наведеног можемо да закључимо да су уговор о остави, зајму и послужу задржали исти карактер по питању форме какав су имали и у Јустинијановој кодификацији.

Уговор о продаји и куповини је био консенсуалан, што је погодновало правном промету. О оваквој његовој природи сазнајемо из члана 642. Српског грађанског законика који каже да када се два лица или више њих сагласе о ствари која је предмет продаје и о њеној цени, сматра се да је уговор о продаји закључен.

Одмах након уговора о продаји и куповини, Српски грађански законик на исти начин регулише и закуп и карактерише га као „продају употребе“.⁵⁴⁰ За уговор о промени се каже да је у питању такав уговор којим стране „једну ствар за другу дати обећавају“. У овом случају само долази до споразума које ствари ће се разменити, што је било довољно за пуноважно закључење уговора. Предаја ствари је представљала акт испуњења уговора.

Иако је у једном од узора Српског грађанског законика, *Code Civil*-у, био обавезан грађански брак, Српски грађански законик је остао при српској правној традицији и у члану 60. брак регулисао као црквени: „Права и дужности супружника проистичу из брака, који се између два лица разнога пола закључује и венчањем чрез свештеника по пропису православне цркве свршује, по чему се она пред два или три сведока изјасне, да желе

⁵³⁹ О томе детаљније: Аличкић, С. – Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законик, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 398.

⁵⁴⁰ Члан 680. Српског грађанског законика

неразлучно живети, заветујући се уједно на вековечиту љубав и ненарушиву верност“.⁵⁴¹ До потискивања црквеног брака дошло је после Другог светског рата, у комунистичком режиму.⁵⁴² Након факултативног грађанског брака који је уведен након ослобођења, Основним законом о браку уведен је обавезни грађански брак.⁵⁴³

⁵⁴¹ Више о томе: Гавриловић, Б. – Правноисторијски поглед на форму закључења брака у српском праву, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 2019, стр. 150

⁵⁴² Пре Другог светског рата грађански брак био је у надлежности државе само у Војводини, због тога што је Војводина и тада била мултиетничка, мултирелигиозна и мултинационална заједница. Младенцима је било дозвољено да поред грађанског склопе и црквени брак. Више о томе: Цвејић Јанчић, О. – Брак и развод између прошлости и будућности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2009, стр. 65

⁵⁴³ *Idem*, стр. 161.

3. ФОРМА *AD SOLEMNITATEM* У САВРЕМЕНОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ

Као што се из досадашњег излагања види, римско право се за тринаест векова свог постојања није потпуно ослободило формализма. Формализам је продужио своје постојање и у средњем веку, све док није постао кочница развоју економије и трговине, што је резултирало признањем принципа консенсуализма у 16. и 17. веку.⁵⁴⁴ Од овог периода принцип консенсуализма је добио превагу над принципом формализма и тако је остало до данас.

3.1. Аутономија воље уговорних страна и њена ограничења

Принцип консенсуализма који преовладава у српском праву значи да стране уговорнице могу закључивати уговоре без испуњења неке посебне, законом предвиђене форме, већ простом сагласношћу воља испољеном усмено, писмено и свим осталим начинима којима се испољава воља.⁵⁴⁵ На овај начин се у пракси примењује начело аутономије воље⁵⁴⁶ као једно од кључних у облигационом праву.⁵⁴⁷ Манифестацијом своје унутрашње воље људи остварују своје потребе и жеље, ступајући у правне односе.

Законом о облигационим односима принцип аутономије воље формулисан је као један од основних принципа у општим одредбама и гласи: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја,

⁵⁴⁴ О томе: Радишић, Ј. – *Облигационо право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2021, стр. 115.

⁵⁴⁵ Види: Перовић, С. – *Облигационо право, књига I*, Привредна штампа, Београд, 1980, стр. 182.

⁵⁴⁶ Принцип аутономије воље је настао из учења теоретичара природноправне школе, који су сматрали да је воља основна правна чињеница и вољи појединца су признавали покретачку и стваралачку улогу у праву. Види: Ковачевић Куштримовић, Р. – *Грађанско право – општи део*, Институт за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1997, стр. 153.

⁵⁴⁷ Проста сагласност воља страна није била могућа у најранијем римском праву, међутим, у каснијем његовом развоју појавила се категорија пактова, који су у *ius civile* ушли из преторског права. Биле су познате три врсте пактова: додатни пакт, преторијански пакт и легитимни пакт, и они су деградирани строгоћу примитивног формализма јер су признавали само сагласност воља уговорних страна као релевантну за настанак уговора. Међутим, класична јуриспруденција их никада није сврстала у контракте. Такође су се појавили и консенсуални уговори, из чијег самог назива видимо да је њихова суштина у консензусу, договору.

да своје односе уреде по својој вољи.⁵⁴⁸ Како се из формулације види, као и од сваког правила, и од овог постоје изузеци, па је тако принцип аутономије воље на више начина ограничен. Пре свега, постоји опште ограничење, према коме се не може закључити уговор који је супротан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. У различитим периодима развоја државе, као и у упоредном праву, ограничења нису увек иста. Она су израз потребе заједнице да допусти слободно уређивање облигационих односа уговорним странама, како би били уважени њихови приватни интереси, а са друге стране, њима се штити јавни интерес и појединачни интереси других чланова заједнице.⁵⁴⁹ Управо су ово мотиви за прописивање одређене форме од стране државе, како би се, поред јавних интереса који се несумњиво штите, заштитили и приватни интереси.

Осим овог, Закон о облигационим односима и други закони предвиђају и ограничења другог типа. Ограничења се могу огледати у томе да су појединци у обавези да закључе или не закључе неки уговор или морају да закључе уговор одређене садржине или са одређеним сауговарачем.

Наметање форме која је обавезна за закључење облигационих уговора, форме *ad solemnitatem*, под претњом ништавости, представља ограничење принципа аутономије воље, који је један од кључних у облигационом праву. Воља уговорних страна је у овом случају потчињена законској обавези закључења уговора на одређени начин, односно у одређеној форми. Зато сматрамо да је битно проучити у којим случајевима се ова ограничења намећу и који су мотиви за то. Јасно је да усложњавање правног промета, које је било један од мотива за прихватање принципа консенсуализма у римском праву, и у савременом праву игра велику улогу, с тим што су сада ефекти другачији. Повећан правни промет, нови начини закључења уговора, дистанциона продаја захтевају висок ниво правне сигурности, која се обезбеђује прописивањем посебне форме за закључење одређених уговора. Сведоци смо постојања и сталног повећања броја уговора за чије закључење се захтева посебна форма, али се мотиви за оваква законска решења разликују од оних у старом римском праву. На савременом праву је тежак задатак да обезбеди задовољавајући

⁵⁴⁸ Члан 10. Закона о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 18/2020), у даљем тексту: Закон о облигационим односима.

⁵⁴⁹ Види: Перовић, С, Стојановић, Д. – *Коментар закона о облигационим односима*, Правни факултет Крагујевац и Културни центар Горњи Милановац, 1980, стр 99.

ниво правне сигурности, али да тиме не успори правни промет. Према Цимерману, људи би требало да су способни да брину о својим интересима и да им није неопходно да буду везани формом закључења уговора да би добро промислили пре закључења уговора, узели у обзир све околности и јасно прецизирали одредбе уговора.⁵⁵⁰

У складу са одредбом члана 20. Закона о облигационим односима која прописује диспозитивни карактер одредаба, стране су слободне да, уколико форма за закључење неког уговора није овим или неким другим законом изричито прописана, саме уговоре у којој форми ће закључити уговор. То оставља уговорним странама могућност да уговор закључе у строжој форми од оне која је прописана законом. Ово важи у случају да законом није предвиђена никаква посебна форма, али и у случају да је законом предвиђена писмена форма, уговорне стране могу да уговоре строжу форму и да у поступак закључења уговора укључе и орган јавне власти, односно јавног бележника.

Слобода уговарања форме уговора представља још један израз аутономије воље уговорних страна. Уколико се уговорне стране споразумеју да уговор закључе у посебној форми, требало би да се испита њихова намера – да ли су желеле да та форма буде *ad solemnitatem*. Намера страна када уговоре посебну форму не мора увек да буде са циљем да та форма буде услов пуноважности закљученог уговора. Стране могу да уговоре посебну форму само како би имале доказ о закљученом уговору. Уколико је немогуће утврдити намеру, у сумњи би требало претпоставити да је у питању форма која је услов пуноважности уговора, с обзиром на то да Закон о облигационим односима не предвиђа доказну форму.⁵⁵¹ И проф. др Борислав Благојевић сматра да би у сумњи форми требало дати карактер форме *ad solemnitatem*, а ово аргуменује тиме што уговорне стране одступају од минимума који се захтева за закључење уговора и претпоставља се да желе да уговору додају још један услов за пуноважност.⁵⁵² Овакав став води правној сигурности уговорних страна.

У тумачењу овог питања нам помаже и одредба члана 70. став 2. Закона о облигационим односима, која предвиђа да нема правно дејство уговор који није закључен у

⁵⁵⁰ О томе: Zimmermann, R. – *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, стр. 86.

⁵⁵¹ Видети више: Радишић, Ј. *op. cit.* стр. 117. Овакво становиште је засновано на одредбама, између осталих, Аустријског грађанског законика и Српског грађанског законика.

⁵⁵² Види: Благојевић, Т. Б, Круљ, В. – *Коментар закона о облигационим односима I*, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 257.

уговореној форми ако су уговорне стране условиле пуноважност уговора посебном формом.⁵⁵³

Природа ове форме објашњава правило из одредбе члана 69. став 2. Закона о облигационим односима по коме уговор за који је уговорена посебна форма може да буде измењен или раскинут и неформалним споразумом. Ово је логична последица тога да су стране саме уговориле форму, па према томе ова форма не штити јавни, већ приватни интерес страна. У том смислу, стране могу у било којој форми да изврше измену одредби уговора, па чак и оних које се тичу битних елемената уговора, за разлику од уговора за које је посебна форма предвиђена законом.

Стране могу да уговоре посебну форму само да би осигурале доказ да је уговор закључен. У овом случају форма уговора није форма *ad solemnitatem*, већ *ad probationem* и њено непоштовање не доводи до ништавости уговора.

3.2. Предмет уговора за које се захтева форма *ad solemnitatem* у савременом праву

Када посматрамо уговоре за чије пуноважно закључење се у савременом праву захтева посебна форма, примећујемо да се углавном ради о уговорима који за предмет имају ствари веће вредности. У контексту поделе ствари на покретне и непокретне, за закључење уговора који за предмет имају непокретност увек се захтева строжа форма.⁵⁵⁴ Зато ће у раду бити посебно анализирана форма закључења ових уговора. Под непокретностима се подразумевају оне ствари које не могу да се премештају са места на место без повреде њихове суштине, док су покретне ствари оне које могу да се премештају без последица по њихову суштину.⁵⁵⁵

⁵⁵³ У ранијој правној теорији, пре доношења Закона о облигационим односима, владало је другачије мишљење. Проф. др Стеван Јакшић наводи да би, у сумњи да ли су стране имале намеру да уговорена форма буде услов пуноважности уговора или да само послужи као доказ, требало имати у виду да су уговори углавном неформални и у сумњи претпостављати да су стране хтеле слабије, а не строже дејство форме. О томе: Јакшић, С. – *Облигационо право, општи део*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1957, стр. 128. Овакав став иде у прилог одржања уговора на снази.

⁵⁵⁴ У раду је већ раније направљена паралела између поделе на *res mancipi* и *res nec mancipi* у римском праву и поделе на покретне и непокретне ствари у савременом праву.

⁵⁵⁵ Детаљније: Ковачевић Куштримовић, Р, Лазић, М. – *Стварно право*, Пунта, Ниш, 2009, стр. 22.

И за уговоре који за предмет имају неке покретне ствари (нпр. аутомобиле⁵⁵⁶, бродове, ваздухоплове...) одредбама посебних закона је изричито прописана форма *ad solemnitatem*. Углавном је разлог томе већа вредност ових покретних ствари, али и то што се о њиховим власницима води јавна евиденција у посебним јавним књигама.

Одредбом члана 129. Закона о облигационим и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају констатовано је да је ваздухоплов покретна ствар, али да у правном промету има статус непокретности и да се на промет ваздухоплова сходно примењују правила која регулишу промет непокретности. Одредбом овог члана се посебно истиче да се ваздухоплови поистовећују са непокретностима у погледу форме уговора којим се врши њихов промет⁵⁵⁷.

3.3. Форма уговора у Закону о облигационим односима

Законодавац у Закону о облигационим односима јасно изражава свој став по питању форме потребне за пуноважно закључење уговора поднасловом „неформалност уговора“ у оквиру дела „форма уговора“. Одредба првог става члана 67. Закона о облигационим односима прописује да закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим када је

⁵⁵⁶ Међутим, када су у питању моторна возила, у пресуди Апелационог суда у Крагујевцу (Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 2394/2012 од 24.12.2012. године, извор: ПараграфЛекс) изнет је став да за стицање права својине на возилу није потребан писмени уговор, већ само за регистрацију возила. Чланом 270. став 1. тачка 1) Закона о безбедности саобраћаја на путевима прописано је да се возило уписује у јединствени регистар, на основу чега се издају регистарске таблице и издаје саобраћајна дозвола ако постоје докази о пореклу и власништву возила у писаној форми (члан 270. став 1. тачка 1) Закона о безбедности саобраћаја на путевима (Сл. гласник РС, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – одлука УС, 55/2014 и 96/2015 – др. закон)) Правилником о регистрацији моторних и прикључних возила овај услов је још више пооштрен, па се тражи да, када су физичка лица продавац и купац, њихове потписе на уговору о преносу права оверава суд или други надлежни орган (Правилник о регистрацији моторних и прикључних возила (Сл. гласник РС, бр. 69/2010, 101/2010, 53/2011, 22/2012, 121/2012, 42/2014, 108/2014, 65/2015 и 95/2015)). С обзиром на то да обично стичемо својину на моторним возилима како бисмо их користили, а како бисмо их користили, неопходно је да их региструјемо, уговор о продаји моторних возила се у пракси закључује као формалан уговор – у писменој форми са овереним потписима. И у пресуди Апелационог суда у Београду (Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 1377/2014 од 21.10.2014. године, извор: *Ibidem*.) заузет је став да је писана форма само доказ да је уговор закључен и да је неопходан услов за регистрацију возила, а не и за пуноважност закљученог уговора. Вероватно је резон судија апелационих судова био да је у питању покретна ствар, а за покретне ствари је Законом о основама својинско-правних односа (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90, Сл. лист СРЈ, бр. 29/96 и Сл. гласник РС, бр. 115/2005 – др. закон) предвиђено да се својина на њима стиче предајом у државину купца.

⁵⁵⁷ Види: Члан 129. Закона о облигационим и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (Сл. гласник РС, бр. 87/2011 и 66/2015).

законом другачије одређено.⁵⁵⁸ На истом становишту стоји и француски *Code Civil*.⁵⁵⁹ Међутим, *Moenelaey* је још 1914. године говорио о ренесанси формализма, која је приметна и у нашем праву.

Мотиви за прописивање обавезне форме за закључење уговора у савременом праву битно се разликују од оних који су мотивисали Римљане да уговоре закључују у компликованим и строгим формама. Ово је последица различитих друштвено-економских прилика и улоге религије у друштву.⁵⁶⁰

Као што је раније у раду наведено, у римском праву су за време његовог тринаестовековног развоја постојале четири форме које су коришћене за закључење уговора. У овом делу рада ћемо анализирати те форме у српском савременом праву, као и нове форме које је изнедрила пракса, развој друштва и савремених технологија.

3.3.1. Хијерархија форми у српском савременом праву

Различитост форми у српском праву отвара питање њихове хијерархије. Да бисмо за неку форму рекли да је строжа од друге, односно да између њих постоји хијерархија, потребно је да строжа форма потпуно апсорбује блажу форму и да, осим услова који су предвиђени за блажу форму, предвиђа још неки додатни услов, који је чини строжом.⁵⁶¹ Консенсуална форма је свакако „најблажа“, односно форма која намеће најмање захтева како би уговори били пуноважни. Затим долази реална форма, где је поред просте сагласности воља страна уговорница потребна и предаја ствари. Консенсуална форма је обухваћена реалном, па се за њих може рећи да су у хијерархијском односу. За писмену форму, код које се захтева да странке своју вољу запишу и потврде својим потписима, можемо да кажемо да је строжа од реалне форме, међутим, ове норме нису у хијерархијском односу јер писмена форма не апсорбује реалну.⁵⁶² У неким случајевима се поред потписа

⁵⁵⁸ Види: Члан 67. став 1. Закона о облигационим односима РС.

⁵⁵⁹ Члан 1172. *Code Civil*-а.

⁵⁶⁰ Док је у старом Риму строга форма била последица неразвијености друштва, робноовчане привреде и велике улоге религије, у савременом праву је прописивање форме за закључење уговора најчешће израз уплива државе ради заштите јавног интереса и потребе за сигурношћу и заштитом интереса уговорних страна.

⁵⁶¹ Опширније: Караникић Мирић, М. – Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву, *Теме*, XXXIV, бр. 4, Универзитет у Нишу, Ниш, 2015, стр. 1309.

⁵⁶² О томе: Караникић Мирић, М. – Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности, *Српска политичка мисао*, број 2/2015, год. 22, вол. 48, Институт за политичке студије, Београд, 2015, стр. 326.

захтевају још неке формалности, чиме се „снага“ писмене форме појачава, па се оваква форма назива квалификованом писменом формом. Квалификованим се сматрају форме предвиђене одредбама Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа и Закона о јавном бележништву: јавнобележнички оверена (легализована) исправа, јавнобележнички потврђена (солемнизована) исправа и јавнобележнички састављена исправа – јавнобележнички запис, које су наведене по хијерархији од најблаже до најзахтевније. За ове форме можемо да кажемо да јесу у хијерархијском односу јер строжа форма у себи садржи све елементе који се захтевају за блажу форму.

Законом о оверавању потписа, рукописа и преписа предвиђено је да се овера потписа, када се захтева као битна форма за закључење уговора, сматра задовољеном када се на поднету исправу стави клаузула о оверавању потписа, која садржи податке о јавном бележнику, податке о подносиоцу исправе, начин на који је утврђен идентитет подносиоца исправе, датум, час и место оверавања потписа и потпис и печат јавног бележника.⁵⁶³ Јавни бележник у клаузули потврђује да је подносилац исправе у његовом присуству потписао исправу или признао потпис који се већ налази на исправу као свој. Ова форма се сматра најблажом јер јавни бележник није одговоран за садржину поднете исправе, нити је дужан да утврђује да ли странка има право да потпише поднету исправу, али може да одбије оверу потписа у случају да је очигледно да постоји разлог за изузеће јавног бележника, да поднета исправа садржи забрањени правни посао или да се њом помаже остваривање недозвољених циљева и да се за правни посао у поднетој исправу захтева форма јавнобележничког записа или јавнобележничко потврђивање исправе.⁵⁶⁴

Када је у питању солемнизација, поред наведених елемената које садржи клаузула о оверавању, солемнизациона клаузула садржи и изјаву јавног бележника да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне усмено изјавиле да је њихова воља у свему верно унета и да су својеручно потписале исправу.⁵⁶⁵ Дакле, за разлику од претходне, блаже форме, ова форма за закључење уговора захтева активнију улогу јавног бележника, који је дужан да испита да ли странке имају правну и пословну способност, да ли су овлашћене за

⁵⁶³ Члан 5. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

⁵⁶⁴ Члан 11. став 2. и 3. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

⁵⁶⁵ Члан 93б Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11... 94/24).

предузимање конкретног посла и да се упозна са садржином исправе како би проценио да ли је правни посао дозвољен, односно да ли је у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. Уколико нису испуњени неки од поменутих услова, јавни бележник решењем одбија да потврди исправу.

Најстрожа форма у нашем праву која се захтева за закључење уговора – јавнобележнички запис, поред наведених елемената који се захтевају и за оверу потписа и за солемнизацију, захтева поред потписа и печата и штамбиљ јавног бележника који је исправу саставио, а садржи и текст садржине правног посла, јер га је јавни бележник сачинио. Уколико овај захтев није испуњен, сматра се да јавнобележнички запис и не постоји.

3.3.2. Разликовање посебне форме уговора од других захтева савременог права

У савременом уговорном праву појављују се и установе које могу да делују слично обавезној форми за закључење уговора, па је потребно поменути их, како би се избегле дилеме у конкретном случају.

Једна од таквих формалности је формалност публицитета. Под овим се подразумева обавеза да се након закључења уговора јавност обавести о закљученом уговору, како би се заштитила трећа савесна лица од могућих превара и злоупотреба. Ово је случај, на пример, код уговора о промету непокретности, где се након закључења уговора, који представља *iustus titulus*, односно ваљани правни основ, захтева и *modus aquirendi*, односно начин стицања. Уговор о промету непокретности се сматра пуноважно закљученим и када није извршен упис у јавне књиге за евиденцију непокретности. Када посматрамо лица чији интерес се штити, формалност публицитета је прописана у интересу трећих савесних лица, а не у интересу уговорних страна, како је то случај са обавезном формом за закључење уговора.

Дозвола трећег лица за закључење уговора, као претходна сагласност, као и одобрење трећег лица, као накнадна сагласност за закључење уговора, такође се не сматрају формом уговора јер не представљају облик у коме треба да буде изражена воља уговорних страна, већ неопходан одложни услов за закључење уговора. Може да се тражи дозвола или

одобрење државног органа или физичког лица. Уколико се тражи дозвола, односно претходно одобрење, уговор је могуће закључити након добијања те дозволе. Ако се захтева накнадна сагласност, уговор се закључује, али производи правна дејства тек када добије накнадно одобрење, уз фикцију да је добио одобрење у тренутку закључења (производи дејство од тренутка закључења). У питању је закључење уговора под условом, а услов представља добијање одобрења. Када је у питању форма одобрења, она следи форму која се захтева за пуноважно закључење уговора.⁵⁶⁶ Закон о облигационим односима ово правило прописује у члану 29. став 2.⁵⁶⁷ Међутим, већ је ставом 3. истог члана предвиђен изузетак од овог правила. Када се сагласност даје за закључење уговора за које се као услов пуноважности захтева форма која подразумева учешће јавног бележника, односно форма јавно потврђене (солемнизоване) исправе или јавнобележничког записа, за сагласност се не захтева ова форма, већ је довољно да потпис лица које даје сагласност буде оверен.⁵⁶⁸ Одредба става 3. овог члана додата је у Закон о облигационим односима изменама и допунама из 2020. године и последица је усаглашавања са Законом о оверавању потписа, рукописа и преписа.⁵⁶⁹

У неким случајевима се, како код формалних, тако и код неформалних уговора, захтевају фискалне формалности како би се обезбедило плаћање фискалних обавеза. Ове формалности нису повезане са формом уговора и не утичу на његову пуноважност. Уколико се захтева депоновање једног примерка уговора, он мора бити сачињен у писменој форми, међутим, у овом случају се не ради о форми као услову пуноважности уговора, која је прописана законом или вољом уговорних страна. С обзиром на различиту природу ових института, и последице за њихово неизвршење су различите. Уколико уговор није склопљен

⁵⁶⁶ Немачки грађански законик је прописивао да за одобрење није потребна форма која се захтева за закључење уговора, док се у Пољском грађанском законнику налази на супротно решење. О решењима у упоредном праву видети више: Перовић, С. – *Облигационо право, књига I*, Привредна штампа, Београд, 1986, стр. 340.

⁵⁶⁷ Члан 29. став 2. Закона о облигационим односима РС.

⁵⁶⁸ Члан 29. став 3. Закона о облигационим односима РС.

⁵⁶⁹ Пре ових измена је на радном састанку представника Министарства спољних послова, Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије и Министарства правде Србије од 23.09.2016. године донет закључак да сагласност трећег мора бити дата у истој форми која се захтева за уговор за чије закључење се сагласност тражи. О томе: Станковић, Г, Трговчевић-Прокић, М. – *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 226.

у захтеваној форми, биће ништав. Уколико нису испоштовани фискални захтеви, биће прописана казна из фискалног законодавства.⁵⁷⁰

Са обавезном формом уговора могу да се помешају и случајеви када се након закључења уговора састави писана исправа о закљученом уговору. У овом случају је писмено закључење уговора, овера потписа или нека друга формалност само начин да се обезбеди доказ о претходно закљученом уговору.

3.3.3. Посебна форма понуде, прихвата понуде и предуговора

С обзиром на то да је понуда једнострана изјава коју понудилац упућује евентуалном будућем саговорачу, чији позитиван одговор би значео закључење уговора, потребно је водити рачуна о њеној форми. Уколико је за закључење уговора на који се понуда односи законом прописана одређена форма, и понуда за закључење уговора мора да буде у тој форми.⁵⁷¹ У супротном, неће производити дејство, а ако јој следи одговор понуђеног, уговор се неће сматрати пуноважно закљученим. Исто важи и за прихват понуде. Само у случају да се ради о једнострано обавезујућим формалним уговорима, довољно је да само понуда буде у захтеваној форми, а не и прихват понуде.

Уколико се за пуноважно закључење неког уговора захтева одређена форма, прописи о форми главног уговора важе и за предуговор.⁵⁷² Према наводима проф. др Јакова Радишића, ово правило није без изузетака. И у овом случају се узима у обзир сврха због које је форма прописана. У претходно разматраним случајевима, формалности које се захтевају за закључење уговора биле су строже уколико се формом штити јавни интерес. У овом случају је обрнуто. Уколико је обавезна форма прописана како би се заштитиле уговорне стране од пренагљености, предуговор мора да буде закључен у форми која се захтева за главни уговор, али уколико је сврху форме могуће постићи и закључењем само коначног уговора у прописаној форми, предуговор не мора да буде закључен у тој форми.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Детаљније: Перовић, С. *op. cit.* стр. 341.

⁵⁷¹ Члан 38. Закона о облигационим односима гласи: „Понуда уговора за чије закључење закон захтева посебну форму обавезује понудиоца само ако је учињена у тој форми. Исто важи и за прихватање понуде.“

⁵⁷² Члан 45. став 2. Закона о облигационим односима РС.

⁵⁷³ Види: Радишић, Ј. *op. cit.* стр. 137.

3.3.4. Форма пуномоћја за закључење уговора

Пре измена Закона о облигационим односима 2020. године, судови су одредбу члана 90. којом је прописана форма у којој је потребно дати пуномоћје за закључење уговора за који се захтева посебна форма тумачили онако како је и гласила: захтевали су да форма пуномоћја за закључење уговора о промету непокретности буде иста као форма која се као форма *ad solemnitatem* захтева за закључење уговора о промету непокретности.⁵⁷⁴ У овом случају у питању је била форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Захтевало се да се пуномоћје да и у форми јавнобележничког записа, у случају када је ова форма била предвиђена као форма *ad solemnitatem* за закључење уговора, на пример за пуномоћје за закључење уговора којим пословно неспособно лице преноси на друго лице својину на непокретности.⁵⁷⁵

Закон о облигационим односима је, након дилема које су се појављивале у пракси, изменама из 2020. године уредио форму у којој је потребно да се закључи пуномоћје за закључење уговора за које се захтева посебна форма. Пре поменутих измена, Закон је предвиђао да се као обавезна форма за пуномоћје за закључење неког уговора захтева иста форма која се захтева за уговор који се намерава закључити. Изменама из 2020. године у члан 90. Закона о облигационим односима који регулише ово питање додат је још један став, који прецизира тражену форму пуномоћја. Њиме се уређује ситуација када се за пуноважно закључење облигационог уговора захтева облик јавно потврђене (солемнизоване) исправе или јавнобележничког записа. У овим случајевима је довољно да потпис властодавца на пуномоћју буде оверен.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ Решење Вишег суда у Пожаревцу, Гж 1406/2016(2015) од 23.03.2017. године. У овој одлуци нису прихваћена као валидна пуномоћја за закључење уговора о поклону непокретности, која су била оверена пред Основним судом.

⁵⁷⁵ На радном састанку представника Министарства спољних послова, Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије и Министарства правде Србије од 23.09.2016. године донет је овакав закључак. На истом састанку је закључено да, с обзиром на то да се наследна изјава сачињава у форми потврђене (солемнизоване) исправе, и пуномоћје за давање наследне изјаве потребно је сачинити у истој форми. Станковић, Г, Трговчевић-Прокић, М. – *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 225.

⁵⁷⁶ Члан 90. став 2. Закона о облигационим односима РС.

3.4. Усмена форма

Уговори за које је у римском праву захтевана усмена форма сматрани су формалним, јер је за њихово пуноважно склапање било потребно изговарање унапред предвиђених, свечаних речи.⁵⁷⁷

Када посматрамо савремено право, не можемо да кажемо да разлози за закључење уговора у усменој форми, који су постојали у римском праву, и даље постоје. Писменост је на далеко вишем нивоу, религија нема утицаја на правне норме, а државни апарат и правни систем имају ефикасне механизме принуде у случају да уговор не буде добровољно извршен. То су разлози зашто се усмена форма не користи у савременом праву као обавезна форма. Међутим, у свакодневним облигационим односима у које ступамо најчешће користимо усмену форму за закључење уговора. Иако је најлакша за употребу и омогућава најбрже закључење уговора, има својих слабих страна, због чега се не препоручује за закључење уговора веће вредности. Наиме, врло је тешко доказати садржај усменог договора. Проблем може да се јави и због неспоразума око битних елемената уговора, који може да настане приликом усменог склапања уговора.

3.5. Реална форма закључења уговора

Пре доношења Закона о облигационим односима, уговори о остави, послузи, зајму и залози, као традиционално реални уговори још из периода римског права, у нашем праву су били регулисани Српским грађанским закоником из 1844. године, где су још увек били

⁵⁷⁷ У најстаријем периоду развоја римске државе и права, нису биле дозвољене импровизације приликом изговарања предвиђених речи. Формуле које су изговаране морале су у потпуности да се подударају. Овај ниво формализма указује на то да глуве и неме особе нису могле да склапају уговоре за које се захтевала ова усмена форма. Ублажавање формализма у периоду касне републике довело је до ублажавања формализма и код склапања вербалних уговора. Више се није захтевала потпуна подударност изјава воље уговорних страна, већ је било довољно да из контекста буде јасно да су воље страна биле усмерене на закључење истог уговора, а питање и одговор су могли бити изречени и на различитим језицима, што је било последица развоја трговине између римских грађана и перегрина. Види: Nguyen Tien Dien, *op. cit.* стр. 21. Разлози за коришћење строгих усмених форми у најстаријем периоду развоја римског права били су: писменост римских грађана (која није била на завидном нивоу, па су им остајале само свечане речи и гестови за закључење уговора), утицај религије, неизграђен државни апарат...

представљени као реални уговори. И према нацрту Југословенског законика из 1931. године ови уговори су били регулисани као реални.⁵⁷⁸

Непосредно пре доношења Закона о облигационим односима, у нашој теорији је преовладавао став да начин закључивања уговора о остави треба да зависи од тога да ли је уговор добротин или теретан. Па тако, само уколико је уговор о остави добротин, биће реалан.⁵⁷⁹ У Скици за Законик о облигацијама и уговорима прекинута је традиција нашег права по којој су зајам, остава, послуга и залога сматрани реалним уговорима.⁵⁸⁰

Проток времена, промена правне свести, потреба за усаглашавањем стварности и правне регулативе, учинили су своје и били су мотив за измене у правној природи реалних уговора. Те измене су званично наступиле доношењем Закона о облигационим односима 1978. године. Законом о облигационим односима уговори који су се традиционално сматрали реалним, још од римског права, а преко Српског грађанског законика, регулисани су као консенсуални.⁵⁸¹ Проста сагласност воља је постала довољна за настанак уговора, док је у старом Риму сагласност уговорних страна представљала само предуговор, *pactum de deponendo*.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Више о томе: Марковић, Л. – *Облигационо право*, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1997, стр. 575.

⁵⁷⁹ Опширније: Мијачић, М. – *Облигациони уговори*, Савремена администрација, Београд, 1990, стр. 135.

⁵⁸⁰ Види: Константиновић, М. – *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1996, стр. 22.

⁵⁸¹ Према прописима неких правних система ова четири некадашња реална уговора задржала су реални карактер. То је случај са француским правом. У одредби члана 1172. Code Civil-а наводи се да је начелно за закључење уговора довољна само сагласност уговорних страна, али се у истом члану наводи и да законодавац може закључење уговора да услови предајом ствари. Уговор о остави се, на пример, сматра комплетним само ако је извршена стварна или симболична предаја ствари која је предмет депозита. Види: *Code Civil*, чл. 1919, http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf, 06.03.2013. год. Предаја ствари се не захтева у случајевима када се ствар већ налази код оставопримца, по неком другом основу. Опширније: Von Bar, C, Clive, E. (editors) – *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol.II, Sellier, Munich, 2009, str. 1797. Тада је довољна само симболична предаја. Осим у праву Француске, овај уговор је задржао реалан карактер и у правима Белгије, Аустрије, Немачке, Италије, Пољске и Португалије. *Idem*. стр. 1794. У Немачком грађанском законнику се, на пример, у одредби члана 1205, који регулише закључење уговора о залози, наводи да је овај уговор закључен када власник преда ствар повериоцу. И у англосаксонском праву важи схватање да баилмент настаје када ствар буде предата на чување и прихваћена од стране лица које чува ствар, као и да предаја може бити стварна и симболична. Види: Anderson, R. A, Fox, I, Twomey, D. P. – *Business law*, South-Western Publishing Co, Nashville, 1981, стр. 407.

⁵⁸² Детаљније: Благојевић, Т. Б. – *Облигационо право: белешке по предавањима Борислава Т. Благојевића одржаним у школској 1945/46 години*, Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права, Београд, 1946, стр. 143.

Прелазак са реалне на консенсуалну форму може се пратити и код уговора о зајму. Уговор о зајму, који је раније сматран закљученим не када се зајмодавац и зајмопримац сагласе око битних елемената овог уговора, већ када ствар која је предмет зајма или новац буду предати зајмопримцу, по концепту предвиђеном Законом о облигационим односима настаје сагласношћу воља зајмодавца и зајмопримца, а предаја ствари или новца представља акт извршења уговорне обавезе зајмодавца. У одредби члана 557. Закона о облигационим односима наводи се да се уговором о зајму зајмодавац „обавезује да преда...“, у одредби члана 712. да се оставопримац „обавезује да прими ствар...“, а одредбом члана 966. да се залогодавац „обавезује да преда...“. Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић запажа да се законодавац приклонио становишту да су реални уговори формални уговори и да треба да деле њихову судбину.⁵⁸³

Када говори о врстама уговора, професор Гамс истиче једну нелогичност која се усталила у теорији, а то је супротстављање консенсуалних уговора формалним уговорима. По његовом мишљењу, насупрот консенсуалним уговорима требало би да стоје реални уговори.⁵⁸⁴ Сагласност која постоји код консенсуалних уговора постоји и код формалних, а реални уговори се разликују јер је за пуноважно закључење обавеза осим сагласности воља потребан и акт предаје ствари, који не представља средство изјаве воље.⁵⁸⁵ Међутим, свако даље разматрање реалних уговора доводи нас до чињенице да је концепт реалних уговора превазиђен и напуштен у савременом праву и да га српски Закон о облигационим односима не познаје.

У Закону о облигационим односима једино институт капаре, који има уговорни карактер, настаје на бази реалне форме јер сагласност о давању капаре не производи правно дејство, већ сам чин давања капаре.⁵⁸⁶ Закон о облигационим односима у одредби члана 79. наводи да се „уговор сматра закљученим кад је капара дата“. Предаја капаре је неопходан услов настанка уговора чијем обезбеђењу капара служи.⁵⁸⁷

⁵⁸³ Више о реалним уговорима: Ковачевић, Куштримовић, Р. – Реални правни послови, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 27, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1987, стр. 131–142.

⁵⁸⁴ Види: Гамс, А, Ђуровић, Љ. – *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд, 1982, стр. 220. Овог става је и Радишић, Ј. *op. cit.* стр. 129.

⁵⁸⁵ Опширније: Радишић, Ј. *op. cit.* стр. 129.

⁵⁸⁶ О томе: Мораит, Б. – *Облигационо право*, Атлант ББ, Бања Лука, 1997, стр. 166.

⁵⁸⁷ Види: Ђорђевић, Ж, Станковић, В. – *Облигационо право (општи део)*, Научна књига, Београд, 1986, стр. 237.

Занимљиво је поменути да се, приликом израде нацрта правила која би важила као европско облигационо право, на коме су радили најистакнутији европски стручњаци из области уговорног права, такође појавио проблем да ли уговор који регулише чување туђих ствари (*storage*) дефинисати као реалан или консенсуалан.⁵⁸⁸ Тако се, разматрајући ове две могућности, дошло до становишта да би, уколико би се уговору дао реалан карактер, то било у складу са његовим пореклом које води из римског права, али су ипак закључили да овај ступањ развоја права захтева да се овај уговор дефинише као консенсуалан, јер би то било у складу са новијим грађанским законодавством у европским земљама и привредном праксом.⁵⁸⁹

3.6. Писмена форма уговора

За форму за коју се захтева састављање исправе користе се два термина. У питању је дилема да ли је исправније користити назив „писана форма“ или „писмена форма“. Ова дилема је више језичке него суштинске природе, с обзиром на то да оба појма у пракси означавају исту ствар – састављање исправе која ће садржати основне елементе потребне за закључење уговора, док ће слагање са садржајем уговора стране уговорнице исказати стављањем свог потписа.

Језичким тумачењем израза „писмена“, долазимо до закључка да ова форма треба да буде граматички исправна, те стога сматрамо да је исправније користити термин „писана“. Међутим, овај термин се, иако очигледно језички погоднији, у правничкој литератури слабије користи него термин „писмена“, који је готово општеприхваћен у правној терминологији. Закон о облигационим односима такође користи термин „писмена“, па ћемо овај термин користити у раду.

⁵⁸⁸ Види: Гавриловић, Н. – Историјска и компаративна анализа уговора о остави: римско и савремено континентално и англосаксонско право, *Зборник радова студената докторских студија права*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2014, стр. 266.

⁵⁸⁹ О томе: Von Bar, C, Clive, E. *op. cit.* стр. 1790.

3.6.1. „Обична“ писмена форма

Обична писмена форма подразумева вољу уговорних страна која је садржана у потписаној исправи. Исправа има приватни карактер. У случају спора о правном послу, обична писмена форма нема снагу јавне исправе и за њу важи принцип слободне судијске оцене доказа. За сваки уговор у писменој форми се претпоставља да одражава праву вољу уговорних страна, да је потпун и тачан.⁵⁹⁰ Писмени уговор се сматра закљученим у тренутку потписивања од стране уговорних страна.⁵⁹¹

Закон о облигационим односима не прописује изричито изглед и садржину исправе, али се претпоставља да она мора да садржи два елемента:

1. текст уговора и
2. својеручне потписе уговорних страна.

Текст уговора

Текст уговора може да буде написан руком или откуцан и одштампан. Најчешће се изјаве уговорних страна налазе на једној исправи, али није забрањено и да се писмени уговор састоји од више исправа.⁵⁹² То би био случај када свака страна запише своју изјаву

⁵⁹⁰ Детаљније: Радишић, Ј. – *Облигационо право – општи део*, С.А.М. консалтинг центар, Београд, 1993, стр. 111.

⁵⁹¹ Када је у периоду републике у Риму утицај религије почео да слаби, била је потребна другачија форма за закључење уговора, форма која би обезбедила чврћи доказ о преузетим обавезама. Зато су стране уговорнице почеле да користе писмену форму за закључење уговора. Сматра се да су писмени уговори у римско право дошли из Грчке. Савремено право масовно користи писмене уговоре.

⁵⁹² У пракси се раније постављало питање о томе да ли је могуће да се признаница сматра исправом која се захтева код обавезне писмене форме, у случају продаје непокретности. Судови су, пре доношења Закона о облигационим односима, имали различите ставове. Једни су били при ставу да, уколико признаница садржи све битне елементе уговора о купопродаји непокретности (предмет и цену уговора) и уколико је потписана од стране продавца и предата купцу, задовољава тражену форму за промет непокретности – писмену форму, док су други сматрали да признаница не може да се сматра уговором ако нема све елементе уговора о промету непокретности и ако није потписана од обе уговорне стране. Види: Перовић, С. *op. cit.* стр. 345. Према проф. др Слободану Перовићу, нешто јаснија ситуација је била када би купац послао потписану писмену понуду за закључење уговора, која би са признаницом потписаном од стране продавца чинила уговор који се састоји из два документа, што је законом дозвољено. Новија судска пракса стоји на ставу да признаница не може да замени уговор о продаји непокретности јер нема потребне елементе за пуноважност овог уговора. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 15297/2010 од 02.12.2010. године, извор: ПараграфЛекс. Након поштравања форме за закључење уговора који за предмет имају непокретност захтевом да исправа мора бити оверена, постало је јасно да признаница више не може да се сматра исправом која задовољава тражене услове за пуноважно закључење уговора. Међутим, када се ради о уговорима за које је потребна само писмена форма,

воље и потпише ту исправу. Обично се ово дешава када једна уговорна страна пошаље понуду за закључење уговора, а друга уговорна страна одговори другом исправом на ту понуду.⁵⁹³

Став судова је да је уговор могуће закључити и разменом телеграма који у оригиналу носе потписе уговорних страна.⁵⁹⁴ Чланом 74. став 4. изричито се предвиђа да се уговор сматра закљученим и захтев писмене форме испуњеним ако стране измењају писмена или се споразумеју телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве.⁵⁹⁵

Потпис уговорних страна

Уговор је потребно да потпишу сва лица која се њиме обавезују.⁵⁹⁶ Из ове одредбе можемо да закључимо да је код једнострано обавезујућих уговора код којих се захтева писмена форма довољно да уговор потпише само лице које се уговором обавезује. Онај ко само стиче корист из уговора може, али не мора да потпише уговор. Код двострано обавезујућих уговора, уговор потписују обе уговорне стране. Уколико једна уговорна страна није у могућности да уговор потпише, ставиће на њега свој рукознак, оверен од стране два сведока или од суда или другог органа.

Уговор се сматра закљученим у тренутку када су га потписале све уговорне стране. Потпис физичког лица се састоји од имена и презимена, али је могуће да се лице потписује и скраћеним именом или презименом, псеудонимом или слично. Ово не би требало да представља проблем у случају да може са сигурношћу да се утврди да је уговорна страна

без овере, признаница може да се сматра исправом која задовољава захтев писмене форме уколико садржи све потребне елементе за закључење конкретног уговора. Види више: Перовић, С, Стојановић, Д, Царић, С. – *Коментар закона о облигационим односима*, Културни центар, Крагујевац, 1980, стр. 291.

⁵⁹³ Занимљиво је да Немачки грађански законик у члану 126. изричито предвиђа да се захтева јединствена писмена исправа, уколико је писмена форма прописана као обавезна, види: члан 126. Немачког грађанског законика.

⁵⁹⁴ Види: Радишић, Ј. – *Облигационо право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2021, стр. 120.

⁵⁹⁵ Члан 74. став 4. Закона о облигационим односима РС.

⁵⁹⁶ Члан 72. став 1. Закона о облигационим односима РС.

потписник исправе и да је њена воља за закључење уговора озбиљна. Уколико дође до спора, суд у сваком конкретном случају утврђује да ли су потписи уговорних страна у реду.

Потпис уговорних страна треба да буде својеручан, што значи да у нашем праву није дозвољено да исправа буде потписана факсимилом. Изузетно је могуће да се користи факсимил уколико је то уобичајено у пословним односима.⁵⁹⁷ Ако се писмена форма уговора предвиђена законом мења електронском, неопходно је да буде потписана електронским потписом.⁵⁹⁸ Уговорне стране обавезује оно што се налази изнад потписа, како би се спречила могућност да се страни стави у обавезу нешто што није желела.

Измене и допуне уговора закључених у писменој форми

Уколико је за закључење неког уговора предвиђена одређена форма, неопходно је да и све касније измене или допуне тог уговора буду у тој истој форми како би произвеле дејство. То је изричито предвиђено чланом 67. став 2. Закона о облигационим односима када се ради о изменама које настају касније у односу на закључење уговора, а чланом 71. став 2. за усмене погодбе које настају истовремено са закључењем писменог уговора.

Према речима проф. др Јожефа Салме, „Закон о облигационим односима је прихватио праксу Врховног суда у погледу претпоставке потпуности писмене исправе“, када се захтева писмена форма као битна форма.⁵⁹⁹ Претпоставља се да су се уговорне стране сагласиле око свих битних елемената уговора и своју сагласност унеле у писмени уговор.

Када су у питању касније усмене допуне формалног уговора, према Закону о облигационим односима оне су пуноважне уколико се односе на споредне тачке уговора о којима нема речи у формалном уговору, а не на његове битне елементе. Још један услов који би требало да буде кумулативно испуњен да би усмене допуне биле пуноважне јесте

⁵⁹⁷ Ђорђевић, Ж, Станковић, В. – *Облигационо право (општи део)*, Научна књига, Београд, 1986, стр. 234.

⁵⁹⁸ Немачки грађански законик прописује да се уговор потписује својеручно, али оставља могућност потписивања путем електронског потписа, издатог од надлежног органа. Види: члан 126. став 1. Немачког грађанског законика

⁵⁹⁹ Детаљније: Салма, Ј. – *Облигационо право*, Нови Сад, 2009. стр. 318.

да нису противне циљу због кога је форма прописана.⁶⁰⁰ Овде долазимо до односа јавног интереса наспрам приватних интереса уговорних страна. У овом случају су могуће само допуне, али не и измене уговорених тачака. Сврха овог ограничења је да не дође до угрожавања интереса који се прописаном формом штите.

Ако се ради о изменама и допунама којима се олакшавају обавезе једне или више страна, оне ће бити пуноважне уколико је посебна форма прописана у интересу уговорних страна.⁶⁰¹ У овом случају је дозвољено да се измене одредбе садржане у формалном уговору.

Одредба члана 71. у ставу 2. предвиђа могућност да и усмене погодбе закључене истовремено када и писмени уговор производе правно дејство. То је, као и код накнадних допуна, случај када се усмени споразум односи на споредне тачке о којима у формалном уговору ништа није договорено и које нису у супротности са циљем због кога је писмена форма прописана. За разлику од каснијих усмених допуна, овде се предвиђа и да усмене измене не могу да буду у супротности са одредбама формалног уговора. Дакле, не дозвољава се измена формалног уговора, већ само његова допуна.⁶⁰²

И трећи став овог члана даје могућност за пуноважност истовремених усмених погодби у случају када је форма прописана у интересу страна, а усмене погодбе се односе на смањење обавеза једне или обе уговорне стране.⁶⁰³ Сва ова становишта су у складу са улогом форме, која није сама себи сврха, већ служи као средство за постизање одређених циљева. Од тога да ли се ради о заштити јавних или приватних интереса зависи и судбина усмених погодби.

Уговори за које је Законом о облигационим односима предвиђено да ће се закључити у обичној писменој форми јесу уговор о продаји са оброчним отплатама цене, уговор о

⁶⁰⁰ Члан 67. став 3. Закона о облигационим односима РС

⁶⁰¹ Члан 67. став 4. Закона о облигационим односима РС.

⁶⁰² Овом одредбом су спречене злоупотребе до којих је често долазило приликом склапања уговора о промету непокретности, где је једна цена била унета у писмени уговор, а друга, обично виша цена је усмено уговарана, како би се изиграли фискални прописи.

⁶⁰³ И у нашој старијој судској пракси, пре доношења Закона о облигационим односима, било је заузето становиште да писменим делом уговора морају да буду обухваћени битни елементи уговора, а да остали елементи производе дејство и када су закључени усмено, ако испуњавају законски услов да нису у супротности са садржином уговора и сврхом форме. О томе: Перовић, С, Стојановић, Д, Царић, С. *op. cit.* стр. 288.

грађењу, уговор о лиценци и уговор о јемству (чланови 543, 630, 687, 998 Закона о облигационим односима).

3.6.2. Квалификована писмена форма

Осим обичне писмене форме, наше право познаје и квалификовану писмену форму. Захтев за квалификованом писменом формом подразумева, поред сачињавања уговора у писменом облику, испуњење још неких формалности. Она пружа уговорним странама још виши степен правне сигурности јер осим њих у закључењу уговора учествује и орган јавне власти.

Улога органа јавне власти може бити активнија, када учествује у закључивању уговора провером његове садржине или његовим састављањем, или пасивна, када само оверава потписе на уговору.⁶⁰⁴ У сваком случају, за разлику од обичног писменог уговора, уговор закључен уз учешће органа јавне власти може да има карактер јавне исправе.⁶⁰⁵ Форма јавне исправе омогућава уговорним странама да прецизније изразе садржину уговора, чиме се отклања могућност спора око тумачења нејасних одредби.⁶⁰⁶

Ради ефикаснијег спровођења законских захтева за квалификованом формом, у српско законодавство се 2011. године уводи једна нова правничка професија, професија јавних бележника. Ова професија се у српском законодавству не појављује први пут. Она је увођена у српско законодавство 1930. године Законом о јавним бележницима Краљевине Југославије, али је примењивана само у Војводини.⁶⁰⁷

Пре увођења јавног бележништва у српско позитивно право, за неке уговоре је била прописана писмена форма, уз коју се захтевала и судска овера. Према верзији Закона о ванпарничном поступку из 1982. године, пре измена 2014. године, којима је у закон уведен

⁶⁰⁴ Види: Благојевић, Т. Б, Круљ, В. *op. cit.* стр. 250.

⁶⁰⁵ Јавна исправа о уговору јесте писмено о уговору које је издао јавни бележник у оквиру своје надлежности, поштујући прописану форму, састављено у циљу констатовања уговора на основу изјава уговорних страна, као и писмено о уговору које је јавни бележник потврдио. Види: Ђурђевић, М. – Јавнобележничко право, *Нотаријат и уговори*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 262.

⁶⁰⁶ Опширније: Ghestin, B. J. – *La formation du contrat, Traite de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, 1993, str. 339, наведено према: Ђурђевић, М. *op. cit.* 2006. стр. 262.

⁶⁰⁷ О томе: Živković, M, Živković, V. – О увођењу јавног бележништва у Србији, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(2), Zagreb, 2013, str. 436.

појам јавних бележника, у надлежности судова била је и овера уговора. Према неким законима, виши степен форме испољавао се у интервенцији судије у потврђивању садржине исправе о уговору који је закључен у обичној писменој форми, док је према другим законима оверу вршио судски службеник потврђивањем потписа на исправи о уговору који је закључен у обичној писменој форми.⁶⁰⁸

Закон о јавном бележништву донет је 2011. године и требало је да почне да се примењује од 1. септембра 2012. године, међутим, примена је више пута одлагана. Почео је да се примењује две године касније од планираног, 1. септембра 2014. године.

Овим законом су у српско законодавство уведене три јавнобележничке форме: јавнобележнички оверена (легализована) исправа, јавнобележнички потврђена (солемнизована) исправа и јавнобележнички састављена исправа – јавнобележнички запис. Форме су наведене по својој строгости, од најмање захтевне, где јавни бележник само потврђује да је одређено лице у његовом присуству потписало неку исправу, односно потврдило да је раније стављен потпис његов, преко захтевније, где се странкама исправа чита, оне изјављују да садржина исправе представља њихову вољу и да су је својеручно потписале, до најзахтевније, где исправу у форми јавнобележничког записа саставља сам јавни бележник према жељама, потребама и упутствима странке.

Изменама закона из септембра 2014. године брисан је члан којим се регулише форма јавнобележнички оверене (легализоване) исправе јер је донет нови Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа, којим је ова материја детаљније регулисана, а који је ступио на снагу 1. септембра 2014. године, када је почела и примена Закона о јавном бележништву. Иако је увођење јавног бележништва и преношење надлежности растеретило судове и друге органе, један део послова је остао у надлежности судова и других органа, па се у овом случају говори о паралелној надлежности.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Опширније о томе: Ђурђевић, М. *op. cit.* стр. 253.

⁶⁰⁹ Паралелна надлежност је предвиђена у местима где нису именовани јавни бележници, до њиховог именовања, док је конкурентном надлежношћу до 1. марта 2017. године било остављено странкама да одаберу да ли ће покренути поступак пред судом или пред јавним бележником. Види: Трговчевић, Прокић, М, Станковић Г. – Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 210.

Законом о јавном бележништву предвиђено је састављање више врста исправа од стране јавних бележника, којима се задовољавају захтеви форме за закључење уговора.⁶¹⁰ Осим исправа које састављају јавни бележници (јавнобележнички записи), нејавних исправа које потврђују јавни бележници (јавнобележничка солемнизација) и овера потписа на нејавним исправама, аутентичности преписа, превода или извода (јавнобележничка овера), о којима ће бити више речи у наставку рада, јавни бележници састављају и јавнобележничке записнике о правним и другим радњама које су предузели или којима су присуствовали и потврде о чињеницама које су утврдили јавни бележници.⁶¹¹

О значају и сврси форме било је речи у првом делу рада, а овде ћемо навести још једну функцију форме која се посебно односи на јавнобележничке форме закључења уговора. У питању је аутентификациона улога форме, која је последица радњи које предузима јавни бележник и поступка који спроводи. Јавнобележничке форме обезбеђују извесност у погледу лица које је закључило правни посао и садржине посла. Извесност у погледу лица се постиже идентификацијом од стране јавног бележника, док извесност у погледу садржине посла посебно гарантују форма јавнобележничког записа и солемнизација јер несумњиво обезбеђују истоветност воље уговорних страна и текста у исправи. Такође, аутентичности исправе доприноси и правило да се бројеви у тексту пишу и цифрама и словима, као и то што се сваки лист обележава, стављају цртице између текста и потписа и врло детаљно и строго нормира поступак рекогниције.⁶¹² Када је у питању

⁶¹⁰ Немачки правни систем у грађанском законнику, у делу у коме говори о формама у којима може да буде предузет правни посао, помиње форму закључења уговора уз учешће јавног бележника. Чланом 128. се предвиђа да се уговор пред јавним бележником може закључити и ако уговорне стране пред њим посебно саставе јавнобележнички запис о понуди, а посебно о прихвату понуде (ово правило је у складу са правилом нашег Закона о облигационим односима које важи за уговоре за које је предвиђена писмена форма, где такође није неопходно да изјаве воља уговорних страна буду на једном документу). Поступак је уређен другим законом, Законом о потврђивању исправа из 1969. године. У питању је форма која по карактеристикама одговара форми нашег јавнобележничког записа. Осим јавнобележничког записа, у немачком праву се користи и форма јавне овере. Немачко право не предвиђа поступак који би по карактеристикама одговарао нашој солемнизацији. Међутим, у немачкој јавнобележничкој пракси, приликом састављања јавнобележничког записа који састављају јавни бележници, као и у српском праву, у неким областима је постало уобичајено да стране доставе нацрт уговора јавном бележнику. Опширније: Мишчевић, Н. – Јавнобележничка форма облигационих уговора, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2022, стр. 101. Код нас је ова радња у поступку карактеристична за поступак солемнизације.

⁶¹¹ Више: Трговчевић, Прокић, М, Станковић Г. *op.cit.* стр. 219.

⁶¹² Детаљније: Ђурђевић, Д. – *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд, 2014, стр. 30.

доказна вредност форме, учешће јавног бележника обезбеђује чврст доказ о постојању и садржини правног посла.

Поред добрих страна које несумњиво доноси закључивање уговора у квалификованој писменој форми, чињеница је да се на овај начин успорава правни промет, као и да за странке настају трошкови у виду плаћања јавнобележничких такси. Такође, уговорне стране су врло често у заблуди о улози јавног бележника и снази исправе.

3.6.2.1. Оверавање потписа

За неке уговоре се, пре доношења Закона о јавном бележништву, као форма *ad solemnitatem* захтевала форма јавно оверене исправе у суду.⁶¹³ Оверавање потписа је пре доношења Закона о јавном бележништву било у надлежности судова у складу са тада важећим Законом о оверавању потписа, рукописа и преписа из 1993. године. Према овом закону оверавање потписа, рукописа и преписа обавља општински суд и општинска управа као поверене послове, а оверавање врши службено лице одређено решењем.⁶¹⁴ Уговор је обично овераван од стране радника суда, за разлику од неких случајева где се овера вршила у ванпарничном поступку у коме је судија имао дужност да странкама прочита исправу, објасни правне последице предузетих радњи и онда изврши оверу, чиме су се ови поступци приближавали солемнизацији. Ово је случај са уговором о доживотном издржавању, уговором о расподели имовине за живота и са брачним уговором.⁶¹⁵ Међутим, ова форма се више не користи за уговоре за које је најчешће коришћена – уговоре који за предмет имају промет непокретности. У важећем српском праву, форма за закључење уговора о промету непокретности је пооштрена и сада се захтева форма потврђене исправе – солемнизација, што значи да се више не оверавају само потписи странака, већ садржина целог уговора, те цео уговор о промету непокретности представља јавну исправу.

У савременом српском праву се за закључење уговора који за предмет имају продају покретне ствари начелно не захтева посебна форма. Међутим, постоје покретне ствари за

⁶¹³ *Idem.* стр. 26.

⁶¹⁴ Члан 2. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 39/93).

⁶¹⁵ О томе: Тривуновић, Б. – Форма јавно потврђене исправе у праву Републике Србије, *Правна традиција и интегративни процеси – зборник радова*, Том 1, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2020, стр. 299.

које је прописан посебан режим, као што су, на пример, возила. За пуноважно закључење уговора о продаји који за предмет има моторно возило (аутомобил, брод...), захтева се да уговорне стране потписе на писменом уговору овере код јавног бележника.

Форма овере од стране радника суда пандан је садашњој форми овере нејавне исправе пред јавним бележником. Увођењем јавних бележника у наш правни систем, на њих је пренета надлежност оверавања потписа на исправама, чиме су растерећени судови и општинске управе. Међутим, одредбом члана 29. став 3. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа предвиђено је да ће у градовима и општинама у којима нису именовани јавни бележници оверу вршити основни судови или општинска управа као поверени посао.⁶¹⁶ У питању је паралелна надлежност јер су у истој правној ствари, поред јавног бележника, надлежни судови или неки други органи.⁶¹⁷

Првобитном верзијом Закона о јавном бележништву активност овере од стране јавних бележника била је регулисана одредбом члана 92, који је брисан изменама закона из септембра 2014. године јер је донет нови Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа. Овим законом је материја овере нејавне исправе (легализација) детаљније регулисана, а ступио је на снагу 1. септембра 2014. године, када је почела и примена Закона о јавном бележништву, тако да се брисани члан никада није ни примењивао.

Уговори за које се као форма *ad solemnitatem*, односно обавезна форма, захтева форма јавно оверене исправе често су уговори компанијског права – уговор о оснивању привредног друштва, уговор о преносу удела у ортачком или друштву са ограниченом одговорношћу, али и неке једностране изјаве воље – тестамент, наследна изјава, пуномоћја за посебне случајеве – за подношење тужбе у брачном спору, за склапање брака...⁶¹⁸

Уговорне стране често, верујући да ће на тај начин стећи виши ниво правне сигурности, уговарају ову форму за уговоре за које се не захтева никаква посебна форма, не знајући да их она не штити јер се потврђује само да су странке потписале исправу или већ раније стављен потпис признале као свој, али не и да је садржина исправе у реду. Такође,

⁶¹⁶ Члан 29. став 3. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

⁶¹⁷ Опширније: Трговчевић, Прокић, М, Станковић Г. – *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 210.

⁶¹⁸ О томе: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 26.

правну снагу јавне исправе има само клаузула о овери, а не и садржина исправе. Међутим, клаузула о овери потписа и учешће јавног бележника као стручњака у области права именованог од стране министра уговорним странама уливају поверење.⁶¹⁹

Код ове форме снагу јавне исправе има само клаузула о оверавању, односно легализациона клаузула, али не и текст исправе.⁶²⁰ Ово у пракси значи да ће се у случају спора само податак о томе ко су потписници исправе узети у обзир као неспоран и веродостојан и неће се доказивати, док се текст исправе сматра приватном исправом и са њим се поступа исто као са уговором који је сачињен у обичној писменој форми – суд га процењује поштујући начело слободне оцене доказа.

Поставља се питање да ли се уговор за који је предвиђена овера потписа као форма *ad solemnitatem* може закључити у строжој форми, форми солемнизације или јавнобележничког записа. Одговор на ово питање би требало да буде потврдан, с обзиром на то да солемнизација и форма јавнобележничког записа у себи, поред других елемената, садрже и све елементе потребне за испуњење форме овере потписа (утврђује се идентитет странака и потврђује се да су потписи на уговору њихови). Ова тема ће на другом месту бити детаљније обрађена.

3.6.2.1.1. Ток поступка овере потписа

Према одредби члана 5. став 1. важећег Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа, постоје два модалитета поступка овере потписа. Први је кад странка својеручно потписује исправу пред јавним бележником⁶²¹, а други је кад странка потпис који је већ раније ставила на исправу призна као свој. Без обзира на модалитет, остатак поступка тече исто у оба случаја, само се у клаузули о оверавању наводи који од ова два случаја је у питању.

⁶¹⁹ У пракси се често ова форма користи као уговорена форма за уговор о закупу, који је иначе Законом о облигационим односима дефинисан као консенсуалан. Када је закупцу потребно да, на пример, пријави пребивалиште, потребан му је уговор о закупу са овереним потписима.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ Оваква овера се назива и овером у ужем смислу. Види: *Idem*. стр. 178.

Утврђивање идентитета странака

Када се као форма *ad solemnitatem* за неки уговор захтева његова овера, поступак овере почиње утврђивањем идентитета странака. У Закону о оверавању потписа, рукописа и преписа предвиђа се да: „јавни бележник утврђује идентитет учесника увидом у његову личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом, а ако то није могуће, саслушањем два сведока идентитета“⁶²², као и то да ће се Јавнобележничким пословником ближе уредити поступак утврђивања идентитета. Приликом испитивања сведока идентитета, који мора бити пунолетан, јавни бележник му може поставити сва питања за која сматра да су неопходна како би се са прецизношћу утврдио идентитет и спречиле случајне грешке или злоупотребе. Оно о чему јавни бележник треба да води рачуна јесте да ли је сведок идентитета поуздано лице, у смислу да није раније осуђивано за давање лажне изјаве. Уколико има лична сазнања да ово јесте био случај, јавни бележник би требало да одбије да саслуша предложеног сведока идентитета.⁶²³

Упознавање са садржином исправе

По питању одговорности јавног бележника за садржину исправе која се оверава постоје различита схватања у теорији и различита решења у упоредном праву. По једном схватању, с обзиром на то да снагу јавне исправе има само клаузула о овери и да је накнада приликом овере знатно нижа од накнаде у случајевима када јавни бележник проверава и садржину исправе, јавни бележник не одговара за садржину јавне исправе (на овом становишту стоје правна правила аустријског правног система, швајцарских кантона, Хрватске, Црне Горе).⁶²⁴ Међутим, и правни системи који стоје на оваквом становишту одступају од оваквог решења у пракси, с обзиром на начело правичности и улогу јавног бележника.

Првобитна формулација из нашег Закона о јавном бележничтву о обиму одговорности јавног бележника готово је иста као формулација аустријског Закона о јавном бележничтву. Одредбом члана 93. ставови 3. и 4. било је предвиђено да јавни бележник

⁶²² Члан 8. став 1. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

⁶²³ Члан 41. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016...59/2022).

⁶²⁴ Види: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 184.

мора да се упозна са садржином исправе само онолико колико је неопходно за попуњавање података у уписнику о оверама, да није одговоран за садржину исправе и да није дужан да утврди да ли су испуњени сви захтеви да би исправа била пуноважна, док је одредбом члана 53. став 2. било предвиђено (за све радње које предузима јавни бележник) да је јавни бележник дужан да ускрати службену радњу ако је неспојива са службеном делатношћу и ако се тежи остварењу недопуштеног циља.⁶²⁵

Овакав став је ублажен доношењем Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа. Према одредбама овог Закона, након што је утврдио идентитет странака, јавни бележник је дужан да се упозна са садржином исправе која се оверава, само у оној мери која је неопходна за попуњавање уписника о оверама и потврдама и не одговара за садржину поднете исправе ни да ли је лице које је исправу потписало било и овлашћено да то уради.⁶²⁶ Међутим, у истом члану Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа предвиђено је да је јавни бележник дужан да одбије да овери исправу ако примети да очигледно постоји разлог за његово изузеће, да се исправа односи на правни посао који је забрањен и да се оверавањем потписа помаже у остваривању недозвољеног циља. Такође, уколико утврди да је за пуноважност исправе коју су странке предале ради овере потписа неопходна строжа форма, форма солемнизације или јавнобележничког записа, дужан је да одбије оверавање потписа.⁶²⁷ Термином „очигледно“ умањена је одговорност јавног бележника ако му нека од наведених околности услед којих је потребно да одбије оверавање потписа промакне. Такође, иако као разлог за одбијање овере у Закону о оверавању потписа, рукописа и преписа није наведена ситуација када је потребно искључење јавног бележника јер овера која се од њега захтева није у његовој надлежности, и ову ситуацију можемо навести као разлог за одбијање овере.

Из наведених решења Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа се види да, колико год начелно не постоји дужност јавног бележника да се приликом овере потписа бави садржином исправе, он има дужност да се са њом упозна, како би поступио у складу са пословником. Сазнања јавног бележника могу да потичу како из службених, тако и из

⁶²⁵ *Idem.* стр. 184.

⁶²⁶ Члан 11. став 1. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

⁶²⁷ Члан 11. став 3. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

приватних извора и могу да потичу од пре подношења потписа на оверу, а јавни бележник може и да их утврди површним прегледом приликом оверавања потписа.⁶²⁸

Стављање потписа на исправу

Након ограничене контроле садржине и форме поднете исправе, следи стављање потписа подносиоца исправе. Као што је већ поменуто, подносилац исправе може да предузме две радње: да потпише исправу у присуству јавног бележника, јавнобележничког сарадника, приправника или помоћника, или да у присуству неког од ових лица изјави да је потпис на исправи његов.

Захтев из Закона који потпис треба да испуни јесте да буде својеручан, чиме је искључена могућност потписивања исправе факсимилом.⁶²⁹

Приликом признавања раније стављеног потписа, јавни бележник није дужан да утврђује да ли је потпис заиста даваоца изјаве, али уколико утврди да је давалац изјаве неписмен или из здравствених разлога онемогућен да се потпише, дужан је да одбије оверу потписа.

Уколико странка није у стању да се потпише, ставља рукознак, а у случају да ни то није могуће, у присуству два сведока је потписује један од сведока, а она признаје потпис за свој. Ако лице чији се потпис оверава не зна службени језик, у поступку овере учествује и преводилац, који га упознаје са садржином исправе коју потписује.⁶³⁰ Уколико лице чији се потпис оверава није у стању да прочита исправу због слепоће, слабовидости или неписмености, исправа ће му бити прочитана у присуству јавног бележника, а уколико није у стању ни да прочита исправу, а ни да чује, са садржином исправе се упознаје преко судског тумача.⁶³¹ О свим овим радњама се наводе подаци у клаузули о овери потписа.

⁶²⁸ О томе: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 189.

⁶²⁹ Као што је речено у делу рада у коме је обрађен ток поступка закључења уговора за који се захтева обична писмена форма, код писмене форме је такође начелно забрањена употреба факсимила за потписивање уговора. Међутим, изузетак представља случај када је то уобичајено у пословним односима. Приликом овере потписа овај изузетак не важи.

⁶³⁰ Детаљније: Трговчевић, Прокић, М, Станковић Г. – *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 237.

⁶³¹ Члан 12. и 13. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18).

Стављање клаузуле о овери потписа

Јавни бележник ставља клаузулу о овери потписа на потписану исправу. Клаузула обавезно садржи све податке за идентификацију подносиоца (име, презиме, датум рођења, пребивалиште). Након ових података следи информација о томе које лице овлашћено за оверавање потписа је извршило оверу (јавни бележник или његов сарадник, помоћник, приправник), као и на који начин је утврђен идентитет подносиоца. Даље, клаузула садржи податке о томе на који начин је исправа састављена и у колико примерака. Ради правне сигурности, у клаузули се налази и одредба да јавни бележник не одговара за садржину исправе. Након навођења наплаћене тарифе, стоје подаци о јавном бележнику у чијој канцеларији је овера извршена, као и подаци о лицу које је извршило оверу потписа и на крају датум и време када је овера извршена.

Клаузула о овери потписа ставља се поред или испод потписа, може се ставити на полеђину исправе или на посебан лист који се повезује са исправом.⁶³²

Осим јавног бележника, послове овере потписа могу вршити и јавнобележнички помоћник, јавнобележнички сарадник или јавнобележнички приправник, што се такође наводи у клаузули. У клаузули се, у зависности од тога да ли је исправа потписана у присуству јавног бележника, наводи: „потврђује се да је (име и презиме, датум рођења, адреса пребивалишта) у присуству ... својеручно потписао/ла исправу“ или „потврђује се да је (име и презиме, датум рођења, адреса пребивалишта) у присуству ... потпис на овој исправи признао/ла за свој“.

3.6.2.2. Јавно потврђена исправа – солемнизација

Форма потврђивања исправе је форма закључења уговора предвиђена Законом о јавном бележништву, која, по питању строгости, представља средину између овере потписа којом се врши легализација и форме јавнобележничког записа, као најстроже форме за закључење уговора предвиђене српским позитивним правом.

⁶³² Члан 67. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016... 59/2022).

Уколико упоредимо форму јавно потврђене исправе са формом јавно оверене исправе, долазимо до закључка да се кључна разлика огледа у томе што се у првом случају оверава читава исправа, а у другом само потпис на њој. Улога јавног бележника у поступку солемнизације је много шира, с обзиром на то да он својом клаузулом потврђује не само да је странка потписала исправу у његовом присуству или да је већ раније стављен потпис признала као свој, што је случај са легализацијом, већ и то да текст исправе одражава вољу њеног потписника.⁶³³

Основна разлика између солемнизације и јавнобележничког записа огледа се у томе што текст исправе у првом случају састављају саме странке, адвокат или неко треће лице, док код јавнобележничког записа, на основу изјава странака, исправу саставља јавни бележник.

Практичне последице ових разлика у строгости форме јесу доказна вредност сачињених исправа. У случају легализације, снагу јавне исправе има само клаузула о овери, а у случају солемнизације и јавнобележничког записа цела приватна исправа добија снагу јавне исправе, са потписима као саставним делом.⁶³⁴ У овом погледу солемнизација и јавнобележнички запис имају исту доказну снагу.

3.6.2.2.1. Ток поступка солемнизације

Како би нека исправа била подобна за солемнизацију, потребно је да испуни неколико услова, који су дефинисани Законом о јавном бележништву и Јавнобележничким пословником.

Пре свега, потребно је да се ради о уговору за који није предвиђена форма јавнобележничког записа, као форма *ad solemnitatem*. Уколико је ово случај, а уговор буде закључен у форми солемнизације, биће ништав. Последица непоштовања прописане форме за закључење уговора иста је као и она која је предвиђена Законом о облигационим односима.

⁶³³ Види: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 229.

⁶³⁴ *Ibidem*.

Да би нотар пристао да овери једну исправу, потребно је да испуњава захтеве форме. Док за уговоре за чију пуноважност се захтева обична писмена форма не постоје посебни захтеви у погледу подлоге на којој ће бити записани, за јавнобележничке исправе, па и уговоре који се солемнизују, захтева се да буду одштампани на белом папиру формата А4, црним словима. Уколико није могуће због хитности предузимања неког посла удовољити захтеву да исправа буде одштампана, „текст се исписује црним или плавим мастилом на писаћој машини, хемијском оловком, пенкалом или наливпером“.⁶³⁵ Како би се спречиле злоупотребе у виду евентуалног дописивања садржаја, празна места у јавнобележничкој исправи попуњавају се цртама.⁶³⁶ Ово је још један разлог зашто овај поступак улива више сигурности уговорним странама него обична писмена форма.⁶³⁷

Да би јавни бележник пристао да овери исправу, потребно је да утврди да је она допуштена, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, као и да одражава праву вољу странака.⁶³⁸ Уколико утврди да ови услови нису испуњени, одбија да потврди исправу.⁶³⁹ У поступку солемнизације, јавни бележник је дужан да странкама разјасни чињеничну ситуацију и упозори их на конкретне правне последице уговора који се закључује.⁶⁴⁰

Поступак закључења уговора пред јавним бележником за који се захтева форма потврђене исправе састоји се из два стадијума: припремног и стадијума рекогниције (признавања).⁶⁴¹

Припремни стадијум

Припремни стадијум почиње идентификацијом странака. Приликом обраћања странака јавном бележнику у намери да се закључи уговор за који се захтева форма

⁶³⁵ Члан 20. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016... 59/2022).

⁶³⁶ Члан 28. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016... 59/2022).

⁶³⁷ За писмену форму важи правило да је уговорна страна обавезна да испуни само оно што се налази изнад њеног потписа на уговору, чиме није потпуно искључена могућност да се у текст уговора дода још нешто изнад потписа, као што је то случај са јавнобележничком исправом.

⁶³⁸ Види: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 233.

⁶³⁹ Члан 93ђ Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011... 94/2024).

⁶⁴⁰ О томе: Трговчевић, Прокић, М, Станковић, Г. *op. cit.* стр. 237.

⁶⁴¹ О томе: Тривуновић, Б. *op. cit.* стр. 301.

solemnizације, јавни бележник утврђује идентитет странке увидом у њену личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом, а ако то није могуће, саслушањем два сведока идентитета.⁶⁴² Ако је идентитет учесника утврђен на основу службеног документа, јавнобележничка исправа садржи напомену да је идентитет утврђен увидом у службени документ одређене врсте (лична карта, путна исправа и сл.), потпуне податке о издаваоцу службеног документа, датум издавања и серијски број службеног документа.⁶⁴³ Ако је идентитет учесника утврђен на основу саслушања сведока идентитета, јавнобележничка исправа садржи напомену да је идентитет учесника утврђен саслушањем сведока, име и презиме сведока, датум и место рођења, адресу пребивалишта и напомену о начину на који је утврђен његов идентитет.⁶⁴⁴ Како год идентитет био утврђен, јавнобележничка исправа мора да садржи напомену о начину на који је то извршено. Уколико странка не може да докаже свој идентитет ни на један од предвиђених начина, јавни бележник одбија да изврши службену радњу због које му се та странка обратила.⁶⁴⁵

Након што утврди идентитет странака, јавни бележник испитује да ли оне имају правну и пословну способност која је неопходна за закључење уговора који желе да закључе, као и то да ли су овлашћене да предузму тај посао. Правна способност се испитује за правна лица која се јављају као страна уговорница. Уколико странке имају заступника или пуномоћника, јавни бележник испитује и његову пословну способност и овлашћење за предузимање правног посла. Уколико утврди да странке, заступник или пуномоћник немају правну и пословну способност, јавни бележник ће одбити да потврди исправу и о томе ће донети решење.⁶⁴⁶ У овој фази јавни бележник испитује законитост и допуштеност правног посла.

Рекогниција

Приликом другог стадијума, стадијума рекогниције приватне исправе, јавни бележник је дужан да објасни странкама смисао правног посла и да им укаже на његове последице. У овој фази се исправа која садржи уговор странака и solemnизациону клаузулу

⁶⁴² Члан 34. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016... 59/2022).

⁶⁴³ Члан 44. став 1. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016... 59/2022).

⁶⁴⁴ Члан 44. став 2. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС бр. 62/2016... 59/2022).

⁶⁴⁵ Члан 45. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС, бр. 62/2016... 59/2022).

⁶⁴⁶ Члан 93д Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011... 94/2024).

чита странкама у присуству јавног бележника. Након тога се странке изјашњавају да ли су сагласне са прочитаном садржином и да ли она у потпуности одговара њиховој вољи.

Уколико странке изјаве да су сагласне са садржином прочитане исправе, приступа се њеном потписивању. Јавнобележничку исправу потписују прво странке и то испод текста исправе коју су донеле код јавног бележника или десно од последње речи у исправи.⁶⁴⁷ Законски заступник се потписује за странку, као и пуномоћник уколико је овлашћен да солемнизује уговор. Уколико су у поступку солемнизације учествовали и сведоци, тумачи, преводиоци, и они се потписују пре јавног бележника.⁶⁴⁸ Када је Законом о јавном бележништву предвиђено учешће овлашћених лица органа старатељства, и они потписују исправу.

Солемнизација је извршена стављањем клаузуле о потврђивању, која представља услов за пуноважност уговора. Стављањем солемнизационе клаузуле потврђује се да је странкама у њиховом присуству прочитана исправа, да су странке изјавиле да та исправа у свему и потпуно одговара њиховој вољи и да су је својеручно потписале.⁶⁴⁹

Јавни бележник ставља свој печат, штамбиљ и својеручни потпис испод солемнизационе клаузуле и извршењем овог чина исправа се сматра овереном.

3.6.2.3. Јавнобележнички запис

Јавнобележнички запис је тренутно најстрожа форма предвиђена за закључење уговора у српском праву. Као најстрожа, ово је форма која пружа највећу заштиту странама уговорницама, па се некада стране за њу опредељују и када није законом предвиђена као обавезна.

Законом о јавном бележништву је таксативно наведено у којим случајевима је форма јавнобележничког записа обавезна. У питању је уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица, споразум о законском издржавању, уговор о хипотеци и заложна изјава ако је по доспелости обавезе могуће непосредно спровести принудно

⁶⁴⁷ Види: Ђурђевић, Д. *оп. cit.* стр. 234.

⁶⁴⁸ Члан 25. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС, бр. 62/2016... 59/2022) и члан 68. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011... 94/2024).

⁶⁴⁹ Члан 93а Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011... 94/2024).

извршење, судско или вансудско.⁶⁵⁰ Форма јавнобележничког записа је неопходна и у случају измене наведених уговора.

Првобитно је Законом о јавном бележништву било предвиђено много више уговора за које се као форма *ad solemnitatem* захтевала форма јавнобележничког записа. То су били: „уговори о имовинским односима између супружника, уговори о имовинским односима између ванбрачних партнера, споразуми о деоби заједничке имовине супружника или ванбрачних партнера, споразуми о законском издржавању, у складу са законом, уговори о располагању непокретностима лица која су пословно неспособна, уговори о уступању и расподели имовине за живота, уговори о доживотном издржавању, обећање поклона и уговори о поклону за случај смрти и други правни послови и изјаве за које закон одређује да морају бити закључени у облику јавнобележничког записа, по законима и другим прописима који уређују њихово сачињавање“.⁶⁵¹

Овом верзијом закона таксативно су били наведени и уговори који се могу (а не морају) закључити у овој форми: уговори о располагању непокретностима, уговори о располагању покретним стварима или правима, изјаве и располагање имовином ради оснивања задужбине, односно фондације за живота или за случај смрти оснивача задужбине односно фондације и други правни послови и изјаве за које закон одређује да се могу закључити или дати у облику јавнобележничког записа.⁶⁵²

Изменом закона из 2013. године предвиђено је да се сви уговори о располагању непокретностима закључују у форми јавнобележничког записа, а не само уговори код којих се у улози продавца налази пословно неспособно лице, да би се изменом из 2014. године (након штрајка адвоката о коме ће касније бити речи) опет предвидело обавезно закључење уговора о располагању непокретностима у форми јавнобележничког записа само за лица која су пословно неспособна, а пословно способним лицима оставила могућност избора између форме јавнобележничког записа и форме оверавања нејавне исправе – солемнизације. Изменом из 2015. године брисан је члан 83, који је предвиђао у којим

⁶⁵⁰ Члан 82. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011... 94/2024).

⁶⁵¹ Члан 82. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011).

⁶⁵² Члан 83. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011).

случајевима се неки уговор може закључити у форми јавнобележничког записа, а у члану 82. предвиђени су случајеви када је ова форма обавезна. Ово решење је и данас актуелно.

Иако је форма јавнобележничког записа, као најстрожа форма, вероватно најпримеренија за закључење уговора о промету непокретности, што је случај и у страним правима, код нас је, након више измена, као идеално решење предвиђено оно у коме је солемнизација обавезна форма за закључење овог уговора.

3.6.2.3.1. Ток поступка састављања јавнобележничког записа

Неки аутори који се баве материјом јавнобележничког права критикују Закон о јавним бележницима у делу који се односи на поступак за састављање јавнобележничког записа јер није регулисан целовит систем ове јавнобележничке процедуре, већ су регулисани само неки њени фрагменти.⁶⁵³ Ови фрагменти се, поред Закона о јавним бележницима, могу наћи и у Јавнобележничком пословнику и у Закону о ванпарничном поступку. Ни наш Закон о јавним бележницима ни Јавнобележнички пословник нису садржали и ни даље не садрже одредбе које се односе на начин упознавања са садржином исправе, што не би смело да нас доведе до закључка да је овај део поступка могуће прескочити.⁶⁵⁴ Изменама Закона о ванпарничном поступку 2014. године прописан је поступак упознавања странака са садржином исправе коју је саставио јавни бележник.⁶⁵⁵

Утврђивање идентитета странака

Из садржаја јавнобележничког записа видимо да је и приликом састављања оваквог записа први корак утврђивање идентитета странака. И у овом поступку, осим јавног бележника и странака, могу да учествују и споредни субјекти: сведоци, преводиоци и тумачи. Како су начини утврђивања идентитета прописани у делу Јавнобележничког пословника који садржи правила за све јавнобележничке исправе, и у овом случају важе исти начини који су већ описани у делу рада који се односи на јавнобележнички оверене

⁶⁵³ Више о томе уместо свих: Ђурђевић, Д. — Признање нотарског записа, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, Београд, 2012, стр. 171.

⁶⁵⁴ *Idem.* стр. 172.

⁶⁵⁵ Члан 173. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12, 45/13 – др. закон, 55/14, 6/15, 106/15 – др. закон и 14/2022).

(легализоване) исправе и јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Наш правни систем спада у систем везаног утврђивања идентитета⁶⁵⁶ јер је Јавнобележничким пословником таксативно наведено на које начине јавни бележник може да утврди идентитет странака.⁶⁵⁷ Предвиђени начини су увид у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом, а уколико то није могуће, саслушањем два сведока идентитета.⁶⁵⁸ Одредбом члана 45. Јавнобележничког пословника утврђено је да уколико јавни бележник не може да утврди идентитет, одбија да предузме тражену радњу.⁶⁵⁹

Како је утврђивање идентитета странака део форме *ad solemnitatem*, поставља се питање која је последица пропуста јавног бележника да утврди идентитет странака на предвиђен начин. Проф. др Дејан Ђурђевић истиче да санкција за пропуст зависи од тога какве последице је он изазвао. Уколико је последица пропуста да се утврди идентитет уговор закључен од стране другог лица а не оног које је означено у јавној исправи као странка, такав уговор је апсолутно ништав јер му недостаје воља једне уговорне стране која је у исправи означена.⁶⁶⁰ Уколико је последица пропуста само неиспуњење формалности предвиђених законом (странка није показала службени документ или сведоци идентитета нису потврдили идентитет странке), с обзиром на то да су стране уговорнице заиста оне које су и означене у исправи и да постоји њихова воља за закључење уговора за који је предвиђена форма јавнобележничког записа, решења се разликују у различитим правним системима.⁶⁶¹ Наш правни систем оваквој исправи не даје правну снагу јавне исправе.

⁶⁵⁶ Више о систему слободног и везаног утврђивања идентитета у упоредном праву види код: Ђурђевић, Д. – *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд, 2014, стр. 135–136.

⁶⁵⁷ Закон о нотарима Црне Горе је, приликом закључења уговора о промету непокретности у форми нотарског записа, био врло рестриктиван по питању утврђивања идентитета странака. Овим законом није дозвољено да се идентитет странака утврђује изјавама два сведока, како је то предвиђено у нашем праву. Уколико лице није у могућности да свој идентитет докаже обезбеђивањем увида у документ издат од стране надлежног државног органа на основу којег се идентитет може утврдити на несумњив начин (лична карта, пасош, дипломатски пасош, путни лист, војна књижица, возачка дозвола или друга исправа са фотографијом коју је издао државни орган на основу које се може са сигурношћу утврдити идентитет одређеног физичког лица), не може да закључи уговор о промету непокретности. Види: Кораћ, В. – Обавезе нотара при сачињавању уговора о купопродаји непокретности, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 11/2013, Београд, 2013, стр. 734. Црногорско право придаје велики значај идентификацији странака, што повећава правну сигурност.

⁶⁵⁸ Члан 34. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС, бр. 62/2016, 66/17, 48/18, 54/18, 151/20 и 59/22).

⁶⁵⁹ Члан 45. Јавнобележничког пословника (Сл. гласник РС, бр. 62/2016, 66/17, 48/18, 54/18, 151/20 и 59/22).

⁶⁶⁰ Опширније: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 143.

⁶⁶¹ Аустријско право оваквом уговору даје правну снагу, али нема снагу јавне, већ приватне исправе, немачко право такође, с тим што овакав уговор има снагу јавне исправе, коју могу да оспоравају због неправилности у поступку утврђења идентитета. Види: *Idem.* стр. 145.

Разлог томе налазимо у члану 7. став 1. Закона о јавном бележничтву, који прописује да снагу јавне исправе има исправа приликом чијег састављања и издавања су испуњени битни услови форме.⁶⁶² Како то није случај уколико идентитет странака није утврђен на прописан начин, оваква исправа нема снагу јавне исправе.⁶⁶³ Према одредби става 2. члана 936 Закона о јавном бележничтву РС, у коме се наводи обавезна садржина солемнизационе клаузуле, начин на који је утврђен идентитет странака не представља састојак који је неопходан да би исправа имала својство и правно дејство јавне исправе.

Приликом утврђивања идентитета, јавни бележник утврђује и пословну способност странке.⁶⁶⁴ Уколико утврди да странка није пословно способна, одбиће да састави исправу.

Признавање (рекогниција) јавнобележничког записа

Фаза поступка састављања јавнобележничког записа која је од суштинског значаја за овај поступак јесте фаза рекогниције, односно признавања јавнобележничког записа. Са фазом рекогниције смо се сусрели и код солемнизације, али је њен садржај био другачији, с обзиром на другачију улогу јавног бележника. Док је код солемнизације у фази рекогниције јавни бележник имао дужност да странкама само објасни смисао правног посла и укаже на његове последице, код јавнобележничког записа је његова улога значајно активнија.

С обзиром на то да исправу у овом поступку саставља јавни бележник, у фази рекогниције он упознаје странке са садржином састављене исправе. Пре састављања исправе странке упознају јавног бележника са садржином правног посла који желе да закључе и дају му елементе за сачињавање исправе. Упутства јавном бележнику могу да се дају на било који начин – усмено, писмено или електронским путем.⁶⁶⁵ У пракси различитих правних система прописани су различити начини за упознавање странака са садржином

⁶⁶² Члан 7. став 1. Закона о јавном бележничтву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011... 94/2024).

⁶⁶³ Према црногорском нотарском праву, уколико у писмену није наведено на који начин је утврђен идентитет странака, исправа не производи правно дејство. О томе: Кораћ, В. *op. cit.* стр 735. Ово је још један доказ колико нотарско право Црне Горе даје на значају идентификацији странака.

⁶⁶⁴ Члан 167. став 1. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон... 14/2022)

⁶⁶⁵ Члан 171. став 1. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 - др. закон... 14/2022).

исправе. Јавни бележник може да прочита странкама садржај исправе, да странкама да исправу да је оне саме прочитају, или да остави странкама да саме изаберу како желе да се упознају са садржином нотарске исправе.⁶⁶⁶

У нашем Закону о ванпарничном поступку, који уређује састављање исправа пред јавним бележником, прихваћено је становиште по коме исправа мора да буде прочитана учеснику у присуству јавног бележника.⁶⁶⁷ Дакле, исправу не мора да прочита јавни бележник, али мора да буде присутан приликом њеног читања. Уколико је у овој фази признавања исправе направљен пропуст, па странкама није прочитана исправа у складу са законом, сматра се да је повређен један од елемената форме *ad solemnitatem*. Као и у свим случајевима до сада, почев од римског права, последица непоштовања битне форме је ништавост, у овом случају ништавост јавнобележничког записа.⁶⁶⁸

Када странка чује садржину исправе, може да се изјасни да се слаже са њом или да она не одговара њеној правој вољи и да је потребно кориговати је. У складу са начелом консенсуалности, воља странака и овде игра главну улогу. Закон о ванпарничном поступку прописује да јавни бележник треба вољу странака да пренесе у исправу „верно, по могућству његовим речима, пазећи притом да воља учесника буде јасно изражена“.⁶⁶⁹

Када се исправа тако формулише да одражава праву вољу странака, оне усмено изјављују да је њихова воља у свему верно унета и потписују се.⁶⁷⁰ Странке у овој фази контролишу садржину исправе коју је по њиховим упутствима саставио јавни бележник и реагују уколико се не слажу са садржином састављене исправе. Уколико се у овој фази поступка сложе са садржином исправе, не могу више да нападају њену садржину пред

⁶⁶⁶ О различитим начинима упознавања странке са садржином исправе говори Ђурђевић у раду Признање нотарског записа, стр. 163, па тако наводи да су аустријско и немачко право прихватили систем у коме јавни бележник упознаје странку са садржином исправе, али се не захтева изричито да он прочита исправу странци, иако се захтева његово присуство.

⁶⁶⁷ Чл. 173. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон... 14/2022).

⁶⁶⁸ Види: Ђурђевић, Д. *op.cit.* стр. 153.

⁶⁶⁹ Члан 171. став 2. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон... 14/2022).

⁶⁷⁰ Члан 173. став 2. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон... 14/2022).

судом. Стављање потписа заправо чини признавање, односно рекогницију сачињене исправе и мора да буде својеручно.

Уколико странка има чулне недостатке, неписмена је или не познаје језик на коме се саставља јавнобележнички запис, спроводи се ванредни поступак рекогниције. У случају када странка не може да чује, она сама чита изворник јавнобележничког записа, а у поступку учествује и један позвани сведок, док у случају када странка не може да говори, потврђује да је сагласна са текстом исправе климањем главом или другом конклюдентном радњом.⁶⁷¹ Ако странка није у стању да чита или пише, у поступку учествују и два позвана сведока, пред којима јој се исправа чита, у присуству јавног бележника.⁶⁷² Уколико из било ког разлога странка није у стању да прочита исправу, ни да чује садржину исправе коју јој неки други чита, нити да је сама прочита, јавни бележник је упознаје са садржином исправе уз помоћ тумача у присуству два позвана сведока који су у стању да се споразумеју са странком.⁶⁷³

Ако странка не зна службени језик јавног бележника, јавнобележнички запис јој се чита пред јавним бележником, преко судског преводиоца, у присуству два сведока који знају и службени језик који користи јавни бележник и језик који користи странка.⁶⁷⁴

Сви поступци који се предузимају у фази рекогниције, односно признавања: упознавање странака са садржином исправе, одобравање садржине од стране странака и потписивање, морају да буду предузети један за другим, без прекида, што представља принцип јединства рекогниције (*unitas actus*).

Поступак закључења уговора у форми јавнобележничког записа је најсигурнији за странке, али подразумева и строго спроведене формалности. Као што је раније речено, свако непоштовање прописаних формалности доводи до ништавости уговора. Чин читања

⁶⁷¹ Немачко јавнобележничко право предвиђа готово исту процедуру закључења јавнобележничког записа, с обзиром на то да се поступак рекогниције такође састоји у читању исправе уговорним странама у присуству јавног бележника, потврђивању да садржина уговора одговара вољи уговорних страна и потписивању састављене исправе. Детаљније о ванредним поступцима рекогниције, као и решењима у упоредним законодавствима, види: Ђурђевић, Д. *op. cit.* стр. 161.

⁶⁷² Члан 176. ст. 1. Закона о ванпарничном поступку (С. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др. закон и 14/2022).

⁶⁷³ Члан 178. став 1. Закона о ванпарничном поступку.

⁶⁷⁴ Члан 177. став 1. Закона о ванпарничном поступку.

исправе од стране јавног бележника странкама може бити протумачен као ренесанса строгих форми. С обзиром на то да је обавезан и изузетно значајан део поступка читање исправе, можемо говорити и о ренесанси вербалне форме, која је била једна од најстаријих форми у римском праву. Томе колико је значајан део поступка читање исправе иде у прилог и чињеница да ће, уколико је овај стадијум у поступку прескочен, уговор бити ништав.

3.6.2.4. Развојни пут форме *ad solemnitatem* на примеру промета непокретности

Уговор о промету непокретности је у савременом праву један од облигационих уговора за који се захтева форма *ad solemnitatem*.

Према важећем Закону о промету непокретности, непокретношћу се сматра земљиште (пољопривредно, грађевинско, шуме и шумско земљиште), зграде (пословне, стамбене, стамбено-пословне, економске и др.) и други грађевински објекти, као и посебни делови зграда (станови, пословне просторије, гараже и гаражна места) на којима може постојати засебно право својине (у даљем тексту: непокретности).⁶⁷⁵

Од најранијих дана, у римском праву су за пренос ствари које су сматране за *res mancipi* важила посебна правила, с обзиром на значај тих добара за живот како појединца, тако и читаве заједнице. У ову категорију ствари је, између осталог, спадало и земљиште и зграде. И у савременом праву су уговори који за предмет имају пренос непокретности, због велике економске вредности и интереса државе да има увид у њихов промет, подвргнути специјалном режиму.

Такође, питање прописивања форме за склапање правних послова који за предмет имају непокретност због свог значаја било је предмет расправе представника различитих правничких занимања. Ово нас је нагнало да се у раду посебно позабавимо формом уговора о промету непокретности и да кроз посматрање развоја формалности које су захтеване за његово закључење пратимо тенденције форме у српском уговорном праву. Следи анализа правила која се односе на уговор о промету непокретности од Српског грађанског законика до тренутних законских решења.

⁶⁷⁵ Члан 1. став 2. Закона о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015).

3.6.2.4.1. Промет непокретности за време важења Српског грађанског законика

Као што је раније у раду наведено, Српски грађански законик није предвиђао посебна правила када је у питању форма за закључење уговора за промет непокретности. У делу који се односи на све уговоре („О уговорима уопште“) наилазимо на правило да „уговор једанпут закључен има једнаку силу и важност, био усмено или писмено, био пред судом или ван суда, пред сведоцима или без њих учињен“.⁶⁷⁶ Дакле, закључење било ког уговора, било да је предмет покретна ствар или непокретност, није било условљено неком посебном формом. Сви уговори су могли да буду закључени било усмено или писмено, пред судом или не, и то је зависило само од воље страна уговорница. У истом делу се даље наводи: „Но ако се уговарајућа лица нарочито на писмени уговор сложе, онда се само са потписом као закључен сматра“.⁶⁷⁷ Дакле, уколико стране уговоре писмену форму, онда морају и да је испоштују приликом закључења уговора. Уколико су обе стране испуниле уговор који није закључен у уговореној форми, постоји могућност конвалидације.

Међутим, правилима која регулишу грађански судски поступак било је прописано да за тражбине чија вредност прелази 200 динара не могу да се користе сведоци као доказно средство, као и то да облигација (израз облигација је употребљен у значењу једностране обавезе) може да се користи као доказно средство пред судом само ако је дужник својеручно напише и потпише или ако то није учинио, ако је потврђена судском или полицијском влашћу.⁶⁷⁸ На овај начин се посредно прописује потреба за закључивањем уговора у одређеној форми, како би у случају спора њихово постојање могло да се докаже. Ова форма није форма *ad solemnitatem*, већ форма *ad probationem*.

„Обавеза закључења уговора о промету непокретности у писменој форми није била прописана правним правилима Српског грађанског законика, која су се у тој области

⁶⁷⁶ Члан 540. Српског грађанског законика.

⁶⁷⁷ Члан 540. Српског грађанског законика.

⁶⁷⁸ Наведено према: Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр. 101.

примењивала до 1.7.1954. године, као дана ступања на снагу Закона о промету земљишта и зграда (Сл. лист ФНРЈ бр. 26/54)“, наводи се у пресуди Апелационог суда у Београду.⁶⁷⁹

3.6.2.4.2. Промет непокретности након престанка важења Српског грађанског законика

Закон о промету земљишта и зграда из 1954. године је преузео регулисање ове области од Српског грађанског законика и за форму закључења уговора о промету земљишта и зграда предвидео другачије решење. Промет земљишта и зграда на којима постоји право својине слободан је између грађана, између грађанских правних лица и између једних и других.⁶⁸⁰ Уговор на основу кога се преноси право коришћења или право својине на земљишту или згради мора бити у писменој форми, а уколико није закључен у писменом облику не производи никакво правно дејство.⁶⁸¹ Према овом закону за закључење свих врста уговора којима се отуђује непокретност потребна је писмена форма као форма *ad solemnitatem*, било да је у питању теретно или доброчино располагање. Овим законом је у српско позитивно право уведена писмена форма за промет непокретности. Форма закључења уговора о промету непокретности је додатно пооштрена тиме што су судови и државни органи по службеној дужности пазили на разлоге за ништавост уговора.

Чланом 10. Закона о промету непокретности из 1974. године било је предвиђено да се уговори на основу којих се преноси право коришћења или својине на непокретностима закључују у писменој форми, уз оверу потписа код суда.⁶⁸² У овом закону се први пут јавља овера као додатни услов пуноважности уговора, поред писмене форме.

Закон о облигационим односима не регулише начин закључења уговора који за предмет имају промет непокретности. У одредби члана 455. овог закона само се наводи да

⁶⁷⁹ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 2977/2015 од 16.7.2015. године. У образложењу ове пресуде се наводи: „На овако правилно и потпуно утврђено чињенично стање, првостепени суд није правилно применио материјално право доносећи побијану пресуду...“ Чињеница да овај уговор није закључен у писменој форми такође не води ништавости уговора, јер је обавеза закључења уговора о преносу права коришћења и права својине на земљишту или згради у писменој форми прописана чланом 9. Закона о промету земљишта и зграда (Сл. лист ФНРЈ, бр.26/54, који је ступио на снагу 01.07.1954. године). До тада се примењивао Српски грађански законик, као правно правило којим није била прописана обавеза закључења писменог уговора приликом продаје непокретности.

⁶⁸⁰ Члан 5. Закона о промету земљишта и зграда из 1954. године (Службени лист ФНРЈ, бр. 26/54).

⁶⁸¹ Члан 9. Закона о промету земљишта и зграда из 1954. године (Службени лист ФНРЈ, бр. 26/54).

⁶⁸² Члан 10. Закона о промету непокретности (Сл. гласник СРС, бр. 15/74 и 14/77).

уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у форми прописаној посебним законом који уређује промет непокретности, под претњом ништавости. Дакле, Закон о облигационим односима као *lex generalis* оставља *lex specialis*-у да регулише ову област. Раније решење које је предвиђао Закон о облигационим односима, пре измена извршених 2020. године којима је Закон о облигационим односима усаглашен са законима којима се уређује јавнобележничка делатност и промет непокретности, прописивало је писмену форму као обавезну форму закључења уговора о промету непокретности.

Форма за пуноважно закључење уговора о промету непокретности била је пооштрена и Законом о промету непокретности из 1981. године. Овим законом је било предвиђено да се уговор о преносу права на непокретности закључује у писменом облику, а потписи уговарача оверавају од стране суда. Била је остављена могућност да суд може признати правно дејство уговора о преносу права на непокретности између носилаца права својине уколико промет није забрањен, ако је уговор закључен у писменом облику, али на коме потписи уговарача нису били оверени код суда, под условом да је уговор био испуњен у целини или претежним делом, да је непокретност стечена у границама закона, да је плаћен порез на промет, да није повређено право прече куповине и да није повређен други друштвени интерес.⁶⁸³ Дакле, уколико су ови услови били кумулативно испуњени, уговор о преносу права својине на непокретности је производио правно дејство, односно био је конвалидиран.

Према Закону о промету непокретности из 1998. године, форма која се захтевала за пуноважно закључење уговора о промету непокретности била је такође писмена форма, са потписима овереним код суда. Санкција за непоштовање форме била је иста као и она предвиђена важећим законом – уговор који није закључен на предвиђен начин – не производи правно дејство. Међутим, за разлику од тренутно важећег закона, у Закону о промету непокретности из 1998. године била је предвиђена могућност конвалидације уговора о промету непокретности приликом чијег закључења није испоштована предвиђена форма. Конвалидацију је могао да изврши суд, када је уговор био закључен у писменој форми, али потписи нису били оверени у суду, ако је уговор био испуњен у потпуности или

⁶⁸³ Члан 4. Закона о промету непокретности (Сл. гласник СРС, бр. 43/81, 24/85 – др. закон, 28/87, 6/89 – др. закон, 30/89 – др. закон и 40/89, Сл. лист СФРЈ, бр. 55/90 – одлука УСЈ и Сл. гласник РС, бр. 53/93 – др. закон, 67/93 – др. закон, 48/94 – др. закон и 53/95 – др. закон).

у претежном делу и ако није било повређено право прече куповине, нити неки принудни пропис.⁶⁸⁴

Улога суда се огледала и у заштити од злоупотребе, с обзиром на то да је службено лице које оверава потписе одбијало оверу потписа на уговору о промету непокретности уколико је увидом у посебну евиденцију утврдило да су у суду већ били оверени потписи на уговору о промету исте непокретности, а продавац је исто лице.

Оно што је у погледу форме закључења остало исто као у претходном Закону о промету непокретности јесте дужност суда на чијој се територији налази непокретност да води евиденцију о уговорима о промету непокретности, како би се спречила вишеструка продаја и други видови злоупотребе.

Чланом 17. Закона о промету непокретности из 1998. године било је предвиђено да је суд који врши оверу уговора о промету непокретности дужан да податке о уговору достави јавном правобраниоцу. Ова одредба указује на значај ових уговора, с обзиром на то да се ради о великој вредности предмета уговора и о значајним добрима. Јасна је и намера државе да буде информисана и да врши контролу над закључивањем уговора који за предмет имају промет непокретности. Поред овог, постојали су и други правно-политички мотиви. Преносило се и право коришћења непокретности у друштвеној својини када је нпр. продавана зграда.

3.6.2.4.3. Важећи прописи за регулисање промета непокретности

Према Закону о јавном бележништву, уговор о промету непокретности се закључује у облику јавнобележнички потврђене, односно солемнизоване исправе. Солемнизација се врши стављањем клаузуле о потврђивању, која представља услов за пуноважност уговора о промету непокретности. Стављањем солемнизационе клаузуле потврђује се да је странкама у њиховом присуству прочитана исправа, да су странке изјавиле да та исправа у свему и потпуно одговара њиховој вољи и да су је својеручно потписале.⁶⁸⁵ Међутим, ово правило

⁶⁸⁴ Члан 4. Закона о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 42/98 и 111/09).

⁶⁸⁵ Члан 93а Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/2015 и 94/2024).

није у овом облику било формулисано у првој верзији Закона о јавном бележништву из 2011. године, пре измена.

Када је Закон о јавном бележништву донет, одредбом члана 82. су предвиђени правни послови за које је обавезна форма јавнобележничког записа. Одредбом члана 83. Закона о јавном бележништву предвиђени су правни послови који могу имати форму јавнобележничког записа, поред других форми предвиђених законом. Један од оних уговора који могу имати форму јавнобележничког записа био је уговор о располагању непокретностима, а „други облик предвиђен законом“ била је писмена форма са овереним потписима од стране суда, која је коришћена до ступања на снагу Закона о јавном бележништву. Према решењу из одредбе члана 82. став 2. и одредбе члана 83. став 2, нотаријална форма је имала претежно конкурентски карактер у односу на судску форму⁶⁸⁶, што се види из формулације према којој „правни послови и изјаве који су сачињени у облику јавнобележничког записа имају исту доказну снагу као да су сачињени у суду или пред другим државним органом, односно оверени од стране суда или органа управе“.⁶⁸⁷

Одредба која се тиче располагања непокретностима нашла се и у делу прелазних одредби, у члану 181, према коме је, након истека периода од две године од ступања на снагу овог Закона, требало да наступи искључива надлежност јавних бележника за закључење уговора о промету непокретности. Осим форме јавнобележничког записа, према овом члану, уговори о располагању непокретностима су се могли закључити и у писменој форми овереној (солемнизованој) од стране јавног бележника. Иако изузетно значајна, ова одредба је смештена у део прелазних одредби и на посредан начин је предвиђено увођење искључиве форме јавнобележничког записа или солемнизација, што указује на дилеме законодавца, који је настојао да прикрије овакво опредељење.⁶⁸⁸

Првом изменом закона из 2012. године одложен је почетак примене Закона за шест месеци, а наредном изменом из 2013. године за још годину и по дана. Другом изменом је дошло и до значајнијих промена у погледу форме за закључење уговора о располагању непокретностима. Из одредбе члана 82. која регулише случајеве када је за пуноважност

⁶⁸⁶ Опширније: Салма, Ј. – Нотаријално облигационо право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2012, стр. 91.

⁶⁸⁷ Члан 82. став 2. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11).

⁶⁸⁸ Види: Živković, M, Živković, V. *op. cit.* стр. 440.

уговора потребна форма јавнобележничког записа обрисан је део тачке која се односила на располагање непокретностима пословно неспособних лица.

Након ових измена, форма јавнобележничког записа се односила на све уговоре о располагању непокретностима. Није било од значаја да ли лице које располаже непокретношћу има пословну способност. Овим изменама је обрисан и члан 181, чија одредба је предвиђала конкурентску форму јавнобележничког записа и солемнизације, чиме је изражена јасна воља законодавца да јавнобележнички запис буде једина форма за закључење уговора о располагању непокретностима, а што је ову област у потпуности ставило под надлежност јавних бележника. Мотив за овакво законско решење било је обезбеђење материјалне основе рада јавних бележника, али и повећање правне сигурности.⁶⁸⁹ Међутим, овакво решење наишло је на неодобравање адвоката, који су се сматрали угроженима.

После вишемесечног штрајка адвоката, дошло се до компромиса, који је изражен у новој измени закона. Године 2014. у члан 82, у тачку која се односи на располагање непокретностима, враћена је синтагма „лица која су пословно неспособна“, чиме се законодавац вратио на првобитно решење, по коме је обавезна форма јавнобележничког записа предвиђена само за пословно неспособна лица.

Формулација обрисаног члана 181. сада је враћена и то у члан 83, који регулише случајеве када се уговори могу (а не морају) закључити у форми јавнобележничког записа. Законодавац враћа странкама могућност избора форме за закључење уговора или других правних послова којима се располаже непокретностима пословно способних лица и опет, поред јавнобележничког записа, предвиђа и солемнизацију. У пракси је ово значило да странке могу да бирају да ли ће њихов уговор сачинити јавни бележник, према њиховим упутствима, или саме стране уговорнице или неко друго лице – агент за некретнине, адвокат. У овој верзији, у поступку солемнизације јавни бележник је био овлашћен да утврди да ли исправа садржи све елементе прописане Законом и да ли је састављена у форми која је прописана за јавнобележнички запис.⁶⁹⁰ Јавни бележник не оверава исправу ако је

⁶⁸⁹ *Idem.* стр. 441.

⁶⁹⁰ Члан 93. став 3. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14).

садржина исправе недопуштена по закону, ако сумња да је њена садржина привидна, да се предузима ради избегавања законских обавеза или противправног оштећења трећег лица, као и ако је страна у правном послу из исправе лице за које зна или је дужан знати да због малолетства или другог законског разлога не може пуноважно закључивати правне послове, изузев ако у поступку овере учествује законски заступник тог лица и ако постоје све остале потребне сагласности.⁶⁹¹ Ове одредбе могу одредити странке да радије повере јавном бележнику и састављање исправе, како би биле сигурне да ће исправа и по садржини и по форми одговарати свим захтевима.

Изменама из 2015. године законодавац је опет извршио промене у члану 82, али је у делу који се тиче промета непокретности остало на снази правило по коме се уговор о располагању непокретностима који закључује пословно неспособно лице мора закључити у форми јавнобележничког записа.

Одредбом члана 93. био је регулисан поступак оверавања нејавне исправе, односно солемнизација, а сада је овај члан измењен у смислу да су изричито предвиђени случајеви када ће се као обавезна форма захтевати солемнизација. Између осталог, наведено је закључење уговора о промету непокретности. На овај начин се, 2015. године, дошло до решења које је било прихватљиво за све учеснике поступка закључења уговора о промету непокретности, а са друге стране је обезбеђивало несметан уплив државе у овој области.

Овом изменом је првобитни члан 83, који је предвиђао који правни послови могу имати облик јавнобележничког записа и где се првобитно налазио уговор о располагању непокретностима, избрисан, тако да је укинута категорија уговора за које је могуће, али не и обавезно да буду закључени у форми јавнобележничког записа, што се може тумачити као да је избрисана и могућност да се за закључење уговора којима се располаже непокретношћу употребљава форма јавнобележничког записа.

Како је по последњем решењу за закључење уговора о промету непокретности довољна форма солемнизоване исправе, поставља се питање да ли странке, уколико то желе, могу да закључе овај уговор у форми јавнобележничког записа. Уколико узмемо у обзир примену начела слободе уговарања и одредбу члана 69. Закона о облигационим односима,

⁶⁹¹ Члан 93. став 4. Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14).

према коме се странкама оставља могућност да се споразумеју да посебна форма буде услов пуноважности уговора, намеће се закључак да странке приликом закључења уговора могу да се одреде и за строжу форму од оне која се законом захтева и да је могуће тако поступити и када је у питању формални уговор – уговор о промету непокретности. Применом овог члана долазимо до могућности да се за промет непокретности примени форма јавнобележничког записа, иако то није изричито предвиђено важећом верзијом Закона о јавном бележништву. Према проф. др Слободану Перовићу, уговорна форма се може предвидети за уговоре који су по закону неформални, а могуће је и за уговоре који су по закону формални предвидети строжу форму од захтеване.⁶⁹² Како Законом о јавном бележништву и Законом о промету непокретности, који представљају *lex specialis* у случају промета непокретности, није ништа прописано о овом питању, сматрамо да би требало применити као *lex generalis* Закон о облигационим односима, који подразумева аутономију воља уговорних страна приликом закључења уговора.

Међутим, овакво гледиште је наилазило на критике дела стручне јавности, а Адвокатска комора Србије је на становишту да јавни бележници немају право да закључују, између осталих, и уговоре о промету непокретности у форми јавнобележничког записа: „Јавни бележници немају право да у облику јавнобележничког записа састављају уговоре о промету непокретности, наследно-правне и породично-правне уговоре... Уговори о промету непокретности, наследно-правни и породично-правни уговори не могу да се закључују у облику јавнобележничког записа, јер се аутономија воље уговарача примењује само ако закон за тај правни однос изричито не прописује нешто друго. У конкретном случају закон изричито прописује нешто друго – да се ови уговори морају закључивати у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.“⁶⁹³ Према овом ставу, законодавац није прописао минимум форме, него је изричито прописао форму која не само да је неопходна за закључење уговора већ је и једина могућа, док по другом становишту, с обзиром на то да форма јавнобележничког записа обухвата све елементе солемнизације, нема разлога да уговори за које је предвиђена не буду пуноважни и ако се закључе у строжој

⁶⁹² Види: Перовић, С, Стојановић, Д, Царић, С. *op. cit.* стр. 283.

⁶⁹³ Став Адвокатске коморе Србије, Правни инструктор 86/2015, ParagraphLex.

форми, форми јавнобележничког записа, уколико не вређају јавни поредак и императивна правила.⁶⁹⁴

Ако применимо аналогију са писменом формом и формом потврде нејавне исправе приликом чега она постаје јавна исправа, односно солемнизацијом, где се и не поставља питање да ли је дозвољено да за уговоре за које се предвиђа писмена форма стране уговорнице могу да уговоре закључење у строжој форми – форми солемнизоване исправе, јасно је да нема препрека ни за уговарање форме јавнобележничког записа, када је законом као обавезна предвиђена солемнизација као услов пуноважности уговора. Сви услови који су потребни за солемнизацију су испуњени, само је улога јавног бележника још шира јер је и састављач исправе.

С обзиром на то да уговор који треба да буде солемнизован у поступку потврђивања исправе може саставити било које лице, без обзира да ли поседује икакво правничко знање и образовање, сматрамо да је и јавни бележник довољно квалификован да може да састави уговор о промету непокретности, на који ће касније ставити солемнизациону клаузулу. Уколико се осврнемо на дужности јавног бележника из одредбе члана 53. Закона о јавном бележничтву, по којима јавни бележник не сме да ускрати предузимање радњи за које је овлашћен, сматрамо да не може да одбије ни закључење уговора о промету непокретности у форми јавнобележничког записа.⁶⁹⁵

Ако се узме у обзир да је мотив законодавца за прописивање форме *ad solemnitatem* за закључење уговора о промету непокретности почев од Закона о промету земљишта и зграда из 1954. године до важећег закона била заштита приватних интереса странака, али пре свега постизање правне сигурности, публицитета, као и остварење јавних интереса (посебно у периоду важења друштвене својине и због права прече куповине да би се повећао фонд друштвене својине с обзиром на то да су титулари права прече куповине били држава и општина у том периоду), закључивање уговора о промету непокретности у форми јавнобележничког записа не би шкодило, већ би само доприносило остварењу ових циљева.

Као што је раније у раду речено, разлика између првобитно предвиђене форме за закључење уговора који за предмет има неку непокретност и форме која је сада предвиђена

⁶⁹⁴ О томе: Караникић Мирић, М. *op. cit.* стр. 319.

⁶⁹⁵ Члан 53. Закона о јавном бележничтву (Сл. гласник РС, бр. 31/11... 94/24).

огледа се у томе што у првом случају уговор о промету непокретности сачињава јавни бележник, док у другом случају уговор могу сачинити саме стране, агент за некретнине, адвокат... Измена закона у смислу ублажавања форме са јавнобележничког записа на јавнобележничку исправу настала је као последица штрајка адвоката због настојања да сачувају изворе прихода. Занимљиво је да се исто догодило и након доношења Закона о јавним бележницима Краљевине Југославије, када су адвокати такође сматрали да овлашћења јавних бележника угрожавају њихов положај.⁶⁹⁶ Ово је добар показатељ како друштвене околности и битни друштвени фактори кроје право, што је била и једна од полазних хипотеза овог рада.

3.6.2.4.4. Тренутно важеће решење у Закону о промету непокретности

Развој форме за закључење уговора о промету непокретности у важећем Закону о промету непокретности, донетом 2014. године, пратио је промене Закона о јавном бележништву. Како је измењен поступак закључења ових уговора увођењем професије јавних бележника и нове форме за њихово закључење, неминовно је било и доношење новог закона који је регулисао промет непокретности. Прва верзија закона, која је усвојена 2014. године, пратећи решење из Закона о јавном бележништву, у члану 4. предвиђала је да се уговор о промету непокретности закључује у форми јавнобележничког записа, за чије закључивање је искључиво надлежан јавни бележник на подручју на којој се непокретност налази. Уколико уговор не буде закључен на овај начин, не производи правно дејство.⁶⁹⁷ Дакле, радило се о форми *ad solemnitatem* у облику јавнобележничког записа и пуноважност уговора је била условљена поштовањем форме. Истом верзијом закона предвиђено је да ће на подручју основног суда за које нису именовани јавни бележници, до њиховог именовања, уговоре о промету непокретности у облику јавнобележничког записа обављати основни суд.⁶⁹⁸ Предвиђено је да закон ступи на снагу 1. септембра 2014. године, када и Закон о јавном бележништву.

⁶⁹⁶ О томе: Živković, M, Živković, V. *op. cit.* стр. 435.

⁶⁹⁷ Члан 4. став 3. Закона о промету непокретности (Сл. Гласник РС, бр. 93/14).

⁶⁹⁸ Члан 16. став 1. Закона о промету непокретности (Сл. Гласник РС, бр. 93/14).

Међутим, након измена Закона о јавном бележништву, дошло је до неизбежних промена и у Закону о промету непокретности. Одредба члана 4, који је предвиђао јавнобележнички запис као једину форму за закључење уговора о промету непокретности, након измена предвиђа и писмени облик који оверава јавни бележник, дакле солемнизацију.⁶⁹⁹ Међутим, и ово решење је претрпело измене, па је најновијом и тренутно важећом верзијом, усаглашеном са Законом о јавном бележништву, предвиђено да ће се уговор о промету непокретности закључивати у форми јавнобележнички потврђене, солемнизоване исправе.⁷⁰⁰

Као што је раније у раду поменуто, форма јавнобележничког записа, која је најстрожа форма за закључење уговора, код промета непокретности се обавезно примењује у случајевима када је лице које отуђује непокретност пословно неспособно.⁷⁰¹ Сврха прописивања ове форме у овом случају је заштита пословно неспособних лица.⁷⁰²

Због оправдане бојазни да пословно неспособна лица нису у могућности да у потпуности схвате значај својих радњи, законодавац их је на овај начин заштитио када се налазе у улози продавца, али када се налазе у улози купца, могуће је да уговор о промету непокретности буде закључен у форми јавно потврђене – солемнизоване исправе. Ово решење делује неоправдано јер може бити простора за злоупотребу и када се пословно неспособно лице налази у улози купца. Сматрамо да би пословно неспособна лица требало заштитити прописивањем строже форме, било да се налазе у улози продавца, било да се налазе у улози купца, јер су у оба случаја подложнији преварама од пословно способних лица, без обзира на то што у поступку имају законског заступника.

Из дужности јавног бележника да о различитим околностима обавести уговорне стране произлази једна од сврха ове форме, а то је сигурност страна приликом куповине

⁶⁹⁹ У праву Црне Горе, на пример, од доношења Закона о нотарима 2011. године, уговор о промету непокретности се закључује у форми нотарског записа, која представља форму *ad solemnitatem* и најстрожу форму предвиђену црногорским Законом о нотарима Види: Кораћ, В. – Обавезе нотара при сачињавању уговора о купопродаји непокретности, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 11/2013, Београд, 2013, стр. 731.

⁷⁰⁰ Члан 4. став 1. Закона о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 121/14 и 6/15).

⁷⁰¹ Члан 82. став 1. тачка 1) Закона о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15, 106/15 и 94/24).

⁷⁰² Опширније: Караникић Мирић, М. – Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву, *Теме*, XXXIV, бр. 4, Универзитет у Нишу, Ниш, 2015, стр. 1310.

непокретности, која обично представља велики финансијски издатак. Уколико јавни бележник приликом закључења уговора примети да непокретност која је предмет уговора нема употребну дозволу или је поступак легализације у току, дужан је да о томе упозори стране уговорнице, као и да упозорење унесе у исправу. Дужност јавног бележника која је још значајнија за купца јесте обавештавање страна уколико су у суду раније оверени потписи на уговору о промету исте непокретности, уколико је у суду или код јавног бележника раније сачињен јавнобележнички запис о промету исте непокретности или је код јавног бележника потврђен уговор о промету исте непокретности, када је продавац исто лице.⁷⁰³ На овај начин се купци штите од несавесних продаваца и спречен је проблем који се раније у пракси често јављао, а то је продаја исте непокретности више пута, нарочито када је у питању непокретност која је у изградњи. Ово је очигледан пример како право прати потребе друштва и регулише оне односе за које се у пракси појави потреба регулисања.

Основни судови воде посебну евиденцију о промету непокретности на свом подручју, па су јавни бележници дужни да одмах доставе суду оверен препис уговора који су потврдили, односно солемнизовали.⁷⁰⁴ На овај начин се ствара база података, која спречава злоупотребе.

Из свега напред наведеног можемо да закључимо да законодавац иде ка поопштравању форме за закључење уговора када је предмет уговора непокретност, што иде у прилог ставовима да у савременом праву долази до „ренесансе форме“.⁷⁰⁵

3.6.2.4.5. Закључење уговора о будућој непокретности

Друштвена стварност је наметнула потребу да се посебна пажња посвети регулисању закључења уговора који за предмет имају будућу непокретност. Људи се, све чешће, одлучују за куповину посебних делова објеката „у изградњи“, пре свега због повољнијих

⁷⁰³ Члан 46 Закона о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 121/14 и 6/15)

⁷⁰⁴ Члан 4в Закона о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 121/14 и 6/15)

⁷⁰⁵ Занимљиво решење и другачије од решења из других упоредних права је решење из аустријског права, по коме уговор о купопродаји непокретности не мора да буде закључен у некој посебној форми, већ је могуће да га стране закључе и усменим путем. Опширније: Мишчевић, Н. *op. cit.* стр. 121. Без обзира на неформалност уговора о промету непокретности у аустријском праву, уговорне стране обично закључују овај уговор у форми јавнобележничке исправе или оверавају потписе на њему, како би могле да своје право стечено на основу овог уговора упишу у јавне књиге за евиденцију непокретности. Овај захтев не чини уговор о промету непокретности формалним. Овај уговор је и даље неформалан, што значи да је пуноважно закључен и правно перфектан када уговорне стране постигну усмену сагласност о битним елементима уговора.

услова куповине. Овим повољнијим условима се компензује ризик који постоји због могућности кашњења са планираним завршетком градње, а дешавало се да до изградње објекта никада и не дође. Са друге стране, овај вид куповине је изузетно значајан за продавца, односно инвеститоре, којима новац добијен од продаје станова у изградњи утиче на динамику завршетка градње. Често управо новац добијен на овај начин значајно доприноси благовременом испуњењу уговора.

Када се продаја непокретности која још увек није изграђена јавила у нашем праву, судови су различито поступали у погледу форме неопходне за закључење ових уговора. У почетку су овакви случајеви сматрани учествовањем у изградњи, а не уговорима о промету непокретности, па се за њих није захтевала форма која се захтева за промет непокретности, док су касније судови истицали да предмет ових уговора и нису непокретности јер не постоје у тренутку закључења уговора.⁷⁰⁶ У образложењу Вишег трговинског суда Пж.6988/2009(2) од 13. 08. 2009. године наводи се да „Стан у изградњи не испуњава услове из Закона о промету непокретности, да би се могао сматрати непокретношћу и да би стога за његов промет била обавезна законом предвиђена форма. При купопродаји стана у изградњи не ради се о промету завршене непокретности, односно непокретности која већ постоји и која би се стога одмах по закључењу уговора предала купцу од стране продавца, већ о куповини ствари која ће тек настати изградњом. Стан у изградњи је заправо будућа ствар, односно ствар која у време закључења уговора о његовој продаји још увек не постоји, али се очекује да ће иста настати изградњом у предвидивом и уговором предвиђеном времену, а тек њеним настанком иста ће моћи да постане предмет промета по уговору о његовој куповини. Предмет продаје, сходно Закону, може бити и будућа ствар, али ће у наведеном случају, с обзиром да се код нас својина преноси предајом купљене ствари, промет исте бити могућ тек пошто ствар грађењем настане.“⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ Тешић, Н. – О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2014, стр. 492.

⁷⁰⁷ Пресуда Вишег трговинског суда Пж.6988/2009(2) од 13. 08. 2009. године, *ParagrafLex*.

3.6.3. Раскид формалних уговора

Римско право је захтевало да се и испуњење уговора (као начин престанка уговора) врши у форми која се захтевала за закључење уговора. У српском савременом праву се не захтева „*contrarius actus*“ за испуњење уговора.

Када је у питању престанак уговора за који је предвиђена посебна форма раскидом, он може бити учињен и неформалним споразумом, осим када је законом предвиђено нешто друго или када циљ због кога је прописана одређена форма за закључење уговора захтева да раскид уговора буде обављен у истој форми.⁷⁰⁸ Међутим, овакав став није одувек био заступљен у нашој теорији и у пракси наших судова.⁷⁰⁹

Проф. др Драгољуб Аранђеловић је, анализирајући одредбе Српског грађанског законика, изнео другачији став. По његовом мишљењу, било је доста опасно дозволити да се формални уговори раскидају неформалним путем, како је у том тренутку било правило у немачком праву, јер и за раскид уговора важе исти мотиви који су законодавца нагнали да пропише строжу форму за заснивање ових уговора (на пример, ако је мотив за прописивање строже форме спречавање пренагљеног закључења уговора, треба спречити и пренагљено раскидање уговора).⁷¹⁰ Проф. др Слободан Перовић наводи пресуде судова Србије, Босне и Херцеговине и Хрватске према којима је за раскид формалних уговора (у свим примерима се наводе уговори који за предмет имају непокретност) била потребна иста форма која се захтевала за њихово закључење.⁷¹¹ Међутим, он је сматрао да је, због промењеног циља и сврхе форме, оправдан захтев за истом формом приликом раскида уговора само уколико је то закон изричито предвидео или ако је то воља уговорних страна.⁷¹² Овакво решење је ушло и у Закон о облигационим односима. Проф. др Слободан Перовић наводи још један аргумент зашто би требало дозволити неформалан раскид формалних уговора: уколико је форма установљена у јавном интересу, законодавац има могућност да пропише да и раскид уговора треба да буде у одређеној строжој форми, али

⁷⁰⁸ Члан 68. Закона о облигационим односима РС.

⁷⁰⁹ Види: Види више: Благојевић, Т. Б, Круљ, В. *op. cit.* стр. 255.

⁷¹⁰ О томе: Аранђеловић, Д. *op. cit.* стр 62.

⁷¹¹ Опширније: Перовић, С. – *Формални уговори у грађанском праву*, Савез Удружења правника Југославије, Београд, 1964, стр. 106.

⁷¹² *Idem*, стр 108.

уколико се захтевом форме штите приватни интереси, то није потребно јер се у овом случају уговорне стране ослобађају обавеза.⁷¹³

Друго питање које може да се постави код раскида формалних уговора јесте да ли је уговор извршен. Споразумни раскид уговора је могућ само док уговор није у потпуности извршен. Уколико би стране желеле да раскину уговор који је већ извршен, не би се радило о раскиду уговора, већ о закључењу новог уговора, у коме би уговорне стране замениле своје улоге. У овом случају би тај нови уговор требало да буде у оној обавезној форми која је предвиђена за његово закључење, као и приликом закључивања првог уговора.

Када је у питању престанак уговора због отпуштања дуга, према Закону о облигационим односима обавеза престаје када поверилац изјави дужнику да неће тражити испуњење обавезе и дужник се сагласи са тим. Изричито се у члану 344. став 2. Закона о облигационим односима наводи да за пуноважност споразума о отпуштању дуга није потребно да буде закључен у форми у којој је закључен посао из кога је обавеза настала.⁷¹⁴

Као што је на почетку овог дела рада речено, посебна форма ће бити неопходна за пуноважан раскид уговора када је то Законом о облигационим односима или неким другим законом прописано или уколико циљ због кога је прописана форма за закључење уговора то захтева. Први случај је неспоран и око њега нема дилема. Међутим, у другој ситуацији, суд у сваком конкретном случају цени који је био циљ законодавца када је прописао одређену форму за закључење уговора и у односу на то процењује да ли је за раскид тог формалног уговора потребна иста форма.

3.6.4. Непоштовање предвиђене форме

Поставља се питање шта се дешава са уговорима приликом чијег закључења није испоштована законом или вољом страна предвиђена форма. С обзиром на то да код ових уговора форма представља битан елемент, по закону или вољи страна, уговор са оваквим недостатком нема правно дејство.

⁷¹³ Види: Перовић, С. *оп. cit.* стр. 109.

⁷¹⁴ Члан 344. Закона о облигационим односима РС.

И у овом случају је одлучујући фактор циљ прописа који предвиђа одређену форму. Судбина уговора зависи од сврхе форме коју је законодавац желео да постигне прописујући одређену форму у конкретном случају. Циљ правне норме којом је прописана одређена форма утврђује судија у сваком конкретном случају и на основу тога одлучује о последицама закључења уговора без поштовања прописане форме. И у овом случају долазимо до процене да ли се формом штите општи интереси или интереси уговорних страна: уколико су прописаном формом заштићени општи интереси, последица непоштовања форме је ништавост, а уколико је форма установљена пре свега ради заштите појединачних интереса, недостатак форме не мора да доведе до ништавости уговора.⁷¹⁵

Теоретичари права који се баве закључивањем уговора нису јединствени у ставу да ли су уговори који нису закључени у прописаној форми ништави или непостојећи. Проф. др Богдан Лоза је става да су овакви уговори непостојећи. Уговор није ни настао, а шта не постоји, не може се ни поништити.⁷¹⁶ Став професора Лозе прихвата и проф. др Борислава Благојевић.⁷¹⁷ И проф. др Андрија Гамс сматра да уколико недостаје неки од услова који су неопходни за закључење пуноважног уговора, правни посао још увек не постоји, уговора нема, па није оправдано ни називати га „непотпуним“, како се среће у правној теорији.⁷¹⁸ Овакво становиште се заснива на чињеници да нема једног од битних елемената за закључење уговора. У том смислу Гамс наводи како Закон о облигационим односима меша појмове „ништав“ и „непостојећи“, иако постоје јасни критеријуми за њихово разграничење. Када би били испуњени сви услови који се захтевају за пуноважно закључење уговора, али са неком маном, онда бисмо говорили о ништавим уговорима.

Друга струја теоретичара стоји на становишту да су уговори којима недостаје битна форма апсолутно ништави. Проф. др Јаков Радишић сматра да, иако се о категорији непостојећих уговора може говорити у породичном праву, постојање ових уговора у облигационом праву није оправдано.

⁷¹⁵ Види: Ковачевић Куштримовић, Р. – *Грађанско право – општи део*, Институт за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1997, стр. 203.

⁷¹⁶ Детаљније: Лоза, Б. – *Облигационо право, општи део*, Београд: Службени гласник, 2000, стр. 152.

⁷¹⁷ Види више: Благојевић, Т. Б., Круљ, В. *op. cit.* стр. 258.

⁷¹⁸ О томе: Гамс, А. – *Увод у грађанско право, општи део*, Београд: Научна књига, 1963, стр. 224.

Закон о облигационим односима не познаје категорију „непостојећих“ уговора, као ни наша правна пракса, већ су они обухваћени појмом ништавих уговора.⁷¹⁹ Одредбом члана 70. став 1. Закона о облигационим односима предвиђено је да уговори који нису закључени у прописаној форми немају правно дејство уколико из циља прописа којим је форма одређена не произлази нешто друго.⁷²⁰ Дакле, Закон о облигационим односима у овом случају не користи израз „ништав“, иако се овај израз употребљава у другим деловима закона, што говори у прилог ставу да уговоре који нису закључени у законом предвиђеној форми треба сматрати непостојећим.⁷²¹ Међутим, с обзиром на то да су последице исте, термилошка разлика није од великог практичног значаја.⁷²²

Када су у питању уговори за чије пуноважно закључење је потребно и учешће јавних бележника, Закон о јавном бележничтву само за форму јавнобележничког записа изричито предвиђа да уколико у случају када је ова форма прописана као обавезна, а није испоштована, уговор не производи правно дејство.⁷²³ За остале две форме које се закључују пред јавним бележником, солемнизацију и оверу потписа, не постоји оваква изричита одредба.

3.6.4.1. Конвалидација

У претходном делу рада је закључено да непоштовање форме *ad solemnitatem* доводи до ништавости правног посла. Међутим, савремено право је имало у виду целисходност када је дозволило конвалидацију уговора који нису закључени у законом прописаној форми.

Могућност конвалидације постоји у случају када суд процени да је форма прописана претежно у интересу уговорних страна, а не у јавном интересу. Међутим, у пракси је тешко одредити о ком се интересу ради у конкретном случају јер су обично формом заштићени вишеструки интереси, како јавни, тако и приватни, и углавном више мотива доводи до прописивања строже форме.

⁷¹⁹ Види: Радишић, Ј. *op. cit.* стр. 186.

⁷²⁰ Члан 70. став 1. Закона о облигационим односима РС.

⁷²¹ Чланом 125. Немачког грађанског законика из 1900. године, који је и даље на снази, предвиђено је да су уговори којима недостаје форма која је прописана ништави. Види: Немачки грађански законик, чл. 125.

⁷²² Детаљније: Перовић, С, Стојановић, Д, Царић, С. *op. cit.* стр. 287.

⁷²³ Члан 82. став 4. Закона о јавном бележничтву (Сл. гласник РС, бр. 31/11... 94/24).

Друга могућност конвалидације је предвиђена одредбом члана 73. Закона о облигационим односима. Односи се на ситуацију када се за пуноважно закључење уговора захтева писмена форма, а овај захтев није испуњен. У овом случају, уколико су уговорне стране извршиле своје обавезе из уговора у целини или у претежном делу, уговор ће се сматрати пуноважно закљученим. Остављено је и једно ограничење: „ако из циља због кога је форма прописана не произлази нешто друго“.⁷²⁴ Дакле, уколико је обавезна форма предвиђена у циљу заштите приватних интереса уговорних страна, конвалидација би била могућа. Међутим, уколико је обавезна форма прописана у јавном интересу, уговорне стране морају да је се придржавају, а чињеница да су у претежном делу или потпуно извршиле свој уговор није од значаја. У овом случају конвалидација није допуштена.

Када су у питању уговори за чије пуноважно закључење се захтева форма строжа од обичне писмене форме, ни у Закону о облигационим односима ни у Закону о јавном бележничтву не налазимо основ за допуштеноост конвалидације ових уговора.

3.7. Електронска форма закључења уговора

Електронска форма закључења уговора је један нови правни институт, који је настао као последица интернет револуције крајем 20. и почетком 21. века. Ова револуција је довела до промене друштвених околности и потребе за усаглашавањем правне регулативе са стварношћу, ради обезбеђивања правне сигурности. Експанзија интернета врло брзо након његове појаве довела је до појаве закључења уговора овим путем. Почев од Сједињених Америчких Држава, преко европских земаља, овај тренд је дошао и до нас. То је захтевало брзу реакцију државе, како би ставила у правне оквире овај нови вид закључења уговора и спречила могуће злоупотребе. Верује се да уговорне стране олако приступају закључењу уговора на интернету и улажу мање пажње у проучавање садржине уговора него приликом закључења уговора у писменој форми. Обично се за закључење уговора не захтева ни употреба квалификованог електронског потписа, ни сагласност дата вербално, већ је довољан само један „клик“ или неколико њих, чиме уговорна страна конклюдентном радњом изражава своју вољу за закључењем уговора. Из ових разлога се јавила потреба за правним

⁷²⁴ Члан 33. Закона о облигационим односима РС.

регулисањем, како би се спречиле злоупотребе. Електронска трговина није спречила преваре, финансијске малверзације, избегавање плаћања пореза, лажно представљање, већ је само омогућила један нови аспект вршења ових дела. Са друге стране, електронско закључивање уговора је донело бројне бенефите, од којих су неки убрзање правног промета, могућност веће зараде због смањених трошкова, једноставност, доступност 24 часа дневно.⁷²⁵

Уједињене нације су препознале потребу за регулисањем области закључења уговора електронским путем и 1996. године су предложиле Модел закон о електронској трговини, а 2001. године Модел закон о електронском потпису, који су усвојени од стране Генералне скупштине Уједињених нација и у виду резолуције стављени на располагање чланицама Уједињених нација.⁷²⁶ Решења из ових Модел закона⁷²⁷ касније су преузеле многе државе и на основу њих уредиле ову област.

Регулисању ове материје је, по указаној потреби, приступила и Европска унија доношењем две директиве које се односе на електронски потпис⁷²⁸ и на правне аспекте услуга информационог друштва, а нарочито на електронску трговину.⁷²⁹

Српско право се, приликом доношења својих правних аката у овој области, ослањало више на европску регулативу него на Модел законе Уједињених нација.⁷³⁰ Ово је логична последица настојања Србије да постане чланица Европске уније и обавезе да у том случају

⁷²⁵ Јовичић, К. – Правна питања електронских уговора, с освртом на уговор о продаји робе, *Интернет и друштво*, Српско социолошко друштво, Универзитет у Нишу, Филозофски факултет, Институт за упоредно право Београд, Београд и Ниш, 2014, стр. 354.

⁷²⁶ О томе: Трнавци, Г. – Закључење, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 30, бр. 1, Ријека, 2009, стр. 449–472.

⁷²⁷ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with additional article 5 bis as adopted in 1998 усвојен је резолуцијом 51/162 од стране Генералне скупштине Уједињених нација на предлог Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право. У резолуцији се наводи да број трансакција које се обављају путем интернета расте, што доводи до потребе да се на јединствен начин уреди електронска трговина, уз помоћ Модел закона који садржи одредбе прихватљиве за све државе са различитим друштвеним, политичким, правним и економским системима. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001) – сврха овог Модел закона је била да омогући изједначавање електронског потписа са својеручним потписом.

⁷²⁸ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures (у даљем тексту: Директива о електронском потпису).

⁷²⁹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (у даљем тексту: Директива о електронској трговини).

⁷³⁰ Опширније: Дивљак, Д. – Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 910.

хармонизује своје право са правом Европске уније. Област електронског потписа је 2014. године регулисана eIDAS уредбом, када је ван снаге стављена Директива 1999/93/ЕС.

3.7.1. Електронска форма закључења уговора у српском праву

За разлику од Немачког грађанског законика и Француског грађанског законика, где је закључивање уговора у електронском облику регулисано на истом месту где и закључивање уговора у писменој форми, у српском праву, у Закону о облигационим односима који регулише материју закључења уговора, нема речи о закључивању уговора електронским путем.⁷³¹ Међутим, наш законодавац је остао на становишту да приликом регулисања електронске трговине неће задирати у већ постојећи систем уговорног права, чије основе су регулисане Законом о облигационим односима, већ је овај систем само допуњен нормама које се односе на један нови, до сада нерегулисан начин закључења уговора.

Проф. др Сања Радовановић и доц. др Николина Мишчевић приликом проучавања регулативе која уређује електронску форму поставиле су питање да ли електронска форма закључења уговора има основа у Закону о облигационим односима. Оне сматрају да се под одредбу Закона о облигационим односима из члана 72. став 4, која гласи „захтев писмене форме је испуњен ако ако стране измеђају писма или се споразумеју телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве“, може подвести и закључење уговора у електронској форми.⁷³² Сматрају да би Закон о облигационим односима требало изменити у том смислу да му се у делу где је регулисана писана форма закључења уговора додају одредбе које предвиђају електронску форму као врсту форме која може под одређеним условима да замени писану форму⁷³³, управо на начин како су поступили француски и немачки законодавац.

⁷³¹ И у македонски Закон о облигационим односима додати су чланови који регулишу понуду и прихват понуде за закључење уговора који су упућени електронским путем. Више о електронској трговини у македонском праву: Камбовски И. – Закон о електронској трговини – десет година касније, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 81, година LVII, 2018, стр. 261.

⁷³² Види: Радовановић, С, Мишчевић, Н. – О електронској форми уговора у домаћем праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 1656.

⁷³³ Види: *Idem*. стр. 1657.

Закључење уговора у електронском облику регулисано је Законом о електронској трговини, који је донет 2009. године, по узору на поменуту Директиву о електронској трговини. Овим законом је у наш правни систем уведен још један начин закључења уговора, који је био у складу са светским и домаћим трендовима и са степеном развоја информатичког друштва. Њиме је предвиђено да се на сва питања која нису регулисана, а тичу се односа насталих у вези са уговорима закљученим електронским путем или у електронској форми, примењују прописи који се примењују на облигационе односе.⁷³⁴ Овде се пре свега мисли на Закон о облигационим односима, као кровни закон у овој области, који има улогу *lex generalis*-а.

Електронска трговина која се обавља у складу са овим законом има карактер трговине на даљину. Овако је дефинише Закон о трговини, и додаје да се електронска трговина остварује на начин да се роба или услуга нуди, наручује или продаје путем интернета.⁷³⁵

Код електронског уговора се понуда, као и прихват понуде дају у електронском облику. Уговор се сматра закљученим када понуђач прими изјаву садржану у електронској поруци да је понуђени прихватио понуду.⁷³⁶ С обзиром на опасност од злоупотреба и превара, која се чини већом него у случају када уговорне стране комуницирају „лицем у лице“, законом је прописана транспарентност у погледу података потребних за опредељење воље за закључење уговора.

У одредби члана 9. Закона о електронској трговини, у његовој првобитној верзији, наводи се да уговор може бити закључен електронским путем, односно у електронској форми.⁷³⁷ У истом члану је прописано да се уговору не може оспорити важност само зато што је он закључен у електронској форми.

Како је сада комуникација електронским путем, па самим тим и закључење уговора на овај начин, у сталној експанзији, Закон о електронској трговини не наводи уговоре који

⁷³⁴ Члан 4. став 5. Закона о електронској трговини (Сл. гласник РС 41/2009).

⁷³⁵ Закон о трговини, члан 17. став 2. (Сл. гласник РС 52/2019).

⁷³⁶ Ово решење из члана 15. став 1. Закона о електронској трговини у складу је са теоријом пријема која је прихваћена у нашој правној теорији и у члану 39. став 1. Закона о облигационим односима. По овој теорији, уговор се сматра закљученим када је понудилац добио обавештење од понуђеног да прихвата понуду.

⁷³⁷ Члан 9. Закона о електронској трговини (Сл. гласник РС, бр. 41/2009).

могу да буду закључени електронским путем, већ каже да ће посебним законом бити предвиђено који уговори нису погодни за закључење у електронској форми. Из ове одредбе можемо да закључимо да је правило да уговори генерално могу да се закључују у електронској форми, уколико за њихово закључење није прописана нека друга форма или је изричито прописано да не могу да буду закључени у електронској форми.

Закон о електронској трговини је, приликом свог доношења, уговор у електронској форми дефинисао као уговор који се закључује, шаље, прима, раскида, отказује, коме се приступа и који се приказује електронским путем уз коришћење електронских средстава.⁷³⁸ Изменом закона из 2013. године синтагма „електронска форма“, где год је у закону употребљена, замењена је синтагмом „електронски облик“.⁷³⁹ Поставља се питање разлога и оправданости ове термиолошке измене.

Одмах након доношења Закона о електронској трговини 2009. године, замерено му је што коришћењем термина „електронска форма“ доводи у заблуду да је у питању још једна обавезна форма за закључење уговора, која је услов његове пуноважности, форма *ad solemnitatem*.⁷⁴⁰ То је мотивисало законодавца да изврши измене Закона у овом смислу. У образложењу Закона о измени и допуни Закона о електронској трговини наводи се да је ова формулација измењена како би се отклонила „постојећа контрадикција у погледу законских услова пуноважности уговора“, што се може тумачити као намера законодавца да истакне да се под појмом „електронска форма“ не мисли на форму као услов пуноважности уговора, већ само на један од начина за закључење уговора.⁷⁴¹ И у Коментару Закона о изменама и допунама закона о електронској трговини изнет је закључак да је овом променом стављено до знања да електронска форма не представља форму *ad solemnitatem*.

Формулација „електронски облик“ описује начин комуникације између понудиоца и понуђеног. Нема препрека да се она одвија на овај начин. С обзиром на то којом се брзином и у ком смеру креће напредак технике и технологије, верујемо да ће у скорој будућности бити уговора који ће се закључивати искључиво електронским путем и за које ће

⁷³⁸ Члан 3. став 1. тачка 7) Закона о електронској трговини (Сл. гласник РС, бр. 41/2009).

⁷³⁹ На пример: члан 2. став 4, члан 12. Закона о изменама и допунама закона о електронској трговини (Сл. гласник РС, бр. 95/2013).

⁷⁴⁰ Коментар новог Закона о електронској трговини са аспекта облигационих односа, извор *Paragraf Lex*.

⁷⁴¹ Наводи из образложења Закона о измени и допуни Закона о електронској трговини преузети из: Радовановић, С, Мишчевић, Н. *op. cit.* стр.1650.

електронска форма бити форма *ad solemnitatem*. У том случају би израз „електронска форма“ био употребљен у оном значењу које има у садашњој теорији и пракси, и као такав би био адекватан.

Важећа верзија закона о електронској трговини, са изменама из 2013. и 2019. године, уговор у електронском облику дефинише као уговор закључен између пружаоца и корисника услуге информационог друштва електронским путем уз коришћење електронских средстава.⁷⁴²

3.7.2. Закључење консенсуалних уговора електронским путем

Проф. др Драго Дивљак електронски уговор сматра најзначајнијим институтом електронских комерцијалних трансакција у области електронске трговине.⁷⁴³ Главна дилема код закључивања уговора електронским путем јесте да ли уговори за које закон прописује закључење у одређеној форми као услов њихове пуноважности могу да буду закључени електронским путем.

Када су у питању консенсуални уговори, не поставља се питање њихове пуноважности уколико су закључени електронским путем. С обзиром на то да за ове уговоре није потребно извршење никаквих формалности, већ само сагласност воља уговорних страна, сматрало се да сагласност воља може да се искаже и електронским путем. Ова могућност је у складу са начелом консенсуалности и аутономије воље. Потребно је само да се уговорне стране, осим око битних елемената уговора, сагласе и да желе да користе овај начин закључења за свој уговор, због његових специфичности. Код њих мора постојати и намера да својим поступањем електронским путем преузму обавезе из уговора. Уговор има исти правни третман, независно од технологије која је коришћена за његово закључење или реализацију, чиме је спречена дискриминација или фаворизовање уговора по основу начина

⁷⁴² Члан 5. Закона о електронској трговини (Службени гласник РС 41/2009, 95/2013 и 52/2019).

⁷⁴³ Детаљније: Дивљак, Д. *op. cit.* стр. 918.

закључења.⁷⁴⁴ Уговори се на интернету често закључују и једним кликом миша, што представља начин изјаве воље за закључење уговора.⁷⁴⁵

3.7.3. Закључење уговора за које је прописана форма *ad solemnitatem* електронским путем

Дилема настаје када је у питању закључење електронским путем и у електронској форми уговора за које је законом предвиђена посебна форма као услов пуноважности, односно форма *ad solemnitatem*. Како је у делу рада у коме се говори о формама уговора у савременом праву објашњено, за уговоре се као битна форма најчешће законом захтева писана форма или форма која настаје уз учешће органа јавне власти, односно јавних бележника (форма јавнобележничког записа као најстрожа, солемнизација и овера потписа).

3.7.3.1. Електронска форма уместо писмене форме

На овом месту ћемо анализирати могућност да законом предвиђена писмена форма буде замењена електронском формом. Према речима проф. др Сађе Радовановић и доц. др Николине Мишчевић, „о електронској форми уговора се у упоредном праву и теорији првенствено говори као о форми која може да замени писану форму или пак која представља само једну варијанту писане форме“.⁷⁴⁶

Као што је раније наведено, да би се сматрало да је један уговор за који се захтева писмена форма пуноважно закључен, потребно је да су испуњена два елемента форме: да текст уговора буде написан на папиру руком или одштампан и да буде својеручно потписан.

Код могућности усклађивања првог елемента није било много дилема. Јасно је да исти квалитет документа у погледу садржаја може да буде постигнут и када се уговор саставља путем електронских уређаја. Потребно је да постоји споразум између страна у погледу закључивања уговора електронским путем.

⁷⁴⁴ *Idem.* стр. 919.

⁷⁴⁵ О подели уговора у електронском облику који се закључују кликом миша на веб страници на shrink-wrap, click wrap и browse wrap више у: Шаренац, Н. – Закључивање уговора електронским путем, Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву, година II, 2/2011, Пале, 2011, стр. 159.

⁷⁴⁶ О томе: Радовановић, С, Мишчевић, Н. *op. cit.* стр. 1644.

Када је у питању потпис, Закон о облигационим односима захтева да потпис буде својеручан. Било је потребно наћи алтернативу својеручном потпису, која ће моћи да га замени код електронске форме закључења уговора. Потпис служи за идентификацију уговорне стране у правном промету, а захтев да буде својеручан доприноси аутентичности уговора и спречава могућност његовог фалсификовања. Код закључивања уговора електронским путем, стране уговорнице не ступају у физички контакт, што доприноси неповерењу међу странама. Због тога је, као пандан својеручном потпису, ради обезбеђења сигурности, предвиђен квалификован електронски потпис.

Електронски потпис је широко прихваћен у упоредном праву.⁷⁴⁷ У нашем праву први пут је регулисан Законом о електронском потпису, који је донет 2004. године.⁷⁴⁸ У овом Закону електронски потпис дефинисан је као „скуп података у електронском облику који су придружени или су логички повезани са електронским документом и који служе за идентификацију потписника“⁷⁴⁹, док је као поузданији дефинисан квалификовани електронски потпис као „електронски потпис којим се поуздано гарантује идентитет потписника, интегритет електронских докумената, и онемогућава накнадно порицање одговорности за њихов садржај, и који испуњава услове утврђене овим законом“.⁷⁵⁰ Како постоји опасност од лаког фалсификовања и копирања електронског потписа, као једина поуздана верзија се користи квалификовани електронски потпис.⁷⁵¹

⁷⁴⁷ Француски грађански законик иде укорак са временом и предвиђа могућност закључења уговора у електронској форми, у делу где регулише форму закључења уговора. Одредбом члан 1108-1. прописано је да у случају да се као форма закључења уговора потребна за његову пуноважност предвиђа писмена форма, уговор може бити закључен и у електронској форми. Овим чланом је писмена форма као форма *ad solemnitatem* изједначена са електронском формом. Такође, када се у одредби члана 1316-1 говори о форми која служи као помоћ доказивању да је уговор закључен и која му је садржина, предвиђа се да је документ сачињен у електронској форми прихватљив као доказ у истој мери као и писмено на папиру, уколико испуњава услове (да може да се утврди идентитет особе од које потиче и да је сачињен и чуван у условима који гарантују његов интегритет). Одредба члана 1316-3. потврђује правну важност електронских уговора и електронских потписа, истичући да они имају исти ефекат као и традиционални писмени уговори и својеручни потписи, уколико испуњавају услове који се захтевају од писмених уговора. Што се тиче електронског потписа који замењује потпис на уговору закљученом у традиционалној писаној форми, поузданост потписа се претпоставља, с обзиром на то да се он креира уз помоћ поузданог средства идентификације, што гарантује његову везу са документом који је њиме потписан и са назначеним потписником.

⁷⁴⁸ Закон о електронском потпису (Службени гласник РС, број 135/2004)

⁷⁴⁹ Члан 2. став 1. тачка 2. Закона о електронском потпису (Службени гласник РС, број 135/2004).

⁷⁵⁰ Члан 2. став 1. тачка 3. Закона о електронском потпису (Службени гласник РС, број 135/2004).

⁷⁵¹ Види: Прља, Д, Рељановић, М, Ивановић, З. – *Интернет право*, Институт за упоредно право, Београд, 2012, стр. 110.

У закону о електронском потпису први пут се срећемо са нормом да се електронском документу не може оспорити пуноважност или доказна снага само због тога што је у електронском облику.⁷⁵² Дакле, њиме је у наш правни систем званично уведен електронски документ, који може да буде и електронски облик уговора. У истом члану се набрајају и они уговори који због своје природе или сврхе која се постиже прописивањем форме за њихово закључење неће бити пуноважни уколико буду закључени у електронском облику. У питању су уговори за које је као форма прописана јавнобележничка форма или се изричито захтева својеручан потпис или овера својеручног потписа.⁷⁵³

Оно што је посебно значајно за могућност закључења електронским путем уговора за које се захтева писмена форма јесте одредба која прописује да квалификовани електронски потпис у односу на податке у електронском облику има исто правно дејство и доказну снагу као и својеручни потпис, односно својеручни потпис и печат, у односу на податке у папирном облику.⁷⁵⁴ Сврха електронског потписа је да осигура да је она особа која се наводи као потписник неког документа, у нашем случају уговора, заиста тај потпис и ставила и да је садржина документа она око које су се стране споразумеле.⁷⁵⁵ Проф. др Ијан Лојд сматра да савремене технике енкрипције пружају могућност да квалификовани електронски потпис буде и поузданији од својеручног потписа.⁷⁵⁶

Нови закон, којим су стављени ван снаге Закон о електронском потпису из 2004. године и Закон о електронском документу из 2009. године, донет је 2017. године, под називом Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.⁷⁵⁷ Овим законом је електронски потпис готово исто дефинисан, с тим што је још више наглашен његов карактер и проширено му је дејство, па

⁷⁵² Члан 3. став 1. Закона о електронском потпису (Службени гласник РС, број 135/2004).

⁷⁵³ Члан 3. став 2. тачка 6) Закона о електронском потпису (Сл. гласник РС, број 135/2004).

⁷⁵⁴ Члан 10. Закона о електронском потпису (Сл. гласник РС, број 135/2004). Одредба сличне садржине а исте суштине се среће и у Закону о електронској трговини, који наводи да када се за пуноважност уговора захтева потпис лица, квалификовани потпис на електронском документу може да га замени. Исту одредбу садржи и Закон о електронском документу из 2009. године, који је престао да важи, али и његов правни следбеник, Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, у члану 50. Овај став је потврђен и пресудом Врховног касационог суда, Рж1уп 15/2022 од 8.11.2022. године.

⁷⁵⁵ Опширније: Прља, Д., Рељановић, М, Ивановић, З. *op. cit.* стр. 110.

⁷⁵⁶ Lloyd, J. I. – Information Technology Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, стр. 460.

⁷⁵⁷ Овај закон је у погледу електронског потписа прихватио решења предвиђена eIDAS (Electronic Identification and Signature) уредбом.

се уместо сврхе идентификације потписника наводи сврха потврде идентитета података који се налазе у електронском документу и идентитета потписника. Квалификован електронски потпис је потпуно другачије дефинисан него у првобитном закону, где је дефиницијом изражена суштина квалификованог електронског потписа и његова сврха, док је новим законом квалификовани електронски потпис дефинисан кроз поступак његовог креирања.

Новим законом се уводи и једна нова категорија електронског потписа, напредни електронски потпис,⁷⁵⁸ који је по поузданости између електронског потписа и квалификованог електронског потписа. Увођење ове нове категорије електронског потписа последица је усклађивања наших прописа са eIDAS уредбом. Напредни електронски потпис се дефинише као електронски потпис који испуњава додатне услове за обезбеђивање вишег нивоа поузданости потврђивања интегритета података и идентитета потписника.⁷⁵⁹

Као замена за својеручни потпис може да се користи само квалификовани електронски потпис, док се за електронски потпис и напредни електронски потпис сматра да не задовољавају тражени ниво поузданости.⁷⁶⁰ Ове врсте електронског потписа могу да се користе само за закључење уговора за које није прописана форма *ad solemnitatem*.

Осим електронског потписа, напредног електронског потписа и квалификованог електронског потписа, нови закон познаје и електронски печат и квалификовани електронски печат, који имају исту сврху као и електронски потпис и квалификовани електронски потпис, само за правна лица. За квалификовани електронски печат се истиче да је напредни електронски потпис који је креиран по посебној процедури, од посебних органа.⁷⁶¹

Као што смо раније поменули, законом из 2004. године је било предвиђено да се не може оспорити пуноважност или доказна снага електронског документа само зато што је у електронском облику, док нови закон из 2017. године додаје да се електронском документу

⁷⁵⁸ Три нивоа сигурности електронског потписа у новом Закону о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању предвиђена су по угледу и у складу са eIDAS уредбом.

⁷⁵⁹ Члан 2. став 1. тачка 29) Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Службени гласник РС, број 94/2017 и 52/2021).

⁷⁶⁰ О томе: Радовановић, С, Мишчевић, Н. *op. cit.* стр. 1648.

⁷⁶¹ Члан 2 став 1. тачка 34. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Службени гласник РС, број 94/2017 и 52/2021).

не може оспорити ни писана форма само зато што је у електронском облику.⁷⁶² Овом одредбом је и званично потврђено да електронски документ може да замени писмену форму.

Члан 50. новог закона предвиђа да се електронском потпису не може оспорити пуноважност или доказна снага само због тога што је у електронском облику. Исти члан у ставу 2. потврђује одредбу из старог закона да квалификовани електронски потпис има исту правну снагу и правно дејство као својеручни потпис.

Закључење уговора електронским путем у електронском облику се сматра бржим и ефикаснијим, али се са друге стране јавља бојазан да заштитна улога писмене форме неће бити остварена. Сматрамо да стављање квалификованог електронског потписа на неки документ због своје процедуре оставља довољно времена уговорним странама да промисле о закључивању уговора и схвате значај својих поступака.

3.7.3.2. Електронска форма уместо форме пред јавним бележником

Правна правила и прописи везани за закључење уговора електронским путем, посебно када је у питању јавнобележничка форма, значајно се разликују између различитих правних система у упоредном праву. Многи правни системи су дошли до тог ступња развоја у коме прихватају електронско потписивање и закључење уговора уз учешће јавног бележника, али неки уговори и даље захтевају одређене формалности које се теже остварују електронским путем.

Што се тиче јавнобележничких уговора, у неким правним системима је дозвољено закључивање ових уговора електронским путем под условом да су испуњени одређени услови и да су предузети одређени безбедносни кораци како би се осигурала аутентичност потписа и интегритет документа. Овоме је допринела и епидемија *Covid* вируса и потреба да се нађе начин да ствари функционишу у условима када је било потребно довести физички контакт на минимум.

На пример, право великог броја савезних држава Сједињених Америчких Држава дозвољава закључење уговора за које се захтева јавнобележничка форма електронским

⁷⁶² Члан 7. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Службени гласник РС, број 94/2017 и 52/2021).

путем. Ово је логична последица чињенице да Сједињене Америчке Државе предњаче у електронској трговини и њеном регулисању. С обзиром на то, можемо да очекујемо да ће се овакво решење у будућности наћи и у нашем праву.

3.7.3.3. Закључење електронским путем уговора за које се захтева јавнобележничка форма у упоредном праву

Електронска нотаризација постаје све чешћа у многим земљама широм света, иако се специфични прописи који регулишу ову материју, као и поступци, могу разликовати. Неке земље су усвојиле законе и прописе како би олакшале поступање пред јавним бележницима електронским путем, омогућавајући нотарима да обављају своје дужности на даљину користећи електронска средства. Сједињене Америчке Државе, Канада, Сингапур, Аустралија, па и неке европске земље као што је Естонија, својим законима омогућили су јавним бележницима поступање и вршење њихових дужности електронским путем. Ово су само неки примери, а електронска нотаризација ће највероватније наставити да се шири како технологија напредује и правни оквири еволуирају како би се прилагодили друштвеној стварности.

Како бисмо могли да размотримо регулисање овог питања у нашем праву, укратко ћемо описати поступак закључења електронским путем уговора за које је иначе прописана јавнобележничка форма као услов пуноважности у упоредном праву.

Електронска нотаризација у праву савезних држава Сједињених Америчких Држава

Примена електронских уговора има значајну улогу у модерним пословним трансакцијама у Сједињеним Америчким Државама. Овај начин закључења уговора пружа висок ниво практичности, ефикасности и правне ваљаности када је спроведен у складу са законима и прописима.

Пандемија *Covid* вируса је довела до принудног убрзаног развоја јавнобележничког права, како би се омогућило несметано одвијање активности пред јавним бележником, уз избегавање опасности од ширења вируса која је постојала приликом физичког контакта.

Сматрамо да је пандемија само убрзала један процес, до кога би свакако дошло, нарочито с обзиром на то да је модел Закон о једнообразним електронским трансакцијама дозволио јавним бележницима обављање делатности електронским путем још 1999. године. Јавни бележници који врше електронске нотаризације обично користе специјализоване електронске платформе или софтвер који испуњавају захтеве државе за удаљену *online* нотаризацију. Ове платформе често укључују сигурносне функције како би се проверио идентитет потписника и осигурао интегритет електронског документа.

Савезне државе Сједињених Америчких Држава⁷⁶³ прихватиле су правило из модел Закона о једнообразним електронским трансакцијама (UETA)⁷⁶⁴ којим прописују да је електронски потпис⁷⁶⁵ еквивалентан својеручном потпису, чак и у случају када се као битна форма захтева јавнобележничка форма.⁷⁶⁶ Услов за пуноважност ових уговора јесте да су електронски оверени од стране јавног бележника.⁷⁶⁷

Поменути акт (UETA) јавним бележницима и другим службеницима дозвољено је да предузимају радње из своје надлежности електронским путем.⁷⁶⁸ Иако се могућност јавних бележника да своју делатност врше електронским путем заснива на истом акту, између држава се разликују правила и процедуре по којима се ова активност одвија. Овде ћемо изнети пример поступка како се он углавном спроводи. Поступак задржава све кораке који постоје и у поступању пред јавним бележником у његовој канцеларији.

Разликује се лична електронска овера и даљинско оверавање на мрежи. Лична електронска овера (*in person electronic notarization*) врши се у канцеларији јавног бележника. Од стандардне процедуре која се спроводи у канцеларији јавног бележника разликује се јер се захтева документ у електронском облику, који се приказује јавном бележнику путем

⁷⁶³ 47 држава дозвољава електронску нотаризацију, извор: <https://www.nass.org/initiatives/remote-electronic-notarization>.

⁷⁶⁴ UETA је модел Закон о једнообразним електронским трансакцијама донет у Сједињеним Америчким Државама, који уз UCITA регулише материју која се односи на електронску трговину.

⁷⁶⁵ Године 2000. донет је федерални Закон о електронским потписима у глобалној и националној трговини (ESIGN), који пружа национални стандард за коришћење електронских потписа и записа у међудржавној и међународној трговини. ESIGN осигурава да су електронски потписи и уговори правно ваљани, извршиви и еквивалентни традиционалним папирним документима.

⁷⁶⁶ UETA (Uniform Electronic Transactions Act) ово предвиђа у свом 2. члану. Више о томе: Трнавци, Г. *op. cit.* стр. 455.

⁷⁶⁷ Види: *Ibidem*.

⁷⁶⁸ Члан 11. UETA

електронских средстава (телефона, лап-топа...). Идентитет се доказује личним документом, док се потписивање врши кликом миша преко уређаја за потписивање или другог процеса за електронско потписивање. Након тога нотар потписује документ електронским потписом и ставља електронски печат или штамбиљ.⁷⁶⁹

Даљинско оверавање на мрежи (*Remote Online Notarization* – RON)⁷⁷⁰ начин је електронске нотаризације⁷⁷¹ који се чешће користи због веће поузданости, практичности и економичности. У овом случају је такође потребан документ у електронском формату, али се за разлику од личне електронске овере нотар и стране које учествују у поступку састају путем *web* камере.⁷⁷² Јавни бележник мора да обезбеди сигурну интернет везу и уређај преко кога ће моћи да изврши аудио-визуелно снимање.

Поступак се врши на посебној платформи, која чува и запис *web* камере као део записника о извршеној овери. Ова платформа обезбеђује доказивање идентитета у три корака: анализом креденцијала, доказивањем идентитета путем презентације личног документа и упознавањем са идентитетом потписника на даљину.

Анализа креденцијала (*Credential Analysis*) обухвата проверу и верификацију аутентичности документа или идентификационог материјала који потврђује идентитет особе. Потписник документа пред јавним бележником мора да покаже важећи лични документ који омогућава његову идентификацију јер садржи име, презиме и слику. Осим ових података, документ садржи и назнаку ко га је издао, датум издавања и рок трајања, што су такође подаци који се проверавају. Ова анализа може да укључује проверу аутентичности и валидности представљеног идентификационог документа, као и проверу подударности између информација на документу и података које је особа доставила приликом идентификације.

⁷⁶⁹ <https://notary.pandadoc.com/blog/how-to-do-an-electronic-notarization/>

⁷⁷⁰ У последњих неколико година, многе савезне државе у САД-у усвојиле су законе и прописе који омогућавају електронску нотаризацију, често названу „удаљена онлајн нотаризација“ (RON). Ови закони обично описују поступак путем којег електронски документи могу бити нотаризовани на даљину користећи аудио-визуелну технологију како би се олакшала комуникација између нотара и потписника.

⁷⁷¹ „Електронска нотаризација“ је израз који се користи у праву америчких савезних држава које примењују овај поступак.

⁷⁷² Опширније: Theodos, B, McDaniel, N. – *The Geography of Notaries Public*, Urban Institute, Washington, DC, 2023, стр 2. <https://www.urban.org/sites/default/files/2023-05/The%20Geography%20of%20Notaries%20Public.pdf>

Доказивање идентитета на даљину подразумева представљање документа или информација који потврђују идентитет потписника, обично путем електронских средстава комуникације. Ово може укључити приказивање идентификационог документа (личне карте, пасоша...) путем веб камере или других електронских уређаја. Провера аутентичности документа и свих података који се у њему налазе неретко се врши и употребом алата вештачке интелигенције, *face match* технологијом или гласовном аутентификацијом.

Идентификација се врши и путем контроле засноване на знању (Knowledge-Based Authentication – КВА)⁷⁷³, која представља метод провере идентитета корисника који се ослања на могућност лица које наступа пред јавним бележником да тачно одговори на једно или више тајних питања, која се обично односе на личне информације или искуства која су, претпоставља се, позната само особи чији идентитет се верификује.⁷⁷⁴ Обично је потребно да се одговори на више питања у одређеном року.

Лице које наступа пред јавним бележником потписује документ електронским потписом, као и јавни бележник који ставља и електронски печат или штамбил. Нотар мора да поседује дигитални сертификат који обезбеђује доказ да исправа није мењана након потписивања.⁷⁷⁵

Сматрамо да је спровођењем поступка пред јавним бележником на овај начин обезбеђено очување свих функција јавнобележничке форме.

Закључење електронским путем уговора за које се захтева јавнобележничка форма у праву европских држава

И у европским земљама је промена друштвених околности под утицајем пандемије *covid* вируса довела до промена у погледу активности јавних бележника. Услед поменутих

⁷⁷³ National Association of Secretaries of State, Remote Electronic Notarization Task Force, at <http://www.nass.org/initiatives/remote-electronic-notarization-task-force>

⁷⁷⁴ Ови подаци се обично проналазе у кредитном бироу, јавним регистрима или базама података. У контексту оваког начина провере идентитета може се поставити питање да ли је он у складу са начелом заштите података о личности.

⁷⁷⁵ Electronic and Remote Online Notarization, <https://afsaonline.org/wp-content/uploads/2022/08/AFSA-E-Notary-RON-White-Paper-August-2022.pdf>

околности, било је потребно и пожељно да се уведе пракса обављања радњи пред јавним бележником електронским путем. У спровођењу ове праксе предњачи Естонија, која дозвољава да сви правни послови буду предузети пред јавним бележником електронским путем, осим неких из области породично-правних односа.⁷⁷⁶ Међутим, за нотаре је спровођење радњи електронским путем могућност, али не и дужност. На нотару је да процени да ли се одређена трансакција може извршити коришћењем даљинске аутентификације.⁷⁷⁷

Идентификација се врши путем програма за препознавање лица. На основу фотографије из личног документа који је странка одабрала као основу за препознавање лица и слика направљених путем *web* камере врши се идентификација учесника. Након идентификације, почиње поступак пред јавним бележником. У току спровођења поступка путем видео позива, како би уговорне стране биле упознате са садржином документа, јавни бележник га приказује на екрану. Када се стране усагласе око садржине документа, јавни бележник га шаље странама на потпис. Након што стране потпишу документ, свој потпис ставља и јавни бележник и у том тренутку се сматра да је извршена аутентификација.⁷⁷⁸

У Великој Британији је такође дозвољена „е-нотаризација“. Лице које жели да предузме неки посао пред јавним бележником електронским путем прво мора да постави свој електронски документ на сигурну онлајн платформу. Затим нотар проверава идентитет потписника тражећи лични документ који је издала влада и обављајући видео позив како би потврдио идентитет потписника. Након тога нотар тражи од потписника да електронски потпише документ користећи електронски потпис. Када је документ потписан, нотар ће ставити свој електронски печат и потпис на документ, потврђујући његову аутентичност. Нотар ће такође направити електронски запис трансакције, укључујући временску ознаку и јединствени идентификациони број, који се може користити за верификацију аутентичности документа у каснијем периоду. У Великој Британији нису сви документи погодни за е-

⁷⁷⁶ Међутим, могуће је пред јавним бележником електронским путем закључити споразум о раскиду брака, уколико постоји сагласност око деце и имовине.

⁷⁷⁷ Види: Gracale, S, Fajri Mekka Putra, M. – The Urgency of Electronic Notarization in Indonesia by Seeing the Implementation in Estonia During the Covid-19 Pandemic, *American Journal of Humanities and Social Sciences Research*, Volume-6, Issue-9, 2022, доступно на: <https://www.ajhssr.com/wp-content/uploads/2022/09/Q22609135138.pdf>

⁷⁷⁸ <https://www.notar.ee/en/teabekeskus/kaugtoestus>

нотаризацију. Одређене врсте докумената, као што су тестаменти, уговори о преносу права и изјаве под заклетвом, могу захтевати физичке потписе и нотаризацију.⁷⁷⁹

Закључење електронским путем уговора за које се захтева јавнобележничка форма у српском праву

Тренутна ситуација у нашем праву је таква да квалификовани електронски потпис може да замени, поред својеручног потписа, и оверу својеручног потписа, ако је то предвиђено посебним законом. Дакле, не само да се документ потписан квалификованим електронским потписом изједначава са документом закљученим у писменој форми, него је могуће квалификованим електронским потписом заменити и форму код које се као услов пуноважности захтева овера својеручног потписа. Међутим, ово није могуће урадити самоиницијативно, већ само у случајевима посебно предвиђеним законом.⁷⁸⁰ Вероватно ће ово бити случај када је форма овере потписа прописана у сврху заштите приватних интереса уговорних страна.

Када су у питању остале форме уговора за чије закључивање је потребно учешће органа који има јавноправна овлашћења, односно јавних бележника, Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању изричито наводи да уговори и други правни послови за које је посебним законом предвиђена форма овере потписа, јавно потврђене исправе, односно солемнизације или јавнобележничког записа не могу да буду сачињени у електронском облику.⁷⁸¹ Ово је последица става законодавца да електронска форма закључења уговора још увек не може да замени форму која је строжа од писане.⁷⁸²

У делу рада у коме смо се бавили закључивањем уговора за које је као део форме *ad solemnitatem* предвиђено закључење уговора уз учешће јавног бележника, описали смо ове

⁷⁷⁹ <https://mdpryke-notary.com/2023/05/how-does-e-notarisation-work-in-the-uk/>

⁷⁸⁰ Члан 50. став 3. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Службени гласник РС, број 94/2017 и 52/2021).

⁷⁸¹ Члан 50. став 5. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

⁷⁸² Види: Радовановић, С, Мишчевић, Н. *op. cit.* стр. 1653.

процедуре. Из описаних поступака се види да је обавезно присуство уговорне стране или њеног заступника пред јавним бележником.

Поступак пред јавним бележником почиње идентификацијом странака, што представља елемент битне форме без кога поступак не може да се настави. Утврђивање идентитета спречава опасност да буде нарушена једна од основних функција јавнобележничке форме – аутентификациона функција. Код закључивања уговора за које се захтева јавнобележничка форма утврђивање идентитета електронским путем делује као да би било значајно отежано. Међутим, законодавци у упоредном праву проналазе начине да превазиђу потешкоће. Навели смо пример када смо говорили о идентификацији у Сједињеним Америчким Државама и у Естонији. У актима савезне државе Вирџинија је, на пример, предвиђено да се идентификација учесника врши аудио-видео конференцијским технологијама које омогућавају идентификацију у тренутку предузимања акта пред јавним бележником.⁷⁸³ Идентификација учесника поступка састављања јавнобележничког акта може да се врши на основу постављања питања о личним сазнањима, учешћа сведока, претходне идентификације обављене уживо, дигиталног сертификата којим се приступа биометријским подацима или коришћењем личне идентификационе верификационе картице. Овако наведени начини идентификације одају утисак да је идентификација код закључења јавнобележничке форме електронским путем чак и поузданија од идентификације која се врши пред јавним бележником, нарочито ако се користи више начина идентификације истовремено. Идентитет јавног бележника се потврђује на основу електронског сертификата.⁷⁸⁴

Такође, и солемнизација и јавнобележнички запис предвиђају као део поступка рекогниције упознавање са садржином уговора његовим читањем у присуству уговорних страна и јавног бележника. Овај део поступка, на први поглед, није могуће предузети уколико се уговор закључује у електронској форми. Међутим, с обзиром на то да је сврха овог дела поступка упознавање уговорних страна са садржином уговора, поставља се питање да ли је ову сврху могуће постићи приликом закључења уговора електронским путем. Уколико би се и код нас, као у праву неких америчких савезних држава, примењивала

⁷⁸³ Guiding Principles for Remote Notarization Standards, Version 7-9-17, Produced by Notary Public Administrators' Section Drafting Committee.

⁷⁸⁴ <https://www.docuSign.com/blog/remote-online-notarization-guide>

веза путем *web* камере, могао би да се испоштује захтев нашег права да исправа буде прочитана у присуству јавног бележника. Како је у упоредном праву ово питање успешно решено, постоји нада да ће у будућности и у нашем праву, уз примену истог или проналажењем неког сличног решења, и ова „препрека“ бити превазиђена. Изражавамо чврсту веру да ће у скоријој будућности и уговори за чије се закључење захтева солемнизација или форма јавнобележничког записа моћи да се закључују електронским путем.

У корист томе говори и анализа мотива законодавца за прописивање јавнобележничке форме. Када се посматра, на пример, мотив законодавца за прописивање форме солемнизације за закључење уговора о промету непокретности, долази се до закључка да је ова форма прописана ради заштите како приватних, тако и јавних интереса. Закључивање уговора о промету непокретности пред јавним бележником изазива код уговорних страна свест о значају овог уговора, с обзиром на његову вредност. У том смислу ће уговорне стране боље размислити о битним елементима за закључење овог уговора, као и о осталим условима који се њиме уговарају, него да су само закључиле уговор у писменој форми, без икаквих формалности, какво решење је постојало у нашем праву. Са друге стране, и јавност има интерес да зна да је закључен уговор о промету непокретности због заштите трећих лица која можда полажу неко право на непокретности и како би се спречила вишеструка продаја исте непокретности. Држава такође има фискални интерес да зна да је уговор закључен, како би се спречило избегавање плаћања пореза.

У случају закључења уговора о промету непокретности електронским путем постоји бојазан да сврха заштите приватних интереса уговорних страна не би била задовољена. Постојала би опасност да стране не приступе закључењу овог уговора велике финансијске вредности са довољном пажњом и не придају му онај значај који он заслужује. Брзоплетост и импулсивност би могле да представљају још већу опасност него у случају када би се овај уговор закључио у писменој форми. Ово би могло да се спречи различитим механизмима, као што су немогућност да се пређе на наредни корак у закључењу уговора уколико се одређено време не проведе на страници где је текст уговора, потврђивање на више места у тексту уговора да је странка тај део прочитала итд. Још један део поступка који треба размотрити јесте обавештавање јавности да је уговор закључен и упис новонасталих

околности у јавне књиге за евиденцију непокретности. И сада јавни бележник има дужност да након спроведеног поступка закључења уговора о промету непокретности, по службеној дужности, електронским путем обавести регистар непокретности о извршеној промени власништва и достави исправу којом то поткрепљује. Осим тога, јавни бележник доставља податке о промету непокретности и Пореској управи и органима пореске администрације који утврђују пореску обавезу.

С обзиром на наведено, сматрамо да би и овај корак у закључењу уговора могао успешно да се савлада електронским путем, ефикасније и брже.

3.8. *Smart* уговори

Када говоримо о новим начинима за пуноважно закључење уговора у савременом праву, требало би да се осврнемо и на *smart* уговоре. Ови уговори представљају синергију између рачунарских програма и уговора⁷⁸⁵ и као такви представљају будућност уговорног права, с обзиром на развој рачунарских технологија.

Израз „*smart* уговор“ је уобичајен у упоредном праву. С обзиром на то да се израз *smart* или *паметни* обично повезује са вештачком интелигенцијом, наглашавамо да *smart* уговори не настају уз коришћење вештачке интелигенције, већ овај назив носе због самоизвршивости као своје особине.

Појам *smart* уговора је дефинисао Ник Сабо као „скуп обећања, наведених у дигиталном облику, укључујући протоколе унутар којих стране испуњавају та обећања“.⁷⁸⁶ Дакле, под *smart* уговорима се подразумева рачунарски код који је тако формулисан да аутоматски извршава уговорне обавезе које су стране преузеле својим споразумом, када се испуне задати услови, које такође дефинишу уговорне стране.⁷⁸⁷ Због тога се код *smart*

⁷⁸⁵ Детаљније: Цветковић, М. – Смарт уговори: револуција или компликација?, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 85, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2019, стр. 239.

⁷⁸⁶ Види: Szabo, N. наведено према: Dešić, J, Demark, A. – Prijenos prava na nekretninama putem ugovora sklopljenih u elektroničkom obliku s posebnim osvrtom na tehnologiju blockchain i na pametne ugovore, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 60, 4/2023, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2023, стр. 721.

⁷⁸⁷ Види: De Caria, наведено према Цветковић, М. *op. cit.* стр. 228.

уговора већи значај придаје фази закључења уговора него фази извршења,⁷⁸⁸ која је обично проблематичнија код традиционалних уговора.

Из ових дефиниција можемо да закључимо да *smart* уговори заправо нису посебна врста уговора, већ се под њима подразумевају уговори који се иначе закључују у правном промету, а који се могу закључити и на начин да буду „паметни“. Дакле, у питању је један нов начин закључења и извршења уговора,⁷⁸⁹ који је последица развоја технологије и трансакција које се обављају електронским путем. Оно што је карактеристично за овај начин закључења уговора јесте да не постоји бојазан од неиспуњења, јер су ови уговори самоизвршиви и њихова реализација не зависи од људског фактора.⁷⁹⁰ Ова особина их чини примамљивим за употребу.

3.8.1. Поступак закључења *smart* уговора

Када проучавамо поступак закључења *smart* уговора упоређујући га са традиционалним начинима закључења уговора, уочавамо да и код *smart* уговора постоји понуда и прихват понуде. Понуду је учинио креатор *smart* уговора када је објавио на блокчејну свој *smart* уговор који садржи све битне елементе одређеног уговора који жели да закључи, а прихватам је овај уговор и закључен, уз сагласност обе уговорне стране.⁷⁹¹ Људски фактор учествује само у закључењу ових уговора, чиме је испуњен услов који се захтева за пуноважан настанак било ког уговора – сагласност воља уговорних страна. По овоме се *smart* уговори не разликују од традиционалних уговора. Као један од елемената за пуноважно закључење уговора захтева се и пословна способност уговорних страна. Код

⁷⁸⁸ О томе: Woebeking, Maren K. – The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law, 10/2019, JIPITEC: *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe Institute of Technology, Humboldt-Universität zu Berlin and Georg-August-Universität Göttingen, 2019, стр. 106.

⁷⁸⁹ Дуровик и Јансен наводе да постоје две врсте *smart* уговора. У прву категорију спадају они уговори који се склапају на традиционалан начин, а извршавају као *smart* уговори. Другу категорију чине уговори који се и склапају и извршавају „паметно“ путем блокчејна. Више о томе: Durovic, M., Janssen, A. – The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Book chapter, 2019, стр. 8–9.

⁷⁹⁰ Види: Цветковић, М. *op. cit.* стр. 227.

⁷⁹¹ *Idem*, стр. 230.

smart уговора се овај услов не проверава и уговор може да закључи било које лице, без обзира на своју пословну способност.⁷⁹²

Када се стране споразумеју око битних елемената уговора, ступа на сцену софтвер који је програмиран за аутоматско извршење уговорних одредби када се за то створе услови, односно када наступе уговорене чињенице.⁷⁹³

Из наведеног видимо да *smart* уговори начелно могу да испуне услове који се захтевају за закључење традиционалних уговора и да проблеми који могу да се јаве нису несавладиви.⁷⁹⁴

Када је у питању форма закључења ових уговора, *smart* уговарање је погодно за закључење уговора за које се не захтева форма *ad solemnitatem*. Када се за пуноважно закључење неког уговора захтева посебна форма, *smart* уговарање није још увек погодан начин за закључење ових уговора, судећи по нашем законодавцу. У упоредном праву се јављају случајеви закључења уговора за које се као услов пуноважности захтева испуњење одређене сложеније форме, чак и уз учешће јавних бележника, а који могу да се закључе као *smart* уговори. Због тога верујемо да ће овај тренд у будућности стићи и до нашег правног система.

Када у савременом праву говоримо о форми *ad solemnitatem*, најстрожи захтеви се постављају за уговоре који регулишу промет непокретности и огледају се у учешћу јавног бележника у поступку њиховог закључења. Ови уговори су погодни за аутоматизацију јер је лако изводљиво направити такав *smart* уговор који ће, када купац плати цену непокретности, послати захтев за укњижење у катастар непокретности.⁷⁹⁵ Међутим, поставља се питање да ли би на овај начин били задовољени сви интереси који се штите прописивањем посебне форме за закључење уговора о промету непокретности. Такође, сложенији односи који захтевају предузимање још неких радњи осим простог плаћања цене и предаје ствари нису погодни за уговарање путем „*smart*“ начина закључења.

⁷⁹² Опширније: Durovic, M. Janssen, A. – The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law, *European Review of Private Law*, Volume 26, Issue 6, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019, стр. 768.

⁷⁹³ Види: Dešić, J, Demark, A. *op. cit.* стр. 722.

⁷⁹⁴ Детаљније: Durovic, M, Janssen, A. – The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law? *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Book chapter, 2019, стр. 17.

⁷⁹⁵ Види: Dešić, J, Demark, A. *op. cit.* стр. 722.

Што се тиче заштите јавног интереса и начела публицитета, закључење уговора о промету непокретности као *smart* уговора их не би нарушило. Штавише, аутоматизовано слање података о закљученом уговору као основа за укњижење права на непокретности допринело би ажурности јавних књига за евиденцију непокретности и довело до смањења стварноправних спорова.⁷⁹⁶ Када је у питању део поступка пред јавним бележником који се односи на идентитет странке и утврђивање њене пословне способности, паметни уговори у овом тренутку не нуде решење, што чини људски фактор и даље незаменљивим у овом делу поступка.

Као доказ да је закључење уговора о промету непокретности могуће на потпуно аутоматизован начин, укратко ћемо приказати модел који се успешно примењује у Финској, поред традиционалног начина за закључење уговора о промету непокретности. Финска је успоставила платформу преко које се врше трансакције некретнинама, а која може да се упореди са нашим катастром непокретности. Продавац некретнине се идентификује на поменутој платформи и иницира процес продаје састављањем нацрта уговора, који купац може да прихвати или да измени. С обзиром на то да се у Финској власништво на непокретности стиче у тренутку склапања уговора, када се уговорне стране сложе око битних елемената и текста уговора и ставе свој квалификовани електронски потпис, сматра се да је извршен пренос власништва, чиме се аутоматски мењају подаци у регистру непокретности.⁷⁹⁷

И у случају *smart* уговора, као и у старом римском праву, долазимо до ситуације да су важећа правна правила кочница за брзи развој правног промета. Развој и проширење употребе тренутно најсавременијих начина закључења уговора онемогућени су захтевима правних правила која захтевају испуњење одређених формалности како би се неки уговори сматрали пуноважно закљученим. Верујемо да ће право, како је његова досадашња историја показала, и у овом случају имати слуха за нове начине закључења уговора, који су последица развоја дигиталних технологија, и да неће дозволити да форма буде препрека развоју *smart* уговарања. Очекујемо да ће употреба *smart* уговора у будућности бити широко распрострањена не само у упоредном већ и у нашем праву. Неки аутори предлажу, за почетак, комбинацију традиционалних и *smart* уговора, као комбинацију компјутерског кода

⁷⁹⁶ Doversberger, наведено према *Idem.* 723.

⁷⁹⁷ Види: Dešić, J, Demark, A. *op.cit.* 724.

са људским језиком, како би се превазишли недостаци и једног и другог начина закључивања уговора.

Употреба *smart* уговора иде у прилог теорији о ренесанси формализма, с обзиром на то да су ови уговори који се изражавају путем компјутерског кода строго формални и тежи се томе да нема двосмислености одредби уговора. Ово доприноси елиминисању неспоразума, спорова због неиспуњења уговора и могућности за злоупотребе.

ЗАКЉУЧАК

На основу свеобухватног истраживања спроведеног у докторској дисертацији под насловом „Форма *ad solemnitatem* у римском и савременом уговорном праву“ изведено је више значајних закључака.

Као општи закључак издваја се да је форма *ad solemnitatem* заједнички именитељ за правну прошлост и правну садашњост: као основни принцип преткласичног римског права, била је од значаја све до краја римске правне историје, без обзира на изражену примену принципа консенсуализма током развоја римског права у периоду принципата и домината. Принцип формализма имао је суштински значај у римском праву и римско право га се за тринаест векова свог постојања није одрекло.

Принцип формализма је продужио своје постојање и у средњем веку, све док није постао кочница развоју економије и трговине, што је резултирало признањем принципа консенсуализма у 16. и 17. веку. Од тог периода принцип консенсуализма је фаворизован у односу на принцип формализма и тако је и данас у условима савременог права.

Посматрајући правну историју уговорног права од римског права до данас дошли смо до закључка да су се наведени принципи смењивали, у зависности од више фактора од којих су најзначајнији друштвено-економске прилике. Међутим, никада ниједно од ових принципа није стекло пуну доминацију. И у периодима када је превладавао консенсуализам било је уговора за које је као услов пуноважности била предвиђена форма *ad solemnitatem*.

Поред општег закључка, у току истраживања изведено је и више посебних закључака.

1. На почетку свог развоја, примитивна друштва и архаична права држава Старог Истока и Сатре Грчке су познавала само најосновније облике облигационих односа. Развојем приватне својине и трговине, број уговора који су закључивани се повећао. У Вавилонском царству, у време доношења Хамурабијевог законика, за закључење уговора се није захтевао претерани формализам, већ се ценила сагласност воља, што овакав принцип чини изузетно напредним за право овог периода. Нигде у тексту Хамурабијевог законика не налазимо описане посебне процедуре и свечане речи за закључење уговора, које карактеришу римско право на почетку његовог развоја. Присуство сведока се често захтевало, али у сврху лакшег доказивања постојања и садржине уговора, а не као услов пуноважности уговора. У писаној форми су се закључивали најважнији уговори, али њихова форма није морала да буде посебно свечана, већ је било довољно да може да се утврди воља уговорних страна. На основу анализе уговора регулисаних Хамурабијевим законом дошли смо до закључка да уговори за које се захтевала обавезна форма као услов пуноважности, иако реткост, нису били потпуна непознаница правном систему Вавилонa. Египатско право се, вероватно због јаког утицаја религије, одликовало строгим формализмом. Уговори су закључивани усмено, у свечаној форми и уз компликовану процедуру пуну религијских ритуала и са обавезом полагања заклетве.

О форми правних послова у старој Грчкој смо највише података могли да добијемо из Гортинског законика, с обзиром на то да ни Спарта ни Атина, као два најзначајнија грчка полиса, нису оставили законице. Уговори који су били регулисани Гортинским законом су углавном били неформалног карактера, мада постоје индиције да су закључивани и у присуству сведока. Из радова правних историчара смо дошли до податка да се атинско право рано ослободило формализма, што је последица развијених трговачких односа, који нису трпели компликоване форме. Са друге стране, у Спарти скоро да није постојао робноновчани промет, све до Пелопонеских ратова, па ни облигационо право није било развијено.

2. За пуноважно закључење уговора у различитим периодима развоја римског права, од суштинског значаја био је степен развоја друштвено-економских прилика римског друштва.

2.1. У преткласичном периоду основна ћелија друштва била је римска породица. Како је конзорцијум, као први облик римске породице била широка породична заједница

(породична задруга), организована у генсове и окарактерисана свеопштим примитивизмом римског друштва на почетку историје, размена вишкова производа са другим породицама је била врло ретка појава. Примитивне прилике римског друштва на почетку развоја нису захтевале развијена правна правила из области уговорног права, а форма која је захтевана за размену добара састојала се у изговарању свечаних речи које су биле услов за пуноважност размене.

Сви уговори су закључивани изговарањем речи „*sponsio*“ - обећавам, а њихово извршење је било обезбеђено страхом од религијских санкција и поверењем у дату реч, које је било карактеристично за овај период.

Пред крај преткласичног периода у периоду републике, осим промена на пољу државне организације власти и друштва дошло је и до промена у погледу економских прилика, што је резултирало изменама у погледу форме закључења уговора. Доношење Закона XII таблица био је први корак у смањењу утицаја религије на римско право. Иако, у време доношења Закона још увек није било развијеног правног промета у тој мери који би захтевао детаљније законско уређење, помињу се нексум и манципација као строго формални начини закључења уговора. Последица правила које је важило у овом периоду да форма чини суштину уговора „*forma dat esse rei*“, била је ништавост уговора који нису закључени уз поштовање свих елемената свечане и сложене форме.

Форме за закључење уговора које су обележиле овај период су се састојале од изговарања свечаних речи (*sponsio*) и од симболичних гестова и јавних изјава датих у присуству сведока (манципациона форма *per aes et libram*). Правни послови који су се склапали у форми манципације (*per aes et libram*) били су заступљени у домену статусног, породичног, наследног, стварног и облигационог права. Форма *sponsio* је имала много већу примену у уговорном праву (за закључење уговора попут купородаје, зајма, закупа итд.) јер се форма *per aes et libram* примењивала само код нексума и временски ограничено, до доношења *Lex Poetelia Papiria*. Честој употреби стипулације и њеном дугом трајању допринело је то што су обично форме које су Римљани употребљавали биле строге и компликоване, а стипулација се, иако строго формална, закључивала брзо, изговарањем кратких формула. Строга форма се огледала у томе што су употребљаване тачно одређене речи, а одговор је морао да уследи одмах након постављеног питања. Стипулацију су у овом периоду могли да закључују само римски грађани.

Законом 12 таблица је, као начин стицања својине, предвиђена и форма *in iure cessio*, међутим није често коришћена јер у периоду када је реч имала велику вредност увек је било лакше уговор закључити пред пријатељима у својству сведока, него пред магистратом.

2.2. У класичном периоду (последња два века републике и принципат), услед великих освајања, масовног коришћења робова у производњи, развоја новчане привреде, омасовљавања производње, дошло је до наглог економског развоја, који је захтевао флексибилније начине закључења уговора. У овом периоду су нестале разлике између становника римске државе и перегрина, са персоналног принципа важења права се прешло на територијални принцип, а римско право је почело да поприма утицаје правних система покорених народа. За класични период развоја римског права се каже да је најплодоноснији на пољу развоја права, захваљујући активности претора и класичних правника, као и преласку улоге тумача и чувара римског права са понтифика на јуриспруденте.

Тенденција смањења формализма за закључење правних послова коју су започели претори пред крај преткласичног периода, била је настављена и у класичном периоду развоја римског права. Томе су посебан допринос дали и сами владара и јуриспруденти. Утицај религије је ослабио, па су у правни систем, уместо страха од религијских санкција, ушла нова начела попут *bona fides, equitas* и начела праведности, чије поштовање је била гаранција извршењу обавеза из уговора.

Поред *ius civile*, дошло је, захваљујући активности претора, до развоја још два правна система - *ius honorarium* и *ius gentium*. Активност градског претора се састојала од проширивања, допуне и исправљања *ius civile* због његове застарелости, чиме је створен нови правни систем (*ius honorarium*), чије норме су биле флексибилније и који је имао слуха за промене, којих је било на свим пољима. Настанком бонитарне својине, претор је смањио формалности које су се захтевале за пренос својине на *res mancipi* и увео традицију као нов начин за пренос својине на *res nec mancipi*. Перегрински претор је, стварајући правила која су регулисала односе између Римљана и странаца или између странаца утицао на смањење формализма римског уговорног права.

О формалним начинима закључења уговора класичног периода највише сазнајемо из Гајевих Институција. Примена форме *per aes et libram* је у новим друштвеним условима била отежана, па у класичном периоду није више било облигација које су настајале у овој форми. То је довело до све чешће употребе стипулације за закључење уговора, која се, за

разлику од манципације, закључивала без симболичних гестова, јавних изјава и присуства сведока. Пратећи развој стипулације, уочавамо да је дошло до ублажавања формалних захтева за њено пуноважно закључење у односу на преткласично право: проширењем персоналног важења правила *ius civile* на перегрине, дозвољено је закључење стипулације и њима, допуштено је закључење стипулације изговарањем и других речи, а не само *spondeo*, а било је могуће изговарање и речи на грчком језику. Претор је био заслужан за промену правне природе стипулације из апстрактног у каузални правни посао, јер је дозволио приговор да основ обавезивања није испуњен. На примеру стипулације смо уочили јасну тенденцију смањења формализма услед промене друштвено-економских прилика и смањења утицаја религије.

Осим стипулације, употребљавала су се још два вербална уговора - *dotis dictio* и *iusiurandum liberti*. Иако поједностављена, вербална форма је имала и недостатке, од којих је највећи била апстрактност и невидљивост каузе. То је и био разлог зашто је у класичном периоду вербална форма замењена литерарном (писаном) формом, под утицајем грчког права. И ову тенденцију смо уочили на примеру стипулације, чији садржај је у класичном периоду, када је и ниво писмености порастао и када су се спојили контракти цивилног и преторског права (стипулација и хирографе и синграфе), почео да се бележи, како би послужио као доказ о преузетој обавези (*instrumentum stipulationis*). Средином класичног периода, почела је да се употребљава и реална форма која је као услов пуноважности правног посла захтевала поред сагласне изјаве воља и акт предаје.

У класичном периоду је установљен један принцип који је касније преузело и савремено право и који је био израз слободне воље уговарача – *solus consensus obligat*.

Консенсуална форма није у потпуности потиснула форму *ad solemnitatem* у класичном периоду. Иако је у овом периоду било опште познато колики је значај сагласности воља, поред сагласности, као субјективног услова за пуноважност уговора, за закључење готово свих уговора је био потребан још један – објективни елемент, који се огледао у форми која се захтевала за закључење ових уговора. Ипак, четири најкоришћенија уговора су закључивана само простом сагласношћу воља, што је сасвим оправдано с обзиром на то да су они били најнеопходнији за брз правни промет и развој привреде и трговине у периоду процвата римског царства.

2.3. У периоду посткласичног римског права дошло је до економског краха државе, до кризе робно-новчане привреде и враћања на натуралну размену. Из овог разлога, многа правила класичног римског права која су се примењивала на робно-новчане односе су била неупотребљива у посткласичном периоду. Правници су се углавном бавили прикупљањем и коментарисањем текстова класичних правника. Због систематизације правних правила у Јустинијановој кодификацији се за посткласични период не може рећи да је био неплодан по питању права, али дефинитивно није донео неке значајније новине. Религија се у посткласичном праву вратила на друштвену сцену као врло значајан фактор.

У овом периоду су настале најзначајније промене у формама закључења уговора. Промењена је сврха форме. Док је она у преткласичном и класичном праву постојала како би ограничила вољу уговорних страна, у посткласичном римском праву њена сврха је да употпуни њихову слободу воље. Скоро да су нестале свечане и строге форме које су у ранијим периодима захтеване за закључење уговора. Како сазнајемо из Јустинијанове кодификације, с обзиром на то која форма је захтевана за закључење уговора, извршена је подела на вербалне, реалне, писане (литерарне) и консенсуалне уговоре.

Вербални уговори су у периоду домината скоро па у потпуности нестали јер су их услед утицаја грчког права и промењених друштвено-економских прилика, замениле неке друге форме. Стипулација је остала у употреби, али је потпуно променила своју суштину: од апстрактног, строго формалног вербалног уговора, постала је каузални, литерарни контракт. Укинута су посебне свечане речи и дозвољено је да стране било којим речима постигну споразум, а више се није захтевало ни да питање и одговор буду изјављени истовремено. Усмени део је остао само као траг у писаном акту, а постојање усменог договора се претпостављало ако је сачињена исправа - *instrumentum stipulationis*. Стипулација се у посткласичном периоду потпуно трансформисала у литерарни контракт, а стари литерарни контракти су престали да се употребљавају. *Instrumentum stipulationis* је у почетку имала само доказну снагу и није била услов пуноважности закључене стипулације, док је у Јустинијаново доба представљала скоро необорив доказ да је стипулација извршена.

У посткласичном праву је усвојен став да је могуће одвојити својину на ствари од детенције или државине, па су у групу реалних уговора поред *mutuum*-а, сврстани и они уговори код којих је предаја ствари услов пуноважности уговора, а код којих се не преноси својина на примаоца (*depositum*, *commodatum* и *pignus*).

Настављена је тенденција ширења примене консенсуализма и у посткласичном периоду. Није било нових именованих консенсуалних уговора. Међутим, многи правни послови су закључивани простом сагласношћу воља, али их римски правници никада нису сврстали у групу консенсуалних контраката, већ су чинили посебну категорију – *pacti*. Без обзира на ове околности, принцип консенсуализма никада није формално добио превагу над принципом формализма.

3. Ранофеудалне државе које су настале на територији некадашњег западног дела Римског царства су се вратиле на натуралну привреду, производња и трговина су замрле, па околности више нису биле такве да је била адекватна примена римског права. На територији Византије је наставило да се примењује римско право, али је и овде промена друштвено-економских околности и прелазак на феудалне односе довела до слабије употребе римског права систематизованог у Јустинијановој кодификацији. До поновног оживљавања римског права је дошло у Италији, а након тога и у другим средњовековним државама након поновног развоја робноовчаних односа.

Форма уговора која се често користила била је „чврста вера“, а по поступку је била врло слична форми *per aes et libram*. Као и у римском праву, и овде је писмена форма потиснула овај сложен и формалистички поступак. У средњовековним зборницима правних норми, који су обухватили само најважнија питања из области грађанског и кривичног права (Еклога, Прохирон, Епанагога, Василике) често су се сретале норме које су предвиђале присуство сведока приликом предузимања правних радњи.

Након досељавања на Балканско полуострво, Срби су били под снажним утицајем хришћинства. Путем црквеног права, у српско законодавство су продрла и правна правила римског права, између осталих и она која се односе на форму закључења уговора. На овај начин је формализам римског права доспео у српско законодавство. Норме које се односе на закључење уговора су могле да се нађу у Скраћеној Синтагми Матије Властара и у Закону цара Јустинијана. Док робноовчани односи нису били развијени често се закључивао уговор о разме ни (што је било карактеристично и за римско право најстаријег периода). Занимљиво је да је уговор о купопродаји био закључиван у реалној форми, а писмена форма се примењивала на уговор о поклону, који је био врло чест у средњовековној Србији. И у српском средњовековном праву је често било предвиђено присуство сведока.

4. Нови век карактерише развој науке, тржишне економије, потискивање феудализма и проналазак нових континената. Нове околности су захтевале правно регулисање. Као узор за модерне грађанске законике XX века (Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, Немачки грађански законик, Швајцарски грађански законик, Српски грађански законик) послужиле су одредбе Јустинијанове кодификације, што говори о њеној ванвремености. С обзиром на то да је Српски грађански законик имао узор у Аустријском грађанском закону, а у неком делу и Француском, за нас је било значајно да анализирамо на који начин су ови законици регулисали форму закључења уговора.

Први грађански законик који је донет је био француски *Code Civil*. Након периода старог француског права које је било строго формално (уговори су закључивани у реалној форми и уз свечане ритуале), од XV века је начело консенсуализма однело превагу. Француски *Code Civil* је за пуноважно закључење уговора захтевао само сагласност воља уговорних страна. Међутим, иако је као основни принцип прихваћен консенсуализам, у неким случајевима се захтева строжа форма за закључење уговора. Исти је случај и са Аустријским грађанским законом.

Угледањем на Аустријски и Француски грађански законик, српско право је посредно реципирало римско право. Међутим, др Јован Хацић је приликом рада на тексту Српског грађанског законика користио и *Corpus Iuris Civilis*, па је на тај начин дошло и до непосредне рецепције. Дакле, и Српски грађански законик је прихватио принцип консенсуализма. Његове одредбе су као форму *ad solemnitatem* најчешће предвиђале писмену форму. Осим ње, као форма закључења уговора се помиње „изјава пред влашћу“, за коју смо закључили да има доста сличности са поступцима пред јавним бележником у савременом праву. Често се захтевало присуство сведока, али никад као самостална форма. Реална форма се захтевала код уговора о остави, послузи и зајму, баш како је регулисано и у Јустинијановој кодификацији.

На основу овога можемо да закључимо да ни у праву грађанског друштва принцип консенсуализма, иако је преовладавао, није био апсолутан.

5. Једно од основних начела савременог уговорног права прописано Законом о облигационим односима Републике Србије је начело аутономије воље, које у контексту овог рада подразумева да стране уговорнице могу закључивати уговоре без испуњења посебне форме која је предвиђена законом. Са друге стране, оне саме могу предвидети да ће уговор

закључити у некој форми, када она постаје услов пуноважности уговора. Као што се показало у досадашњој анализи, аутономија воље уговорних страна никада није била апсолутна, па није ни у савременом праву. Штавише, говори се о ренесанси формализма. Међутим, мотиви за прописивање форме *ad solemnitatem* нису исти као у римском праву. Сада је прописивање обавезне форме израз потребе да се обезбеди правна сигурност због повећаног новчаног промета, нових начина закључења уговора, дистанционе продаје и већих могућности за злоупотребе, као и да се заштите појединачни и општи интереси свих учесника у правном промету.

Усмено закључење уговора се у римском праву сматрало формалним јер су изговаране тачно одређене речи у свечаној форми, док је у савременом праву усмено закључење уговора најчешћа и најједноставнија форма.

Законом о облигационим односима је напуштено становиште да су уговор о остави, послузи, зајму и залози реални, чиме је реална форма као обавезна нестала из српског права (реална форма се задржала једино код капаре).

Форма која се прописује као *ad solemnitatem* у савременом праву је најчешће писана форма. Може да буде „обична“, када се уговор сматра пуноважним када су стране својеручно потписале текст уговора или квалификована, када у закључењу учествује и јавни бележник као орган јавне власти. Пре увођења јавног бележништва у српско право, за неке уговоре је била прописана писмена форма, уз коју се захтевала и судска овера. Доношењем Закона о јавном бележништву 2011. године, у српско законодавство су уведене 3 јавнобележничке форме: јавнобележнички оверена (легализована) исправа, јавнобележнички потврђена (солемнизована) исправа и јавнобележнички састављена исправа – јавнобележнички запис (тренутно најстрожа форма у српском праву). Форме које се предузимају пред јавним бележником су најсигурније за странке, али подразумевају и строге формалности и додатне трошкове. Последица непоштовања стого форме када је она законом предвиђена је и у овом случају ништавост уговора. Можемо да говоримо о ренесанси и вербалне форме, с обзиром на то да је читање исправе у поступку солемнизације обавезан и изузетно значајан део поступка, чије прескакање води ништавости уговора.

Савремено право углавном прописује обавезну форму када су предмет уговора ствари веће вредности о чијим власницима се води евиденција у посебним јавним књигама (некретнине, аутомобили, бродови, ваздухоплови...). Истраживањем еволуције форме

уговора који за предмет имају непокретности дошли смо до закључка да се форма временом поопштравала, али и да су неки друштвени фактори битно утицали на одлуку законодавца коју форму ће прописати као обавезну.

Истраживањем и анализирањем форме као битног елемента уговора у савременом праву у току истраживања осврнули смо се и на нови начин закључења уговора, који је последица експанзије интернета и савремених технологија. У питању је закључивање уговора у електронском облику. Овај начин закључења уговора није регулисан Законом о облигационим односима, већ се законодавац одлучио за доношење посебног закона. Закон о електронској трговини је донет 2009. године, у складу са европском и светском правном регулативом у овој области. Овај закон не наводи уговоре који могу да буду закључени електронским путем, већ каже да ће посебним законом бити предвиђено који уговори нису погодни за закључење у електронској форми. Зато смо у раду обрадили питање које традиционалне форме закључења уговора могу бити замењене електронском формом. Када су у питању консенсуални уговори, не поставља се питање њихове пуноважности уколико су закључени електронским путем. С обзиром на то да за ове уговоре није потребно извршење никаквих формалности, већ само сагласност воља уговорних страна, сматрамо да сагласност воља може да се исказе и електронским путем. Дилема настаје када је у питању закључење електронским путем и у електронској форми уговора за које је законом предвиђена посебна форма као услов пуноважности, односно форма *ad solemnitatem*. Када је у питању писмена форма, такође је могуће закључење уговора за које је прописана ова форма и у електронском облику, с тим што се својеручан потпис замењује квалификованим електронским потписом. Што се тиче јавнобележничких уговора, у неким правним системима је дозвољено закључивање ових уговора електронским путем под условом да су испуњени одређени услови и да су предузети одређени безбедоносни кораци како би се осигурала аутентичност потписа и интегритет документа. Српско право још увек није међу њима, па смо анализирали решења из упоредног права, како бисмо испитали да ли постоји могућност да се електронска нотаризација уведе и у српско законодавство. Сматрамо да би део поступка који се односи на идентификацију и упознавање са садржином уговора могао успешно да се спроведе, по узору на САД и Естонију. Што се тиче потписа, у Србији је већ увелико развијена пракса коришћења квалификованог електронског потписа. Како је у упоредном праву ово питање успешно решено, закључили смо да би било корисно и

целисходно када би се омогућило поступање пред бележницима електронским путем и у српском праву, уз примену истог или проналажењем неког сличног решења. Ово би било у складу са мотивом законодавца за прописивањем јавнобележничке форме.

Говорећи о новим начинима за пуноважно закључење уговора у савременом праву, осврнули смо се и на “*smart*” уговоре који представљају синергију између рачунарских програма и уговора и као такви представљају будућност уговорног права, с обзиром на развој рачунарских технологија. И у случају *smart* уговора, као и у старом римском праву, долазимо до ситуације да су важећа правна правила кочница за брзи развој правног промета. Развој и проширење употребе тренутно најсавременијих начина закључења уговора је онемогућено захтевима правних правила која захтевају испуњење одређених формалности како би се неки уговори сматрали пуноважно закљученим. Верујемо да ће право, како је његова досадашња историја показала и у овом случају имати слуха за нове начине закључења уговора, који су последица развоја дигиталних технологија и да неће дозволити да форма буде препрека развоју *smart* уговарања. Очекујемо да ће употреба *smart* уговора у будућности бити широко распрострањена не само у упоредном, већ и у нашем праву. Неки аутори предлажу, за почетак, комбинацију традиционалних и *smart* уговора, као комбинацију компјутерског кода са људским језиком, како би се превазишли недостаци и једног и другог начина закључивања уговора.

Употреба *smart* уговора иде у прилог теорији о ренесанси формализма, с обзиром на то да су ови уговори који се изражавају путем компјутерског кода строго формални и тежи се томе да нема двосмислености одредби уговора. Ово доприноси елиминисању неспоразума, спорова због неиспуњења уговора и могућности за злоупотребе.

Иако постоје и критике на рачун строгих форми за закључење уговора у савременом праву (ограничење принципа аутономије воље, трошкови поступка пред јавним бележницима, успоравање правног промета, велики број ништавих уговора...), с обзиром на сигурност правног промета, заштиту приватних интереса, интереса трећих лица и јавног интереса, налазимо да је постојање форме *ad solemnitatem*, дефинисане и широко примењиване у римском праву оправдано и данас у условима савременог права.

На тај начин дошли смо и до генералног закључка овог рада који потврђује хипотезу постављену на почетку истраживања, а то је да је римско право класичног и посткласичног периода поставило темеље за даљи развој оних уговора код којих је форма конститутивни

елемент (форма *ad solemnitatem*). Овим се још једном истиче универзалност, трајна вредност и даља потреба за изучавањем темеља права – римског права. Његова универзалност огледа се у способности да формулише опште правне принципе и појмове који превазилазе временске и просторне оквире у којима су настали. Актуелност римског права потврђује се његовом трајном присутношћу у савременим правним системима, посебно у области уговорног права.

ЛИТЕРАТУРА

Аврамовић, Сима - *Опита правна историја, I део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације, Београд, 1996

Аврамовић, Сима - Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога? у *Српски грађански законик – 170 година*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2014

Аврамовић, Сима, Станимировић, Војислав - *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2023

Аличић, Самир - Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законик, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 38 (2), Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 383-415.

Аличић, Самир – Форма правног посла у Гајевим институцијама, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 40(1), Нови Сад, 2006, стр. 125-143.

Аличић, Самир - Један пример непосредне рецепције римског права у Српском грађанском законик (1844), *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2013, стр. 131–143.

Anderson, Ronald Aberdeen, Fox, Ivan, Twomey, David P. - *Business law*, South-Western Publishing Co, Nashville, 1981

Аранђеловић, Драгољуб - О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш Грађански законик, *Архив за правне и друштвене науке*, Правни факултет у Београду, Београд, 1911

Благојевић, Т. Борислав - *Облигационо право: белешке по предавањима Борислава Т. Благојевића одржаним у школској 1945/46 години*, Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права, Београд, 1946

Благојевић, Т. Борислав - Утицај француског Грађанског законика на србијански Грађански законик, *Правна мисао*, Часопис за право и социологију, Београд, 1940

Благојевић, Т. Борислав, Круљ, Врлета - *Коментар закона о облигационим односима I*, Савремена администрација, Београд, 1983

Boras, Mile, Margetić, Lujo - *Rimsko pravo*, Informator, Zagreb, 1986

Бујуклић, Жика - *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010 и 2018

Бујуклић, Жика - *Форум романум - римска држава, право, религија и митови*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012

Von Bar, Christian, Clive, Eric (editors) - *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol.II*, Sellier, Munich, 2009

Вулетић, Владимир - Од *bona fides* до начела савесности и поштења, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVIII, Београд, 1/2010, стр. 258-287.

Вулетић, Владимир, Кићановић, Марко - Јустинијанова кодификација - лична карта правног идентитета Европе, *HARMONIUS - Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, број 2(1), Harmonius, Београд, 2013, стр. 338-357

Вулетић, Владимир - *Римска класична јуриспруденција: дилеме и правне контроверзе у Гајевом делу*, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2017

Гавриловић, Биљана - Правноисторијски поглед на форму закључења брака у српском праву, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 2019, стр. 149-163.

Гавриловић, Нина - Историјска и компаративна анализа уговора о остави: римско и савремено континентално и англо-саксонско право, *Зборник радова студената докторских студија права*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2014

Гамс, Андрија - Апстрактни правни послови, *Анали Правног факултета у Београду*, год. XII, 1964

Гамс, Андрија - *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд, 1963

Гамс, Андрија, Ђуровић, Љиљана - *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд, 1982

Girard, Paul Frederic - *Manuel elementaire de droit romain*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1918

Ghestin, B. Jacques - *La formation du contrat, Traite de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, 1993

Gracale, Sharon, Fajri Mekka Putra, Mohamad, The Urgency of Electronic Notarization in Indonesia by Seeing the Implementation in Estonia During the Covid-19 Pandemic, *American Journal of Humanities and Social Sciences Research*, Volume-6, Issue-9, 2022, pp-135-138, доступно на: <https://www.ajhssr.com/wp-content/uploads/2022/09/Q22609135138.pdf>

Даниловић, Јелена - Српски грађански законик и римско право, *150 година САНУ*, књига 118, САНУ, Београд, 1996.

Даниловић, Јелена, Станојевић, Обрад - *Текстови из римског права, практикум за вежбе*, Београд, 1993

Димезил, Жорж - *Древна римска религија*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад, 1997

Дивљак, Драго - Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 909-924.

Dešić, Josip, Demark, Armando - Prijenos prava na nekretninama putem ugovora sklopljenih u elektroničkom obliku s posebnim osvrtom na tehnologiju blockchain i na pametne ugovore, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 60, 4/2023, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2023, str. 717-738. dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/450319>

Ђорђевић, Александар - Рецепција грчко-римског (Византијског) приватног права у Душановом законодавству, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 76, година LVI, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2017

Ђорђевић, Живомир, Станковић, Владан - *Облигационо право (општи део)*, Научна књига, Београд, 1986

Ђурђевић, Дејан - *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд, 2014

Ђурђевић, Дејан - Признање нотарског записа, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, Београд, 2012, стр. 159-184.

Ђурђевић, Марко - Јавнобележничко право, *Нотаријат и уговори*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 221-273.

Ђурић-Милошевић, Тамара – Јавнобележничка форма уговора у наследном праву, *Зборник радова „Услуге и владавина права“*, Крагујевац, 2021, стр. 471-486.

Ђurović, Mateja, Janssen, Andre - The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law, *European Review of Private Law*, Volume 26, Issue 6, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019, str 753-772. доступно на: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/26.6/ERPL2018053>

Ђurović, Mateja, Janssen, Andre - The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Book chapter, str. 1-27.

https://theblockchaintest.com/uploads/resources/Mateja%20Durovic%20_%20Andre%20Janssen%20-%20The%20Formation%20of%20Smart%20contracts%20and%20Beyond%20-%202022.pdf

Eisner, Bartold, Horvat, Marijan - *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948

Živković, Miloš, Živković, Vesna - O uvođenju javnog beležništva u Srbiji. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(2), Zagreb, 2013

Zarro, Gianluca - Formalismo e consensualismo: una lettura agli an-tipodi dell'esperienza romana, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano XXVII*, 2014, стр. 351-395.

Игњатовић, Марија - Римско право и *Code Civil*, у: *Две стотине година од доношења Француског грађанског законика*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2006, стр. 303-315.

Игњатовић, Марија - Римско право и његов трајни карактер: утицај римског права на савремено право, *Право - теорија и пракса*, 29(7–9), Универзитет Привредна академија – Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2012

Игњатовић, Марија, Шутова, Милица – Класификација правних послова у римском и савременом праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXIV, 2013, стр. 179-198.

Игњатовић, Марија – Одговорност за штету причињену туђим радњама у римском праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 79, година LVII, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2018

Игњатовић, Марија – „*Da mihi facto, dabo tibi ius*: stvaranje, kreiranje, tumačenje i primena prava u starom Rimu, *Zbornik na trudovi*, Treta međunarodna konferencija „Opštествени промени во globalniot svet“, Praven fakultet, Štip, Severna Makedonija, 2016

Игњатовић, Марија - *Capacitas iuridica* и *status familiae* у римском праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 78, година LVII, 2018

Игњатовић, Марија, *Основи римског поморског права*, Студентски културни центар Ниш, Ниш, 2019

Игњатовић, Марија, Римско право, Медивест КТ, Ниш, 2022

Игњатовић, Марија - Римско право и његов трајни карактер: утицај римског права на савремено право, *Право - теорија и пракса*, 29(7-9), Универзитет Привредна академија – Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2012, стр. 55-70.

Игњатовић, Марија - *Практикум за римско право*, ГИП Пунта, Ниш, 2013

Избор текстова за предмет Правна традиција словенских народа, Ниш 2012.

Fürst, Isidora - Положај жене Античке Грчке у брачном и породичном праву, *Весник правне историје*, година I, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, стр. 46-67.

Јакшић, Стеван - *Облигационо право*, општи део, Веселин Маслеша, Сарајево, 1957

Јовановић, Мила - *Коментар старог римског ius civile*. Књ. 1, *Leges regiae*, Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2002

Јовановић, Мила - *Коментар старог римског ius civile*. Књ. 2, Закон XII таблица (I-VI), Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007

Јовичић, Катарина - Правна питања електронских уговора, с освртом на уговор о продаји робе, *Интернет и друштво*, Српско социолошко друштво, Универзитет у Нишу, Филозофски факултет, Институт за упоредно право Београд, Београд и Ниш, 2014, стр. 353-364.

Јоцић, Лазар - Улога римског права у стварању модерних система приватног права и његов значај данас, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1989, стр. 187-194.

Castells, M. – *Uspon umreženog društva*, preveo Ognjen Andrić, Informacijsko doba: ekonomija, društvo i kultura, Golden marketing, Zagreb, 2000

Камбовски Игор - Закон о електронској трговини – десет година касније, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 81, година LVII, Ниш, 2018, стр. 259-268.

Караникић Мирић, Марија, Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности, *Српска политичка мисао*, број 2/2015, год. 22, вол. 48, Институт за политичке студије, Београд, 2015, стр. 313-339.

Караникић Мирић, Марија - Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву, *Теме*, XXXIV, бр. 4, Универзитет у Нишу, Ниш, 2015, стр. 1319-1340.

Kaser, Max - *Roman Private Law*, A translation by Rolf Dannenbring, Buterworths, 1984

Китановић, Тања, Игњатовић, Марија – Еволуција установе усвојења од римског до савременог права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, година XLVII, бр. 4, Нови Сад, 2013, стр. 163-184.

Кораћ, Велибор – Обавезе нотара при сачињавању уговора о купопродаји непокретности, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 11/2013, Београд, 2013, стр. 731-750.

Ковачевић Куштримовић, Радмила - *Грађанско право – општи део*, Институт за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1997

Ковачевић, Куштримовић, Радмила - Реални правни послови, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 27, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1987, стр. 131-143

Ковачевић Куштримовић, Радмила, Лазић, Мирослав - *Стварно право*, Пунта, Ниш, 2009

Косановић, Нина – Однос права и религије у старом Риму, *Религија и толеранција*, vol. XII, No 22, Центар за емпиријска истраживања религије, Нови Сад, 2014

Константиновић, Михајло - *Облигације и уговори*, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1996

Кораћ, Велибор - Обавезе нотара при сачињавању уговора о купопродаји непокретности, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 11/2013, Београд, 2013

Крешић, Андрија - *Религија као култ божанске и световне власти*, Издавачко предузеће “Рад”, Београд, 1958

Лоза, Богдан - *Облигационо право, општи део*, Службени гласник, Београд, 2000

Lloyd, J. Ian – *Information Technology Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011

Лукић, Радомир – *Методологија права*, Јустинијан, Београд, 2003

Маленица, Антун – *Манципација у Гајевим институцијама*, Нови Сад, 2023

Маленица, Антун - *Извори римског права*, I том, Научна књига, Београд, 1993

Маленица, Антун - *Римско право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2007

Маленица, Антун - Римска правна традиција у српском праву, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2/2004, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004

Маленица, Антун, Деретић, Наташа - *Римско право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011

Марковић, Биљана - *Јустинијанов закон – средњовековна византијско-српска правна компилација*, САНУ, 2007, Београд

Марковић, Лазар - *Облигационо право, Класици југословенског права*, Службени лист СРЈ, Београд, 1997

Машкин, А. Николај - *Историја старог Рима*, Научна књига, Београд, 1997

Месиховић, Салмедин - *Едиција 12 стољећа римског свијета*, Филозофски факултет у Сарајеву, Сарајево, 2013

Мијачић, Мирса - *Облигациони уговори*, Савремена администрација, Београд, 1988 и 1990

Милошевић, Мирослав - *Римско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010

Мирковић, Зоран - *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017

Мишчевић, Николина - *Јавнобележничка форма облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2022

Мораит, Бранко - *Облигационо право*, Атлантик ББ, Бања Лука, 1997

Наумовски, Гоце - *Договорот за депозит во римското и во савременото право*, Скопје, 2007

Николић, Драган - *Упоредна правна историја*, Свен, Ниш, 2005 и 2010

Николић, Драган, Ђорђевић, Александар - *Законски текстови старог и средњег века*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011

Николић, Ђорђе - *Неправа остава*, *Правни живот*, Београд, 10/2001

Новаковић, Стојан - *Средњевековна Србија и римско право*, *Архив за правне и друштвене науке*, Правни факултет у Београду, Београд, 1906, стр. 209-226.

Новаковић, Стојан - *Законик Стефана Душана цара српског*, 1870

Nguyen Tien Dien, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, докторска дисертација, 2011, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/1b5adffd-6353-4617-9268-0325602fddf9?inline> приступ: 09.07.2025.

Оболенски, Димитри - *Византијски комонвелт*, извор: *Избор текстова за предмет Правна традиција словенских народа*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2012

Orestano, Riccardo – *I fatti di normazione nell'esperienza romana antica*, Torino, 1967

Павићевић, Вуко - *Социологија религије са елементима филозофије религије*, БИГЗ, Београд, 1970

Perelló, Carlos Felipe Amunátegui - Problems concerning mancipatio, The Legal History Review 80 (2012), p. 329-352.

Перић, Живојин - *О уговору о продаји и куповини*, Класици југословенског права, Службени лист, Београд, 1986

Перовић, Слободан - *Формални уговори у грађанском праву*, Савез Удружења правника Југославије, Београд, 1964

Перовић, Слободан - *Облигационо право, књига I*, Привредна штампа, Београд, 1980

Перовић, Слободан - *Облигационо право*, Привредна штампа, Београд, 1986

Перовић, Слободан, Стојановић, Драгољуб, Царић, Славко - *Коментар закона о облигационим односима*, Културни центар, Крагујевац, 1980

Перовић, Слободан, Стојановић, Драгољуб - *Коментар закона о облигационим односима*, Правни факултет Крагујевац и Културни центар Горњи Милановац, 1980

Петровић, Сретен - *Митологија, култура, цивилизација*, Чигоја, Београд, 1995

Прља, Драган, Рељановић, Марио, Ивановић, Звонимир - *Интернет право*, Институт за упоредно право, Београд, 2012

Пухан, И. - *Римско право: економско-друштвени односи, политичко уређење, извори права, jus quod ad personas, quod ad res et quod ad actiones pertinet*, Научна књига, Београд, 1974

Радишић, Јаков - *Облигационо право – општи део*, С.А.М. консалтинг центар, Београд, 1993

Радишић, Јаков - *Облигационо право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2021

Радовановић, Сања, Мишчевић, Николина - *О електронској форми уговора у домаћем праву, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 1641-1661.

Ранђеловић, Небојша - Roman law and the Serbian medieval state, *Ius Romanum*, br. 2, Sofija, 2022, str. 504-512.

Ромас, Анте - *Римско право*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 1981

Ростовцев, Михаил - *Историја старог света*, Логос арт, Београд, 2005

Салма, Јожеф - *Облигационо право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2009

Салма, Јожеф - Нотаријално облигационо право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2012, стр. 92-96.

Сич, Магдолна, *Fides* и *bona fides* у процесу стварања римског општег права (*ius gentium*), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, стр. 157-175.

Соловјев, Александар - *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998

Станимировић, Војислав - Нови поглед на Хамурабијев законик (II део), *Анали Правног факултета у Београду*, vol. 59, iss. 2, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 91-121.

Станковић, Гордана, Трговчевић-Прокић, Милена - *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019

Станојевић, Обрад - *Зајам у историји права*, докторска дисертација, Институт за правну историју Правног факултета у Београду, Београд, 1966

Станојевић, Обрад - *Историја политичких и правних институција: Стари источ и Грчка*, Научна књига, Београд, 1991

Станојевић, Обрад - *Римско право*, Досије, Београд, 2010

Станојевић, Обрад - *Гајеве Институције (превод са латинског)*, Завод за уџбенике, Београд, 2009

Стојчевић, Драгомир - *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1985

Стојчевић, Драгомир – Римљани и право, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1957, стр. 172-181.

Stein, Peter - *Rimsko pravo i Europa - povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007

Talamanca, Mario – *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013

Theodos, Brett, McDaniel, Noah - The Geography of Notaries Public, Urban Institute, Washington DC, 2023. dostupno na: <https://www.urban.org/sites/default/files/2023-05/The%20Geography%20of%20Notaries%20Public.pdf>

Тешић, Ненад - О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2014, стр. 482-513, <https://www.harmonius.org/wp-content/uploads/2015/03/9-O-zna%C4%8Daju-forme-z-promet-nepokretnosti.pdf>

Тривуновић, Бошко - Форма јавно потврђене исправе у праву Републике Србије, *Правна традиција и интегративни процеси - зборник радова*, Том 1, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2020

Трговчевић, Прокић, Милена, Станковић Гордана - *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018

Трнавци, Генц - Закључење, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 30, бр. 1, Ријека, 2009, стр. 449-472.

Horvat, Marjan, *Rimsko pravo*, Zagreb, 2008

Цветковић, Михајло - Смарт уговори: револуција или компликација?, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 85, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2019, стр. 225-241.

Цвејић Јанчић, Олга – Брак и развод између прошлости и будућности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2009, стр. 63-87.

Zimmermann, Reinhard - *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996

Шаренац, Немања - Закључивање уговора електронским путем, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*, година II, 2/2011, Пале, 2011, стр. 149-162.

Watson, Alan - *The Evolution of Law*, The John Hopkins University, 1985

Woebbeking, Maren K. - The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law, 10/2019, *JIPITEC: Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe Institute of Technology, Humboldt-Universität zu Berlin and Georg-August-Universität Göttingen, 2019, str. 106-113. доступно на: <https://www.jipitec.eu/jipitec/article/view/248>

Законски текстови

Гај – Институције, превод: Обрад Станојевић, Завод за уџбенике, Београд, 2009

Јустинијанове институције, превод: Лујо Бакотић, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1912

Закон XII таблица, извор: Николић, Драган, Ђорђевић, Александар - Законски текстови старог и средњег века, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011

Еклога, извор: Николић, Драган, Ђорђевић, Александар - Законски текстови старог и средњег века, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011

Гортински законик, извор: Николић, Драган, Ђорђевић, Александар - Законски текстови старог и средњег века, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011

Хамурабијев законик, извор: Николић, Драган, Ђорђевић, Александар - Законски текстови старог и средњег века, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011

Синтагма Матије Властара, превод Татјане Суботин Голубовић, САНУ - Одељење друштвених наука, Београд, 2013

Аустријски општи грађански законик

Француски грађански законик (*Code Civil*)

Српски грађански законик

Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 18/2020)

Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС, бр. 93/14, 22/15 и 87/18)

Закон о промету земљишта и зграда из 1954. године

Закон о промету непокретности из 1974. године

Законом о промету непокретности из 1981. године

Закону о промету непокретности из 1998. године (Сл. гласник РС, бр. 42/1998)

Закон о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/2015 и 94/2024)

Јавнобележнички пословник (Сл. гласник РС, бр. 62/2016, 66/2017, 48/2018, 54/2018, 151/2020 и 59/2022)

Закон о електронском потпису (Службени гласник РС, број 135/2004)

Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Службени гласник РС, број 94/2017 и 52/2021)

Закон о електронској трговини (Сл. гласник РС бр. 41/2009, 95/2013, 52/2019)

Закон о промету непокретности (Сл. гласник РС бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015)

Синтагма Матија Властара, превод Татјане Суботин Голубовић, САНУ - Одељење друштвених наука, Београд, 2013

Законик Стефана Душана цара српског, превод: Новаковић, Стојан, 1870

<https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/bib-propisi/pravni-i-politicki-sistem/24-Zakonik-Stefana-Dusana-cara-srpskog-1349-i-1354.pdf>, 11.05.2025.

Веб-странице

National Association of Secretaries of State, Remote Electronic Notarization Task Force, at

<http://www.nass.org/initiatives/remote-electronic-notarization-task-force>

Electronic and Remote Online Notarization <https://afsaonline.org/wp-content/uploads/2022/08/AFSA-E-Notary-RON-White-Paper-August-2022.pdf>

<https://www.notar.ee/en/teabekeskus/kaugtoestus>

<https://mdpryke-notary.com/2023/05/how-does-e-notarisation-work-in-the-uk/>

Guiding Principles for Remote Notarization Standards, Version 7-9-17, Produced by Notary Public Administrators' Section Drafting Committee

<https://www.docusign.com/blog/remote-online-notarization-guide>