

Dr. sc. Magdolna Sič, izvanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

TRAJNE VREDNOSTI RIMSKOG PRAVA

UDK: 34 (37)

340.132 (37)

Primljeno: 01. 09. 2006.

Izvorni znanstveni rad

U suvremenom procesu europeizacije i globalizacije ponovo se postavlja pitanje, s jedne strane, šta bi bilo neophodno i korisno dati studentima iz bogate riznice rimskog prava i kako (kojom metodom) im to prezentirati, a s druge strane, u kom pravcu se kreću dalja naučna istraživanja vezana za rimsko pravo.

Ova pitanja se postavljaju najprije zbog toga, što je na početku tranzicije (prije više od deset godina) rimsko pravo počelo se zanemarivati. Razlog je bio, s jedne strane, da visoko obrazovanje, a također i nauka sve više se tretirala kao roba, a shodno tome smatralo se, da nastavne predmete, a i nauku treba stvarati prema potrebama tržišta i za tržište, a ovo tržište zahtijeva praktična znanja i vještine koje će student moći lako plasirati na tržištu rada.* S druge strane, u zapadnoj Europi okrenulo se izučavanju srednjovjekovnog prava u cilju da se u tzv. *ius commune* srednjeg vijeka pronađu osnovi za novo, suvremeno *ius commune* Europe.

U ovom radu razmatramo samo problematiku rimskog privatnog prava. Prvenstveno smo se opredijelili odgovoriti na drugo pitanje – da li bi *ius commune* trebalo potisnuti rimsko pravo? Posebno smo izdvojili dva centralna pitanja, kao vrijednosti koje zaslužuju posebno mjesto u izučavanju i u nastavi rimskog privatnog prava, a to su: rimske regule i princip *bona fides*. Razmatrajući ova pitanja, dati ćemo, posredno, odgovor i na prvo pitanje – može li rimsko pravo opstati u sadašnjem suviše materijaliziranom svijetu tržišta znanja?

Ključne riječi: *rimsko pravo, ius commune, rimske regule (maksime), bona fides, suvremeno europsko kontraktno pravo.*

* Uvođenje raznih strukovnih studija, koncepcija o trajanju studija 3 ili 4 (za obrazovanje pravnih tehničara) +2 ili 1 (za akademske studije), ugrožava opstanak istorijskih predmeta, u smislu da ih u nastavnim planovima uopšte nema, ili postoje čisto informativno, ili pak kao opcioni predmeti. Pored toga, ovo nastojanje čisto tržišne proizvodnje studenata, na primer, u Nemačkoj dovelo je do toga da je studentima za vreme studija data velika sloboda u izboru predmeta, polaganja ispita, prisustva na predavanjima itd. Zadatak fakulteta se sveo na to, da studenta pripremi za državni ispit. Ako student nije savladao gradivo na državnom fakultetu da bi bio pripremljen na državni ispit (na privatnim fakultetima se uči napamet) uzimaće privatne časove. Cilj ovakvog pravnog obrazovanja, prema rečima Cimermana jeste: "potreba za obučavanjem jednog homogenog, visokokvalifikovanog i vernog korpusa izvršnih i pravosudnih službenika, radi rukovođenja jednom obimnom i prilično heterogenom teritorijom." Videti, R. Zimmermann, *Pravno obrazovanje u Nemačkoj*, Evropski pravnik, 1/2006, Novi Sad, str. 33. Po mom mišljenju, potreba za ovom vrstom pravника, veoma je slična, potrebama rimske imperije za vreme dominata. O pravnom obrazovanju u rimskoj imperiji, videti, M. Sič, *Modeli obrazovanja pravника u antičkom Rimu*, Pravni život, Kopaonička škola prirodnog prava, tematski broj - Pravo i stvarnost, Beograd, 1997/12, tom. IV, str. 1365 – 1385.

1. *IUS COMMUNE* I RIMSKO PRAVO

Čitajući tekstove savremenih autora, možemo konstatovati da se rimsko pravo često meša sa *ius commune* srednjeg veka. Civilistima se već i pravo srednjeg veka čini suviše dalekim, i u želji da budu precizni, dodaju “staro” rimsko-kanonsko *ius commune*. *Ius commune*, prema Hamzi, jeste “mešavina prava”, zajedničko pravo, koje je bilo rašireno širom Evrope, a koje je nastalo tako, da je u radovima učenih pravnika, komentatora, XIV veka došlo do mešanja justinijanovog prava sa langobardskim feudalnim pravom i sa elementima kanonskog prava.¹ Oko pojma *ius commune* postoje razmimoilaženja u savremenoj romanističkoj literaturi. Pod ovim pojmom, po pravilu, podrazumeva se zajedničko evropsko pravo formirano radom komentatora, međutim, prema nekim autorima ono je nastalo već u XII – XIII veku pod uticajem glosatora. U pogledu njegove sadržine, na primer Viaker u pojam *ius commune* ne uključuje langobardko feudalno i gradsko statutarno pravo. Do toga, prema Kalasu i Koingu, dolazi zbog toga što je *ius commune* izvorno označavalo jedinstveno rimsko pravo, nasuprot lokalnim pravima gradskih statuta. Kasnije, prvenstveno počev od vremena komentatora, pored rimskog prava uključuju se i norme lokalnog karaktera – tako nastaje pojam regionalnog ili teritorijalnog zajedničkog prava. U okviru *ius commune* veoma je bitna uloga pod uticajem rimskog prava nastalog kanonskog prava – stoga u nemačkoj stručnoj literaturi koriste izraz: rimsko-kanonsko *ius commune*. Prema Koingu, *ius commune* je dobilo toliko različitih značenja, da se ono može saznati samo istraživanjem vremena i mesta korišćenja ovog termina. U Španiji bilo je sporno, da li *ius commune* označava rimsko pravo ili kanonsko pravo. U Francuskoj u XVII – XVIII veku *droit commun de la France* nastalo je stapanjem običaja, novijeg zakonodavstva i rimskog prava primenjivanog u južnom delu Francuske. U Nemačkoj pod *ius commune* podrazumevali su, *gemeines Recht* koje je bilo 1495. godine službeno recipirano. Rašireno je, mada je uprošćeno tumačenje pojma *ius commune* - da je to rimsko pravo koje je nastavilo da živi kao zajedničko pravo srednjevekovne Evrope i Evrope ranog novog veka kao i država u njenim okvirima, a koje je bilo zamenjeno sredinom XVIII., a posebno u toku XIX. veka građanskim zakonima i drugim pravnim pravilima nacionalnih država. Suprotno *ius commune*u javlja se *ius proprium* ili *ius municipale* pojedinih teritorija ili gradova, koje komentatori nazivaju *ius singulare*.² U savremenoj literaturi često se ističe, da su kodifikacije nacionalnih država razbile jedinstveno *ius commune*, stoga, da bi mogli da pronađemo zajedničko seme, “*common core*” savremenog prava, treba da se vratimo *ius commune*u srednjeg i ranog novog veka. U ovoj tvrdnji nije

¹ G. Hamza, *Az európai magánjog fejlődése, A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján*, Budapest, 2002, str. 44. U izdanju na francuskom jeziku, *Le développement du droit privé Européen, Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest, 2005., str. 31.

² Ovi podaci su uzeti iz, G. Hamza, nav. delo (*Az európai magánjog fejlődése*), str. 44. – 45, na francuskom jeziku, str. 31. – 32.

precizirano u kom smislu se shvata *ius commune*, koje bi moglo da pomogne savremenoj Evropi u stvaranju novog evropskog *ius communea*. Možemo uočiti, da pravo u srednjem i ranom novom veku, koje se naziva *ius commune*, nije označavalo potpunu istovetnost pravnih pravila u Evropi. To je bilo pre zajednički duh prava, jedinstvena pravna kultura koja je polazila od antičkih rimskih, ali i grčkih principa, principa koji su bili “*common core*” tadašnjeg vremena. Od ovih vrednosti mnogi su prihvaćeni i u buržoaskim kodifikacijama, bez obzira što u rešavanju posebnih pitanja ima i razlika. Po našem mišljenju, *ius commune* je samo jedna karika u lancu (koja dosad nije bila u dovoljnoj meri istraživana), koja spaja antičku pravnu misao o zajedničkim osnovama pravednog pravnog poretka sa savremenom težnjom da se obelisk (stub) pravde ne sruši u savremenom procesu evropizacije i globalizacije. Kako će se stub pravde da se održi bez korena? To bi bilo isto toliko površno, kao što je bila rasprava glosatora o tome, kako primeniti princip oštećenja preko polovine i na kupca: da li je kupac oštećen preko polovine ako je platio više od duple cene, ili više od cele plus polovine cene, umesto da se udube u antičke (grčke i rimske) misli o savesnim i poštenim odnosima i pravičnoj ceni.³

Sve ovo ne znači idealizaciju antičkog prava⁴, znači samo to, da razni apstraktni teoretski pravci ili konkretne političke potrebe ne udalje ljudsko društvo od osnovnog zahteva za pravdom i pravičnošću. Rimsko-kanonsko *ius commune*, a pre svega rimsko pravo, može da ukáže na *common core* savremenog prava, ne u smislu detaljne razrade određenog pravila, nego u smislu održavanja osnovnog pravca pravnih principa, pre svega poslovnog prometa. Hamza konstatuje da se poslednjih godina, kako zakonodavstvo tako i praksa evropskih i vanevropskih zemalja vraća, čak više puta i u konkretnoj formi, pravnim konstrukcijama, odnosno institutima rimskog prava.⁵ Ovoj savremenoj “receptiji” nisu prepreka razlike ni u kulturnoj ni u civilizacijskoj tradiciji.⁶

Osnovu *ius communea* u velikoj meri čini recipirano rimsko pravo. U ovom procesu receptije značajnu ulogu su odigrale pravne škole na čelu sa Bolonjskom, kao i njihovi profesori. Prema Cimermanu: “U srednjem veku cela obrazovana Evropa formirala je jednu i nediferenciranu kulturnu celinu...”. Profesori prava su se slobodno kretali sa katedre jedne zemlje na katedre drugih, koristili su iste udžbenike u Paviji ili Bolonji, kao i u Haleu ili Oksfordu. Evropska pravna nauka predstavljala je međunarodni *communis opinio doctorum* i postala je autoritet u primeni i razvoju prava.⁷ Civilno pravo Evrope formirano je na ovim osnovama.

³ G. Hanel, *Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum iuris romani interpretum qui Glossatores vocantur*, Lejpcig, 1834., ponovo štampan 1964. (Hugolinus, par. 253.), str. 426. – 427., detaljnije, M. Sič, *Sloboda ugovaranja i iustum pretium u rimskom i savremenom pravu*, Pravni život, br. 10, tom. 2., Beograd, 2005., str. 871. – 872.

⁴ Pravednost ili nepravednost antičkih pravila možemo slobodno da procenimo, a često nam u tome pomažu i kritički mislioci antičkih vremena.

⁵ G. Hamza, nav. delo (*Az európai magánjog fejlődése*), str. 17. (na francuskom, str. 10.)

⁶ G. Hamza, nav. delo (*Az európai magánjog fejlődése*), str. 22. (na francuskom, str. 15.)

⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996., str. x.

Rimsko pravo je ovoj tradiciji dalo najveći doprinos.⁸ Cimerman želi da oživi interesovanje pravnika današnjice za ovaj doprinos, da ukaže na opseg našeg dugovanja rimskoj pravnoj nauci, ne samo u smislu izleta u antiku, nego i u smislu tradicije, koja je veoma često neidentifikovano prisutna i u današnjim pravnim sistemima. U tom cilju izdao je knjigu: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996). Rimsko pravo je živi standard naše evropske civilizacije, kako u suštinskom tako i u smislu da i dan danas živi (“*vital*” as in both “*essential*” and “*living*”).⁹ Sve to zajedno daje *ius commune* ujediniujuću snagu i danas.¹⁰ Benakio takođe ukazuje, na značaj rimskog prava u formiranju *ius commune* i posebno ističe ulogu pravnih škola, pravne nauke srednjevekovne Evrope u prilagođavanju rimskog prava potrebama tadašnjeg vremena. Smatra, da u stvaranju savremenog evropskog privatnog prava, pravna nauka koja polazi od pravne tradicije da bi na bazi zajedničkih osnova (*common core*) stvorila nova pravna pravila koja odgovaraju savremenim potrebama, treba da ima vodeću ulogu i danas.¹¹ U obrazovanju pravnika, koje opet postaje internacionalno¹², izučavanje rimskog prava moglo bi i danas da doprinese harmonizaciji *stilus curiae* (“radnog stila” pravnika).¹³

Cimerman ukazuje na važan zadatak profesora rimskog prava. Savremeni student očekuje od profesora da ukaže, analizira i objasni doprinos određene rimske ideje u razvoju institucija savremenog prava. Tendencija jeste, da pravna istorija prestaje da bude čisto “akademski” posao. Mi takođe smatramo, da rimsko pravo nije više bezbedna luka prošlosti, koja je izolovana od sadašnjosti i budućnosti. Slažemo se sa mišljenjem Cimermana, da ako ne ukažemo na vezu i značaj rimskih instituta u formiranju savremenih, naši predmeti mogu da izgube mnogo u pogledu suštinske uloge u obrazovanju savremenog pravnika.¹⁴ Po našem mišljenju, naš je zadatak da živimo u sadašnjosti, pogledom u budućnost, vratimo u prošlost da bi tamo pronašli blago korisno za sadašnjost i budućnost. S druge strane, Cimerman ukazuje i na to, da ako rimsko pravo opisujemo čisto apstraktnim pojmovima i definicijama, s jedne strane gubimo vezu sa pravim rimskim pravom, koje je u najvećoj meri kazuističko, a s druge strane rimsko pravo postaje bezlično i dosadno štivo.¹⁵ Rešavanje konkretnih slučajeva je za

⁸ U cilju da poveže rimsko pravo sa *ius commune* i savremenim pravom Jožef Rusolj objavio je knjigu pod naslovom *Európa jogtörténete* (Pravna istorija Evrope), Budimpešta, 2002, u kojoj ne izlaže, po dosadašnjoj praksi prvenstveno javnopravne institucije, već razvoj institucija privatnog prava, na to ukazuje i u podnaslovu “*Az ‘újabb magánjogtörténet’ Közép- és Nyugat-Európában*” (“Novija istorija privatnog prava” u Srednjoj i Zapadnoj Evropi).

⁹ T. Weir, Foreword, u R. Zimmermann, *nav. delo*. (*The Law of Obligations*), str. vi.

¹⁰ R. Zimmermann, *nav. delo*. (*The Law of Obligations*), str. ix – xi.

¹¹ G. Benacchio, *Diritto privato della comunità europea, Fonti, modelli, regole*, 2. izd. Padova, str. 167. – 169. U prevodu (A. Földi, N. Csizmazia) na mađarski jezik, *Az Európai közösség magánjoga*, Budimpešta, 2003., str. 132. – 134.

¹² Na primer, putem *tempus, socrates – erasmus* projekata.

¹³ F. Ranieri: *Der europäische Jurist, Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe, Ius commune*, 17, 1990., str. 10. (preko, . Hamza, *nav. delo /Az európai magánjog fejlődése/*, str. 16.)

¹⁴ R. Zimmermann, *nav. delo*. (*The Law of Obligations*), str. viii – ix.

¹⁵ R. Zimmermann, *nav. delo*. (*The Law of Obligations*), str. xii. On u svojoj knjizi nastoji na tome da pođe od konkretnog i specifičnog i tim putem da ide ka pravilu opštijeg karaktera.

studente mnogo interesantnije i korisnije od čiste prezentacije opšteg pravila i nabiranja podataka. To svakako ne znači da nam uopštavanje nije potrebno i da student ne treba da pamti definicije i opšte pojmove kao i podele, znači samo to, da shvati koje je njihovo konkretno značenje i praktične posledice.¹⁶ U tom cilju Cimerman u svojoj knjizi o obligacijama polazi od konkretnih problema da bi tako stigao do opštih pravila.

U ovom radu iz bogate zaostavštine rimskog prava, principa i pravila koja imaju trajnu vrednost, izdvojili smo dve problematke, koje, po našem mišljenju, ne bi trebalo izostaviti iz savremenih udžbenika rimskog prava:

Jedna se odnosi na implementirane regule rimskog prava u savremene izvore prava koje se nalaze prvenstveno u 17. naslovu 50. knjige Justinijanovih Digesta: “*De diversis regulis iuris antiqui*”, a drugo na ulogu principa *bona fides* u formiranju, pre svega, kontraktnog prava.

2. DE DIVERSIS REGULIS IURIS ANTIQUI

Francisco J. Andrés Santos objavio je 2004. godine veoma interesantan članak pod naslovom “Epistemološka vrednost rimskih pravnih pravila u Evropskom i komparativnom pravu” (*Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*).¹⁷ U članku ukazuje na to, da evropski sudovi prilikom rešavanja slučajeva u kojima ne postoji jasno pravilo komunitarnog prava, često zasnivaju svoje odluke (a to čine i generalni pravobranioци /*Advocates Genral*/ u svojim zaključcima) na maksimama ili izrekama koji potiču iz, od njega nazvanog, starog rimsko-kanonskog *ius commune*. Iznenađujuća i nedovoljno poznata je činjenica da Evropski sud (pravde) kao i drugi Evropski tribunali relativno često koriste stare maksime i to na latinskom jeziku. Ove slučajeve izlaže prof. Knitel (Rolf Knütel, Bonn) u nekoliko članaka.¹⁸ Mi smo ilustracije radi preuzeli nekoliko primera preko Santosa:¹⁹

1. U slučaju *Grifoni I & II* (1990 & 1994),²⁰ Evropski sud je osudio EURATOM da tužiocu nadoknadi štetu na osnovu zaključka generalnog pravobranoca (*Tesauro*) ‘*alterum non laedere*’.²¹ Ovo latinsko pravilo izražava princip koji je svojstven svim evropskim pravnim sistemima. Prema tome,

¹⁶ U tom nastojanju napisala sam praktikum za vežbe: *Praktikum iz rimskog privatnog prava – Život i pravo u rimskoj imperiji*, Novi Sad, 2002., 275. str.

¹⁷ F. J. Andrés Santos, *Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*, European Review of Private Law 3 - 2004. [347.–357.] © Kluwer Law International Printed in the Netherlands.

¹⁸ Videti, R. Knütel, ‘*Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*’, u *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2 (1994.), str. 244.-276., i ‘*Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*’, u *Juristische Schulung (JuS)* 36 (1996.), str. 768.-778.

¹⁹ F. J. Andrés Santos, nav. delo. str. 350.

²⁰ E.C.R. [1990.] I 1203 *et seq.*; [1994.] I 341 *et seq*

²¹ Ulpian Dig. 1,1,10,1 = Inst. Just. 1,1,3

odluka Suda se zasnivala na primeni člana 288 (ranije 215) Sporazuma EEZ za slučajevne vanugovorne odgovornosti institucija i službenika Zajednice (*Treaty for cases of non-contractual liability of the Community institutions or its servants*) prema kom, Zajednica treba da otkloni štetu “u saglasnosti sa opštim principima koji su zajednički u pravima država članica”.

2. U slučaju *Rudolf Misset v. Council* (1987.)²² kao argument za rešavanje problema oko ograničenja trajanja administrativnog postupka pred Evropskim institucijama generalni pravobranilac (*Mancini*) sugerisao je, korišćenje starih pravila: ‘*dies a quo non computatur in termino*’ i ‘*dies ad quem computatur in termino*’. Ova pravila nisu Rimska, nego pripadaju starom *ius commune Europaeum*, a smatra se, da su nastala na bazi teksta *Corpus iuris civilis*²³ i raširena su u Evropi u toku istorije.

3. U slučaju *Friedrich Binder GmbH & Co. v. Hauptzollamt* (1989.)²⁴ primenjeno je pravilo ‘*nemo censetur ignorare legem*’²⁵, a Sud je u presudi prihvatio mišljenje generalnog pravobranioca (*Slynn*) da treba primeniti na tužioca pravilo ‘*dolo petit qui petit quod statim redditurum est*’.²⁶

Prema rečima jednog od sudija Žalbenog organa evropske službe za patente (*Boards of Appeal of the European Patent Office*):

“Latinska pravna pravila izvedena iz naše zajedničke pravne istorije dovela su, ponekad, do veće saglasnosti u *Board of Appeal of the European Patent Office* nego propisi nacionalnih prava...] A *Enlarged Board of Appeal* čita takođe i *Digesta* [...] Kogod želi da uspe pred ovim organom, treba da zaboravi nacionalne kodifikacije poslednja tri veka, i da se okrene starom Evropskom *ius commune*, u izvornom obliku – u lako razumljivoj formi – na latinskom jeziku.”²⁷

U pogledu toga, kako bi se moglo shvatiti korišćenje ovih maksima i izreka od strane navedenih institucija i kakva je njihova vrednost u procesu stvaranja novog evropskog pravnog sistema, pre svega imajući u vidu privatno pravo, Santos ukazuje na tri tumačenja:

1. Po prvom mišljenju, one se koriste u čisto retoričkom smislu, kao nostalgija prema širokom pravnom obrazovanju, u smislu egzibicije pravne kulture, radi ukrašavanja odluka i stavova, ili prosto u znak “sećanja” na staro rimsko pravo koje se nalazi u korenima novog evropskog komunitarnog prava.²⁸ Ako je ovo tumačenje ispravno, piše autor, citiranost ovih pravila će opasti opadanjem poznavanja pravne tradicije. Međutim, protiv ovakvog tumačenja, govori činjenica da se latinske maksime koriste i za rešavanje slučajeva u smislu harmonizacije prava – u ovom slučaju sigurno nisu čisto dekorativni elementi.²⁹

²² E.C.R. [1987.] 223 *et seq.*

²³ Kao D. 50, 16, 134 I D. 50, 17, 101.

²⁴ E.C.R. [1989.] 2415 *et seq.*

²⁵ Cod. Just. 1,18,12

²⁶ E.C.R. [1989.] 2423; Dig. 44,4,8 pr. = Dig. 50,17,173,3.

²⁷ R. Knütel, ‘*Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*’, *Juristische Schulung* (JuS) 36 (1996.), str. 777.

²⁸ F. J. Andrés Santos, nav. delo. str. 352.

²⁹ F. J. Andrés Santos, nav. delo. str. 353.

2. Veoma je rašireno mišljenje, da su ove stare latinske maksime i izreke izraz opšte prihvaćenih pravnih principa Evropske Zajednice, koji se primenjuju u slučaju pravnih praznina. Obzirom na to, da je veoma teško identifikovati poreklo ovih principa, Evropski sud postupa veoma slobodno u njihovom determinisanju i na ovom polju tradicionalna pravila *ius commune* igraju veoma aktivnu ulogu – baš zbog toga što mogu da obuhvate zajednički duh mnogih pravila sadržanih u mnogim nacionalnim pravima putem kratkih i lako shvatljivih formulacija, a s druge strane, moguće je da se verifikuje i njihova aktuelnost u nacionalnim pravima. Ovo shvatanje, s jedne strane, ne objašnjava zašto ih treba prezentovati na latinskom jeziku (mogu se shvatiti kao stilske klauzule), a s druge, ova interpretacija ne objašnjava njihovo korišćenje u smislu aktuelnih pravnih pravila ili iskustvenih maksima za rešavanje praktičnih problema i to onih za koje u pozitivnom zakonodavstvu nije nađeno zadovoljavajuće rešenje. U ovim slučajevima pravila *ius commune* mogu biti korisna baš u slučaju heterogenih i različitih nacionalnih pravila, bez obzira da li su ona sadržana u nacionalnim ili komunitarnim pravilima ili ne.³⁰

3. Prema trećem mišljenju, njihovo korišćenje je posledica “nesvesnog” zadržavanja starog *ius commune* u osnovama evropskog, pre svega privatnog prava. To istovremeno dokazuje, da ova stara pravila još uvek žive i sposobna su da snabdevaju pravnim rešenjima i moderna vremena – mogu da deluju kao “subsidiarni” ili “dopunski” pravni sistem kada je reč o pravnoj praznini ili kao tumačenje na njima zasnovanih nacionalnih ili komunitarnih pravila. Ova interpretacija ukazuje na to, da osnovna struktura institucija, pre svega u privatnom pravu, suštinski, u osnovi, nije promenjena u nacionalnim kodifikacijama poslednja tri veka, a to nas upućuje na to da otkrijemo staro *ius commune*, kao zajedničku osnovu na kojoj može da se gradi pravno jedinstvo Evrope – piše autor. Ponekad stara rešenja sadašnjih problema mogu biti mnogo prihvatljivija od primene savremenih pravila. Korišćenje ovih tradicionalnih rešenja od strane Evropskih sudova ukazuje na to, da se ona uzimaju u obzir u cilju pronalaženja pravnih rešenja harmonizacije prava Evrope. Ova interpretacija daje pravi odgovor na pitanje korišćenja rimskih pravila na latinskom jeziku i u slučajevima kada se ne radi samo o objašnjenju zajedničkih principa u nacionalnim pravima. Autor istovremeno ukazuje na opasnost u pogledu toga, u kojoj meri može da se pretpostavi “nesvesno” poznavanje Evropske pravne tradicije sudija i advokata evropskih organa.³¹

Korišćenje ovih maksima i izreka, bez obzira na to koju od ove tri interpretacije bi prihvatili, autor smatra znakom, da su one **posebna sredstva harmonizacije i unifikacije evropskog prava, alternativa fragmentarnim pravilima Brisela, kao i planiranoj kodifikaciji, čija je izrada vrmenski još uvek neizvesna.** Harmonizaciju ovim putem, smatra lakšim zbog dva razloga: 1. korišćenje ovih

³⁰ F. J. Andrés Santos, nav. delo. str. 353 – 354.

³¹ F. J. Andrés Santos, nav. delo. str. 354 – 356.

rimskih pravila u većoj meri odražava uporedo važeća pravila nacionalnih sistema od proste reprodukcije pravila jedne kodifikacije, kao i od proste apstrakcije propisa prisutnih u raznim pravnim sistemima, 2. “daje takođe interesantnu perspektivu novoj uporedno-istorijskom istraživanju zajedničke Evropske pravne tradicije, koja može suštinski da doprinese formiranju prave ‘Evropske pravne nauke’, a koja će biti sposobna da postavi osnove za čvršću i jaču evropeizaciju privatnog prava.”³²

Postavljamo, međutim, pitanje: mogu li se maksime i pravila srednjevekovnog rimsko-kanonskog *ius commune* shvatiti na ispravan način bez kazuistike klasične jurisprudencije i znanja rimske istorije i rimskog prava?

Koren i dan danas citiranih maksima nalazi se u rimskom klasičnom pravu. Zahvaljujući Justinijanu, sačuvani su prvenstveno preko Digesta. Značaj opštih pravila bio je poznat već justinijanovom vremenu, a kompilatori su apstrakcijom, iz citata koji se nalaze u raznim knjigama Digesta, izvukli 211 kratko formulisanih opštih pravila i smestili u poslednju, pedesetu knjigu pod naslovom (tit. 17) “*De diversis regulis iuris antiqui*” koji zajedno sa prethodnim naslovom (tit. 16) pedesete knjige “*De verborum significatione*” zaokružuje ovaj rad kao celinu. U savremenim zakonima i zakonima građa smeštena u Digestama kao završetak izlaže se, po pravilu, na samom početku, tu se nalaze apstraktno formulisana opšta pravila, a u poslednje vreme i značenje u zakonu ili zakoniku korišćenih termina.³³

Naslov “*De diversis regulis antiqui*” počinje Paulovim fragmentom o prirodi “regula” D. 50, 17, 1: “*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat*” (Regula je kratak sažetak suštine stvari), zatim nastavlja “*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*” (Pravo ne potiče iz regule, nego od poštovanog prava /pravila/ postaje regula.)³⁴ Za nas to bi značilo, da nije dovoljno znati napamet regule kao maksime (pa ni na latinskom jeziku), nego treba znati i njihovo pravo značenje. To se može otkriti odgovorom na pitanje, zašto i kako su nastale, koji slučajevi su doveli do nastanka pravnog pravila koje se kasnije sažima u njenu kratko formulisanu srž. Ako o tome ne vodimo računa, može da nam se dogodi da ćemo ih koristiti tamo gde im nema mesta, ili da ćemo ih krivo tumačiti, a u oba ova slučaja, regule se pretvaraju u loše korišćene retorske fraze. Prema tome, bilo bi potrebno prvo dublje izučavati regule imajući u vidu i fragmente u drugim delovima Digesta i uopšte istorijsku osnovu nastanka pre svega onih regula koje su usađene i u temelje savremenog prava.³⁵ Fragmenti Digesta nam to omogućuju. Štajn³⁶ ukazuje na to, da su kompilatori dobili instrukciju Justinijana, da obrate

³² F. J. Andrés Santos, nav. delo, str. 356.

³³ Ovaj metod preuzima i najnoviji *Krivični zakonik Srbije* od 29. 9. 2005. /Službeni glasnik, 85/05./ Osnovna načela izložena su na početku zakonika, a glava 12 (prethodi izlaganju posebnih krivičnih dela) nosi naslov “Značenje izraza”.

³⁴ U prevodu A. Romca, *Florilegium sententiarum latinarum (Florilerij latinskih izreka)*, Zagreb, 1988., str. 616.: “Pravno pravilo jest ono što određenu stvar ukratko izlaže; što ne znači da iz pravila treba izvoditi pravo, nego (obrnuto) da pravilo nastaje iz prava koje postoji.”

³⁵ Među regulama ovog naslova nalaze se i takve, koje više nisu u skladu sa savremenim principima. Na primer, D. 50, 17, 2: “*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt.*” (Žene su isključene iz svih civilnih i javnih službi.)

³⁶ Peter Stein, *The Digest title, De diversis regulis iuris antiqui, and the general principles of law*, u *The character and influence of the roman civil law, Historical essays*, London i Ronceverte, 1988. str. 54 – 72.

pažnju na takva pravna stanovišta koja se mogu iz konteksta fragmenta izdvojiti kao opšta pravila. Da su kompilatori pratili ovo uputstvo (mada nisu bili sasvim dosledni, jer su neka opšta pravila propustili izdvojiti) potvrđuju 33 regule koje se javljaju u originalnom kontekstu i pod drugim naslovima, a u ostalim slučajevima, lako možemo otkriti odakle je uzeta regula, jer inskripcija sadrži ne samo ime pravnik i njegovo delo nego i broj knjige iz koje je fragment uzet. Štajn, takođe smatra, da izolacija regule od sadržaja celog fragmenta može da nam uskrati njenu suštinu. Tako, na primer, u slučaju regule D. 50, 17, 56: “*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*” (U slučaju sumnje uvek treba prihvatiti ono što je povoljnije.), postavlja se pitanje – za koga povoljnije? Ova maksima je izvedena iz diskusije o nasleđivanju, a odgovor jeste, ono rešenje koje je povoljnije za naslednika.³⁷ Na osnovu takvog dubljeg istraživanja bi trebalo ove regule i maksime prezentovati studentima. Tu se javlja sledeći problem. Značenje ovih regula moglo je biti promenjeno u toku srednjeg veka, u toku formiranja *ius commune*. Primetno je, da civilisti čak i kada govore o rimskim maksimama ili pravilima misle na njihov srednjevekovni oblik, a retko na izvorno rimski – stoga bi trebalo ukazati i na eventualnu kasniju promenu njihovog značenja.

Piter Štajn ukazuje na posebno mesto ovog naslova u interesovanju pravnik srednjeg veka, počev od glosatora pa sve do XVII veka. Ovaj naslov je dao upotrebljivu i lako pamtivu kolekciju principa, na koje su se mogli pozivati, u odnosu na u detaljima bogate tekstove u drugim delovima *Digesta*, koji su postali za njih teško “svarljivi” – konstatuje Štajn.³⁸ Srednjevekovna sholastika je nastavila sa traženjem i formulisanjem opštih pravila. Čak i pre Irnerija, cirkulisale su različite zbirke jednostavnih pravnih maksima bez dodavanja komentara, a otkrivanjem *Digesta*, naslov *De diversis regulis iuris antiqui* postao je predmet posebnog izučavanja.³⁹ Prvi *apparatus*⁴⁰ Bulgara napisan pre 1141. godine bio je dodat uz ovaj naslov *Digesta*. Učenik Bulgara, Basijan napisao je takođe *apparatus* uz ovaj naslov, a njegov rival Placentin, učenik Martina, uz glose Bulgara napisao je *additiones* i *exceptiones*.⁴¹ To je nastavio Azo (1220.), a njegov *apparatus magnus* je koristio njegov učenik Akurzije (1263.) kao osnovu za komentar ovog naslova u svom *Glossa ordinaria*. Može biti značajan podatak, da su glosatori koristili tzv. *littera bononiensis*, a ne *littera fiorentina* na kojoj se baziraju moderna izdanja *Digesta*.⁴² Kulminaciju rada glosatora na regulama nalazimo u delu De Mugela (*Dinus de Mugello*) krajem XIII. veka. Njega je angažovao papa Bonifacije VIII. radi satavljanja poslednjeg naslova dekreta kanonskog prava (*Liber Sextus*), koji sadrži 88 regula, po modelu

³⁷ A. Berger, *In dubiis benigniora*, Seminar, vol. IX, 1951., str. 36. i dalje.

³⁸ Peter Stein, *nav. delo*, str. 53.

³⁹ Peter Stein, *nav. delo*, str. 60. citira rad, E. Genzmera, *Die iustinianische Kodifikation und die Glossatorem*, Atti Congr. Int. dir. rom. Bologna, I, 1934., str. 393. i dalje.

⁴⁰ *Apparatus* je zbir glosa koje prate redosled teksta i teže potpunij i koherentnoj interpretaciji celog naslova.

⁴¹ Peter Stein, *nav. delo*, str. 61. i not. 14., 15.

⁴² E. Genzmer, *Gli apparati di Azzone al Digestum Novum 50, 17, 1*, Annali di Storia del diritto, I, 1957.

justinijanovog naslova.⁴³ Komentatori XIV. i XV. veka, zaokupljeni prilagođavanjem *Corpus iuris civilis* praksi, komentarisali su posebne regule ovog naslova, ali je jedan od poslednjih pripadnika ove škole Decije (*Philippus Decius* -1454 – 1535) napisao je detaljan komentar celog naslova, sumirajući doprinos svojih prethodnika, posebno Bartola i Balda. Prema Štajnu, komentatori su ostali u suštini na istom stanovištu kao i njihovi prethodnici, da ovaj naslov izražava opšta pravila, principe fragmenata sadržanih u Digestama, tzv. *clausula generalis*.⁴⁴ XVI vek i humanizam posebno favorizuje ovaj naslov. Razmišljajući o najboljim studijama prava, smatrali su da bi trebalo poći od opštih principa pa ići ka posebnim (što je bilo prihvaćeno u podučavanju veština i umetnosti). U pogledu pitanja šta je opšte u pravu, stiglo se ponovo do poslednja dva naslova Digesta. Kao rezultat ovakvog stava, na studijama prava na prvoj godini izučavali su Institucije i poslednja dva naslova Digesta (*regule i significatione verborum*, ponekad dodavajući i regule iz *Liber Sextus* kanonskog prava). Kiža (*Jacques Cujas* -1590.) na bazi florentinskog rukopisa (*Littera Fiorentina*) ukazao je na činjenicu, da postoje mnoge značajne regule i van ovih naslova. Smatralo se, međutim, da je Justinijan znao koje su najbolje regule, a one se nalaze pod navedenim naslovom. Regule su prešle i kontinent. Bejkon (*Francis Bacon*) u svom delu "*De dignitate et augmentis scientiarum*"⁴⁵ nabrāja šest vrsta radova korisnih za pravnu nauku i praksu, a to su: "*Institutiones, de verborum significatione, de regulis iuris, antiquitates legum, summae, agendi formulae*", s tim, da je smatrao da su *De diversis regulis* suštinske, jer se kao "opšti diktati protežu kroz razne pravne grane" i nalaze se "skoro isto u privatnim pravima različitih država". Početkom XVII veka vrednost ovog naslova bio je peuveličan u pravnim školama kontinenta, u smislu da je reč o "*generalia iuris praecepta*". Bronkhorst (*Evenhardt Bronchorst*) konstatovao je, da su regule "*prima iuris principia seu generalissimae quaedam sententiae*".⁴⁶ Na osnovu svega ovoga, Štajn zaključuje, da su regule D. 50, 17 identifikovane sa opštim principima prava.⁴⁷ Posle sedamnaestog veka, sve do danas, ovaj naslov kao i učenje o njemu izgubio je uticaj.

⁴³ Peter Stein, *nav. delo*, str. 64. – 65.

⁴⁴ Peter Stein, *nav. delo*, str. 68.

⁴⁵ Proširena verzija latinskog teksta Bacona (*The Advancement of Learning* iz 1605.) objavljena 1623. Bacon je radi reforme engleskog prava sastavio rad "*Maxims of the law*", koji sadrži dvadeset pet regula na latinskom jeziku i objašnjenjima na engleskom jeziku.

⁴⁶ E. Bronchorst, *Comm. in tit. Dig. De diversis regulis*, Leipzig, 1677., Prolegomena.

⁴⁷ Peter Stein, *nav. delo*, str. 68. – 71.

3. BONA FIDES I GOOD FAITH

Sem proučavanja regula ili maksima i njihovog prezentovanja studentima uz detaljnija objašnjenja (naravno u kontekstu instituta u kojima se pojavljuje), imajući u vidu i eventualno promene u njihovom značenju u toku srednjeg veka, smatramo da bi trebalo ukazati i na posebnu ulogu principa *bona fides* u stvaranju pravila privatnog prava. To bi moglo da pomogne u shvatanju značenja i granica primene principa savesnosti i poštenja – pitanja koje je danas mnogo diskutovano.⁴⁸ Navešćemo samo neka diskutabilna pitanja: pitanje da li se sadržina ovog principa može odrediti pozitivno ili je to moguće činiti samo negativno – nabranjem postupaka suprotnih ovom principu, zatim razlikovanje njegovog subjektivnog i objektivnog pojma (stoga se u savremenim pravima koriste i različiti izrazi), kao i kako treba shvatiti objektivni i subjektivni pojam *bona fidesa*, kakav je odnos ovog principa prema principu pravičnosti (*bona fides* i *aequitas*), pitanje primene ovog principa i zakonitosti, kao i pravne sigurnosti – pre svega – može li sud da postupi suprotno slovu zakona? Nepoznavanje ovog principa često dovodi do averzije i odbijanja njegove primene uz obrazloženje da ona znači suvišnu moralizaciju prava.

Ovaj princip od čisto deklarativnog načela, trebalo bi danas da postane stvarno primenjivan u praksi. Naš Zakon o obligacionim odnosima načelo savesnosti i poštenja izričito formuliše među osnovnim načelima, prema članu 12.: “U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja.” Kao osnovno načelo trebalo bi da se primeni i u vezi konkretnih pravila obligacija. To sudsku praksu postavlja pred poseban zadatak, da ispita svaku okolnost konkretnog slučaja i da proceni ponašanje stranaka, da li je ono u skladu ili je suprotno ovom principu, u smislu kako je to bio zadatak sudije u sporovima *bona fidei* u starom Rimu, na osnovu klauzule formule: “*quidquid ex fide bona dare facere oportet*” (sudija osudi tuženog/ na sve što na osnovu *bona fidesa* treba da da ili učini). Danas su svi poslovi *bona fidei*. Nažalost u nekoliko slučajeva kojima sam bila upoznata, sudije nisu voljne da utvrde ni osnovno činjenično stanje. Ogdovor je, po pravilu dosad bio, ako sude strogo po zakonu, imaju mnogo veću šansu da im viši sudovi potvrde presudu, nego ako bi se upustili u meritum spora i odstupili od *stricti iuris* primene prava. U drugim zemljama, bivšim pripadnicama istočnog bloka, za vreme socijalizma ovaj princip je bio izričito osuđen kao kapitalistički i bio je zamenjen novim socijalističkim principom. U Mađarskoj je umesto principa savesnosti i poštenja u Građanski zakonik iz 1959. godine unet princip (4. paragraf 2. stav): “U građansko-pravnim odnosima treba postupati u međusobnoj saradnji i prema zahtevima zajedničkog

⁴⁸ M. Auer, (*‘Good Faith: A Semiotic Approach’*, ERPL 2002., str. 279.) konstatuje, da se rasprave vode oko tri aspekta pojma good faith u kontraktom pravu, a to su: prvo materijalni aspekt pravdanja good faith obaveza, na primer, ugovornom etikom; drugo, formalni aspekt koji se odnosi na njegovu strukturu, kao neodređenog standarda; i najzad aspekt kompetencije kao institucije – postavlja se pitanje sudske slobode i ograničenja u presuđivanju na bazi otvorenih standarda kao što je *good faith*.

života u socijalizmu. Saradnju treba ostvariti tačnim ispunjavanjem obaveza i namenskim korišćenjem prava.” Prema Feldiju, obaveza saradnje je u suštini drugim rečima izražen objektivni *bona fides*. Međutim, i pored takve sadržine novog principa, Feldi konstatuje, da je progonstvo principa savesnosti i poštenja iz pravne misli dovelo do ozbiljnih štetnih posledica, koje su prisutne i posle 1991. godine kada je ovaj princip ponovo unet u Mađarski građanski zakonik i kada ga je trebalo ponovo primeniti.⁴⁹

Pravilna primena ovog principa danas ima posebnu važnost, imajući u vidu da u savremenom pravu pored zakonodavca značajna uloga pripada i sudovima u kreiranju prava. Prema rečima Fon Bara, “Pravnik naših vremena mora stalno da ima u vidu da je identitet moderne ustavne evropske države zasnovan na njenom pravosudnom sistemu i na njegovom dijalogu sa susedima! (misleći na sudsku praksu drugih država) /The present-day lawyer should always bear in mind that the identity of a modern constitutional European state is based on its juridical system and its dialogue with its neighbours!”⁵⁰ Hondius, takođe ukazuje na značaj sudskih precedenata u savremenoj Evropi, tim što se precedentno pravo sada sve više stvara na evropskom (a ne samo na nivou država članica). Dok su zapadne zemlje razvile ovaj sistem, bivše socijalističke zemlje u tome kasne pedeset godina, jer u ovom periodu nisu pratile modernizaciju izvora prava u Zapadnoj Evropi. Prema mišljenju Hondiusa, pravo Jugoistočne Evrope treba da sustigne Zapadno evropsko pravosuđe po pitanju precedentnog prava.⁵¹ Postavljamo pitanje: kako to postići ako sudija nije u dovoljnoj meri upoznat sa značenjem i granicama primene principa savesnosti i poštenja, niti sa principima dobrog (pravednog) i pravičnog? U savremenom pravu se ni precedent ne shvata više kao odluka koja se striktno primenjuje u sličnom slučaju, bez obzira da li će dovesti do pravednog i pravičnog rešenja. Pravilna primena principa *bona fides* može da bude korektiv u prilagođavanju propisa, a i precedenta konkretnom slučaju, a da se pri tome ne krše osnovna pravila. Tu bi savremena pravna nauka mogla da da svoj doprinos, u smislu kako su to nekada radili rimski klasični pravници putem svojih responsa. Prema tome, stižemo do uloge klasičnih pravnikā u rešavanju konkretnih pravnih problema putem *responsa* tj. pravnih mišljenja o mogućem rešenju pravnog problema u skladu sa dobrim i pravičnim (*boni et aequi*). Hondius u rešavanju ovog problema skreće iz suprotnog pravca, po njemu, pravni pisci treba da formulišu opšte principe i da u to uklope sudku praksu različitih vrsta sudova (viših, ustavnih i evropskih).⁵² Tu najverovatnije misli na opšte principe nediskriminacije, zaštite životne sredine, ravnopravnost polova, slobode ugovaranja, zaštite slabije ugovorne strane itd. Sve ove zaštićene vrednosti ulaze i u princip savesnosti i poštenja, s tim da, one koje su bile aktuelne i u starom Rimu, rimski klasični pravnici procenjivali su u konkretnim

⁴⁹ A. Földi, *A jöhíszeműség és tisztesség elve, Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig* (Princip savesnosti i poštenja, Skica istorije instituta od rimskog prava do danas), Budapest, 2001, str. 85 – 86, kao i str. 94. – 99. Istražujući primenu ovog principa (u objektivnom smislu- u kontraktnom pravu) u Mađarskoj, Feldi je našao samo jedan slučaj u kojem se presuda bazirala prvenstveno na primeni ovog principa.

⁵⁰ Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. I, The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System, München, 1998., str. 49. - 50.

⁵¹ E. Hondius, *Jugoistočna Evropa i evropsko privatno pravo*, Evropski pravnik, Novi Sad, 1/2006., str. 15. – 30.

⁵² E. Hondius, *nav. delo*, str. 20. – 21.

slučajevima, a ne kao hit-aksiome, tj. proklamacije. Ove proklamacije same po sebi ne znače mnogo.

Primeni principa *bona fides* moglo bi se prigovarati, da je u savremenom pravu primena samog principa uglavnom suvišna, jer su mnogi njegovi aspekti formulisani kao posebna pravna pravila, prema tome, treba primeniti ova posebna pravila.

Slažemo se sa mišljenjem Stormea: “rešenja utelovljena u specifična pravila a koja su specifikacije– barem istorijski posmatrano – principa good faith, daju smernice budućoj interpretaciji istog principa, precizirano, jer pravo nastaje od precedenta do precedenta i jer posebna pravila u velikom broju slučajeva nisu ništa drugo, nego kodifikovani ustaljeni precedenti. Tako, rešenja koja su nekada bila bazirana na good faith, a sada su utelovljena u posebna pravila ostaju relevantna za određivanje sadržine principa good faith. Ono što se formalno čini suvišnim, veoma često se pokazuje da je suštinski bitno.”⁵³

Mnoga osnovna posebna pravila nastala su u rimskom pravu primenom principa *bona fides*. Izučavanjem ovih osnova, kao i prezentacijom studentima, možemo da ukažemo i na njegovu savremenu ulogu, značenje i granice primene.

Storme u članku, *Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law*, ukazuje na jednu bitnu ulogu principa savesnosti i poštenja u savremenom i budućem evropskom kontraktom pravu kao multi-level pravnom sistemu. Polazeći od odredbi *Principles of European Contract Law* (PECL),⁵⁴ autor

⁵³ Matthias E. Storme, *Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law*, <http://www.ejcl.org/71/art71-1>

⁵⁴ Matthias E. Storme, (*nav. delo*, <http://www.ejcl.org/71/art71-1>.) izlaže odredbe I i II dela PECL (1999) o korišćenju ovog principa:

- (a) u smislu pravila tumačenja, u čl. 1:106 (1): ‘These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application’,
(b) kao pravilo ponašanja, u čl. 1:202 (1): ‘Each party must act in accordance with good faith and fair dealing’.

Prema Komentaru člana 1:201 ‘imposes upon each party a duty to observe reasonable standards of fair dealing and to show due regard for the interests of the other party’. Dalje se objašnjava da je ‘good faith’ prvenstveno subjektivni a ‘fair dealing’ je objektivni pojam i usled toga uvek se koriste zajedno, baš kao *Treu und Glauben* u nemačkom i *redelijkheid en billijkheid* u holandskom pravu.

Određena posebno formulisana pravila takođe izražavaju princip ‘good faith and fair dealing’, na primer:

- the duty of a party not to negotiate a contract with no real intention of reaching an agreement with the other party (čl. 2:301);
- the duty not to disclose confidential information given by the other party in the course of negotiations (čl. 2:302);
- the duty not to take unfair advantage of the other party’s dependence, economic distress or other weakness (čl. 4:109);
- the right given to a debtor to cure a defective performance before the time for performance (čl. 8:104);
- the right to refuse to make specific performance of a contractual obligation if this would cause the debtor unreasonable effort and expense (čl. 9:102).

U nekoliko drugih odredaba PECL koristi ‘reasonableness’ kao kriterijum, međutim, prema čl. 1:302, ‘reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account’.

ukazuje na to, da ako se **princip savesnosti i poštenja (*good faith i fair dealing*) i razumnosti /opravdanosti/ (*reasonableness*)** pravilno koristi, oni su **instrumenti ne samo harmonizacije prava nego i sredstva koja nam omogućuju i dopuštaju da uzmemo u obzir nacionalne i regionalne razlike u primeni preuzetog (prihvaćenog) prava.**⁵⁵ Stav autora, jeste, da evropsko pravo treba da bude harmonizovano, ali ne i homogenizovano, jer je evropski identitet multi- pravni (*multi-layered*), stoga naše pravo treba do određene mere da odgovara ovome. Koristeći njegove reči: “Evropsko pravo može da gleda u nebesa, ali ne bi trebalo da lebdi tamo, bez toga da noge drži na zemlji i bez zadržanja različitosti. (*European law may have its head in the sky, but it should not be floating there without also keeping its feet on the ground and keeping its diversity.*)”⁵⁶

Po našem mišljenju, proučavanje uloge ovog principa u stvaranju posebnih pravila ugovornog prava u rimskom pravu, može da pomogne u shvatanju njegove uloge u savremenom procesu harmonizaciji prava, uz zadržavanje posebnosti nacionalnih država u cilju stvaranja pravednih i pravičnih pravnih pravila. Drugim rečima harmonizacija ne znači doslovnu implementaciju stranog pravila, nego njegovo prilagođavanje nacionalnim okolnostima, ako su one specifične, da ne bi implementirano pravilo ostalo puko slovo na papiru, ili dovelo do nepravilne primene.⁵⁷

Romanisti su i ranije izučavali ovaj princip,⁵⁸ danas, međutim, možemo govoriti o njegovoj renesansi.⁵⁹ U okviru Projekta o zajedničkim osnovama evropskog privatnog prava (*The Common Core of European Private Law Project*) Univerziteta u Trentu, u izdanju Cimermana (Reinhard Zimmermann) i Vitakera (Simon Whittaker), 2000. godine objavljeno je delo: *Good Faith in*

S druge strane, (u formalnom smislu) *good faith and fair dealing*, posebna su sredstva koja omogućuju pravednu presudu u slučaju ako: ‘the law or an otherwise valid contract term may under the circumstances lead to a manifestly unjust result’, ‘whether in such cases the court should let justice prevail will depend, *inter alia*, upon to what extent certainty and predictability in contractual relationships would suffer by letting justice get the upper hand.’ Equally, *good faith and fair dealing* are an important factor when implied terms of a contract are to be determined (čl. 6:102).

⁵⁵ Matthias E. Storme, *nav. delo*, str. 12. – 13.

⁵⁶ Matthias E. Storme, *nav. delo*, str. 12. – 13.

⁵⁷ O postupku harmonizacije prava, videti, J. Petrétei, *Harmonizacija prava u Mađarskoj pre i posle pristupa Evropskoj uniji*, Evropski pravnik, Novi Sad, 1/2006., str.83. – 106.

⁵⁸ Na primer, M. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, 1939. str. 160.; A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964., str. 231.

⁵⁹ Članci i monografije se posvećuju ovom principu, da spomenemo samo neke: Reinharda Zimmermann - Simona Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000., A. Földi, *A jóhiszeműség és tisztesség elve, Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig* (Princip savesnosti i poštenja, Skica istorije instituta od rimskog prava do danas), Budapest, 2001., str. 118. M. Sić, *Savesnost i poštenje u ranoj antici -Koreni rimskog principa bona fides*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1996./1-3, str. 185. - 199. M. Sić, *Uloga principa bona fides u regulisanju kupoprodaje u antičkom Rimu*, posebno izdanje; *Rekonstrukcija pravnog sistema Jugoslavije na osnovama slobode, demokratije, tržišta i socijalne pravde*, Novi Sad, 1998., str. 79. – 91. O. Antić, *Savesnost i poštenje u obligacionom pravu*, Pravni život, II. tom, 10/2003. M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja, Univerzalni princip međunarodne trgovine*, Pravni život, II. Tom, 10/2004., str. 419. – 441.

European Contract Law.⁶⁰ Pored analize značenja ovog principa u ugovornom pravu tokom istorije (u rimskom pravu, u srednjevekovnom *ius commune*u kao i u američkom pravu, uz ukazivanje na kodifikovano pravo i moderno shvatanje) komparativnom analizom pravnih slučajeva, ukazuje i na način njegove primene u četrnaest različitih pravnih sistema. Knjiga je izdata u nadi, da će biti korisno sredstvo u istraživanju značenja ove veoma bitne ideje kako u funkcionalnom tako i u uporednopravnom smislu.

Izvor pojma *bona fides* ili “good faith” nalazi se u rimskom pravu.⁶¹ *Bona fides* je imao najplodniju ulogu u razvoju rimskog ugovornog prava, prvenstveno putem *iudicia bonae fidei* formularnog postupka. Izlaskom iz upotebe formularnog postupka, smatra se da je koncept bona fidesa apsorbovan u širi pojam *aequitas*.⁶² U toku srednjeg veka i u rano moderno doba *aequitas* je bio suprostatavljen striktnom pravu (*ius strictum*), ali je po pravilu identifikovan sa bona fides i postao je fundamentalni princip trgovine.⁶³ *Bona fides* je danas u pravima Evropskih zemalja deklarisan i kao opšti princip i predstavlja osnovni princip i međunarodnog ugovornog prava. Ovaj princip ulazi i u pravo Engleske putem sudske prakse, a u američko pravo i izričito formulisanim zahtevom za savesnim i poštenim poslovnim odnosima (*Uniform Commercial Code, Restatement /second/ of Contracts, fragm, 205.*)⁶⁴

Feldi ukazuje na to, da pored deklarisanja ovog principa i znanja o njegovoj primeni, potrebno je, s jedne strane i to, da stranke u sporu zahtevaju zaštitu u slučaju povrede principa *bona fides*, a sa druge strane, od sudije se zahteva hrabrost i mudrost da se ovaj princip i primeni, a radi ostvarivanja osnovnog zahteva: “*honeste vivere, alterum non laedere i suum cuique tribuere*”.⁶⁵

Prema tome, ponovo se postavlja zahtev za Ciceronovim “*magnus iudexom*” koji je sposoban i voljan da uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja: “*quidquid ex fide bona dare facere oportet*” presudi u skladu sa principom “*boni et aequi*”.

⁶⁰ R. Zimmermann – S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

⁶¹ M. J. Schermaier, *Bona fides in Roman contract law*, u R. Zimmermann – S. Whittaker, *nav. delo*, str. 63. – 92.

⁶² A. Beck, *Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht*, u, *Aequitas und bona fides – Festgabe für August Simonius* (1955.), str. 24.

⁶³ J. Gordley, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, u R. Zimmermann – S. Whittaker, *nav. delo*, str. 93. – 117.

⁶⁴ A. Földi, *nav. delo*, (A jóhiszeműség és tisztesség elve), str. 37. – 74.

⁶⁵ A. Földi, *nav. delo*, (A jóhiszeműség és tisztesség elve), str. 110.

4. ZAKLJUČAK

Na osnovu izloženog, možemo zaključiti, da rimsko pravo u savremenom procesu evropeizacije i globalizacije ima poseban zadatak u stvaranju novog *ius commune*. U civilističkoj literaturi uobičajena je konstatacija, da zajedničke osnove novog evropskog privatnog prava treba pronaći u srednjevekovnom *ius commune*, čije je jedinstvo bilo razbijeno kodifikacijama nacionalnih država. Mogli smo videti, da srednjevekovno *ius commune* nije bilo uopšte toliko jedinstveno, niti su kodifikovana pravila nacionalnih država u tolikoj meri različita, koliko se to površno smatra. *Ius commune* srednjeg veka pre se može shvatiti kao jedinstveni pravnički duh i pravnička kultura, nego jedinstveno pravo. Ovaj duh, ova pravna misao i pravna kultura bila je, međutim, zasnovana na rimskom pravu, a ovo rimsko pravo je preko buržoaskih kodifikacija stiglo i u savremena prava. Rimsko pravo u zapadnom obliku u Srbiju ulazi prvenstveno preko Austrijskog Opšteg građanskog zakonika. Prema tome, za Srbiju rimsko pravo ima još veći značaj - Srbiju sa savremenom Evropom može da poveže pre svega antička rimska i grčka misao, a ne *ius commune* srednjeg i ranog novog veka.

Evropa i dan danas razmišlja u konceptima rimskog prava, a ovi koncepti u novije vreme sve više se šire i van kontinenta. Stvarati savremeno zajedničko pravo: novo *ius commune* ili novi *ius gentium* Evrope bez rimsko-pravnih osnova, značilo bi saditi drvo bez korena. Hamza i Feldi izlažući o značaju rimskog prava u obrazovanju pravnika, izričito konstatuju, da osnov, zajednički fundament, novog *ius commune Europaeuma*, koje tek treba da se izgradi, nalazimo naime, pre svega, u rimskom pravu.⁶⁶

U pogledu naučnih istraživanja primetna je obrada pitanja rimskog prava od značaja za formiranje novog evropskog prava. Nažalost, istraživanja savremenih pitanja sa aspekta rimskog prava, civilisti, zasad, najčešće prihvataju kao istoriju (pa i radi podizanja vrednosti rada), kao stare mudrosti kojih je lepo sećati se i shodno tome, u svojim monografijama ili člancima, daju mesto rimskom pravu, a ponekad, i kolegama, romanistima (da taj istorijski deo napišu). S druge strane, pred romaniste postavlja se težak zadatak, da izučavajući izvorne tekstove rimskog prava, sačuvavajući njihovu autentičnost, kritički ukažu na dobre ili loše strane konkretnih pravnih rešenja shodno rekonstruisanoj istorijskoj pozadini određenog problema u rimsko doba, to da povežu sa srednjevekovnim *ius communeom* i savremenim rešenjima, u kritičkom smislu, imajući u vidu savremene potrebe društva i evropskog ujedinjenja. Zasad, ono što je moj utisak, da nema prave saradnje na ovom zadatku ni među romanistima, ni među romanistima i civilistima, mada se ne može reći da se to ne sreće i da ona nije započeta.⁶⁷ Poseban zahtev savremenog procesa evropeizacije i globalizacije

⁶⁶ A. Földi – G. Hamza, *A római jog története és intézuciói* (Istorija i institucije rimskog prava), Budimpešta, 1996., str. 9.

⁶⁷ Izvorni tekstovi, studije i članci, a ponekad i pozivi na kongrese i saradnju romanista i istoričara dostupni su preko interneta.

jeste, pre svega, stvaranje evropske pravne kulture, zajedničkog pravničkog duha koji će podupirati “obelisk pravde” i čuvati ga od pada. Pravna nauka sa istinskom saradnjom pravnih disciplina trebalo bi u tome da ima značajnu ulogu.

U ovom radu, pored mnogih vrednosti, rimskog prava izdvojili smo dve posebne, koje su od opšteg značaja za rimsko, ali i savremeno privatno pravo: rimske *regule* (maksime) i princip *bona fidesa*. U pogledu njihove savremene aktuelnosti i vrednosti možemo da zaključimo, da zauzimaju istaknuto mesto, međutim, ove vrednosti bez rimsko-pravnog osnova ne mogu u ispravnom smislu, ni tumačiti, niti realizovati u savremenom pravu. Postoji opasnost da se one pretvore u govorničke fraze, proklamovane principe, bez pravog značenja i stvarne primene. U doba starog Rima, u pretklasičnom i klasičnom periodu to nije bio slučaj. Jednostavna i dan danas primenjivana pravila privatnog prava, posebno kontraktnog prava, stvarana su primenom principa *bona fides* u svakodnevnoj praksi, a *regule* su nastale na bazi rešavanja mnogobrojnih konkretnih slučajeva primenom veštine dobrog i pravičnog (*Ius est ars boni et aequi*). Naš je poseban zadatak da ukažemo na ove korene. Izlažući o značaju rimskog prava u obrazovanju pravnika Hamza i Feldi ukazuju na to “da pravnik našeg vremena može da se odbrani od opasnosti preterane specijalizacije i pravnog pozitivizma, možda, na najbolji način pomoću rimskog prava, koje nas uči da pravo nije skup paragrafa nezavisan od društvenih vrednosti i ciljeva. Poznavajući rimsko pravo ne možemo da zanemarimo osnovne principe prava, njegov najbitniji cilj: ostvarivanje **pravde i pravičnosti** - prema datim mogućnostima.”⁶⁸

Da rimsko pravo ne bi bilo izloženo agoniji mudrog starca, nego da igra ulogu koja mu pripada, na nama je da ga podmladimo i da mu damo polet i novi život. **Po našem mišljenju, naš je zadatak da živeti u sadašnjosti, pogledom u budućnost, vratimo u prošlost da bi tamo pronašli blago korisno za sadašnjost i budućnost.** U antičkoj misli su formulisane trajne vrednosti, vredne istraživanja i prezentovanja studentima, a kazuistika rimskih klasičnih pravnika je korisna pravna klinika za studente prava u formiranju njihovog pravničkog načina razmišljanja.

⁶⁸ A. Földi – G. Hamza, *nav. delo* (A római jog története és institúciói) str. 8.

CONCLUSION

We can conclude that Roman law has an essential task in today's formation of the new European *ius commune*, as well as in the process of globalization.

Commonly, in civilistic literature it states, that we must return to the *ius commune* of middle ages, because there we can find the basis of the new European private law, which common character was broken with national codifications. We have seen, that the medieval *ius commune* was not so unified, and that the rules of national codifications were not so different, as somebody might carelessly say. We can realize that the medieval *ius commune* was rather a common spirit of law and legal culture than an unified law. This common spirit of legal thinking and culture was based on Roman law, and this essence of Roman law arrived in our contemporary law by the new age national codifications. In Serbia, Roman law in its west – Roman-German form was received mostly on the bases of Austrian Allgemeines Bürgerliches Gezetzbuch. So, for Serbia, Roman law is of the greatest importance –Serbia could be integrated in EU primarily on the bases of ancient Roman and Greek thought.

Legal thinking in today's EU is based on the concepts of Roman law, and these concepts, are even more accepted by the nations of other continents. To create the modern common law, the new *ius commune*, or new *ius gentium*, without its Roman foundations, is the same, as planting the tree without the root. Hamza and Földi, explaining the role of Roman law in the process of education, expressly stated that: "the bases, the common fundament of the new *ius commune Europaeum*, which should be yet created, we can find primarily in Roman law."⁶⁹

Regarding the scientific researches, we can find works about the problems of Roman law which have an importance in formation of the new EU law. Unfortunately, researches of Roman law which are related to contemporaries questions are regarded by today's civilists only as a history, as an old prudence's which is just nice to remember. In monographies or articles sometimes they give some place to Roman law, and sometimes also to colleges, Romanists (to write this historical part). On the other side, the Romanist now have a hard task, to analyze the sources of Roman law saving its autenticality, to point out critically the good or bad sides of concrete legal solutions in accordance to the reconstructed historical background of the problem in Roman times, than to connect all these, critically, with the solutions of the medieval *ius commune* and today's solutions (it also expected to compare the rules of different legal systems), having in mind the needs of modern society and European Union.

My impression is that there is no real cooperation on this task today, not only between civilists and Romanists, but also between Romanists themselves, although some improvements are obvious.⁷⁰ Important demand of present processes of europeization and globalization is the creation of European legal culture and common legal spirit which could be able to support "obelisk of justice" and to prevent it from falling. Legal science empowered by serious cooperation between legal disciplines, should be given an important role in those processes.

In this work, among many values of Roman law, we emphasized the two which have common importance in Roman and modern private law: Roman *regulae* and the principle of *bona fides*. Regarding its actuality and importance, we can conclude that without Roman legal bases these

⁶⁹ A. Földi – G. Hamza, *A római jog története és institúciói* (The History and the Institutions of Roman law), Budapest, 1996., p. 9.

⁷⁰ Most of Roman sources, some studies and articles, and sometimes invitations on congresses and collaboration of Romanists we can find today on internet.

values can not be correctly understood and enacted in modern law. Those values are under threat today to be turned into rhetorical phrases and declared principles without real meaning and enactment. In ancient Rome and in preclassical and classical period that was not the case. Simple rules of private law, which are in use even today, have been created through the use of *bona fides* principle in every day practice. *Regulae* have been created as a solutions developed through many practical cases, based on the use of the art of goodness and fairness (*Ius est ars boni et aequi*). It is our particular task to emphasize those roots. Explaining the importance of Roman law in legal education Hamza and Földi are pointing that: “the Roman law is the best defense from the treat of exaggerated specialization and legal positivism that modern jurists are exposed to, Roman law teaches us, that the law is not just an amount of legal articles. By studying Roman law, we can not avoid the fundamental principles of law, and the most important purpose of the law itself –enactment of **justice** and **equity** in given circumstances.”⁷¹

To avoid the treat of putting the Roman law in the agony of the useless wise old men, it is our task to rejuvenail it, to give it new life and impact, in order to give it the place it deserves. In our opinion **it is our task, while living in modern times and facing the future, to find the treasures of the past which can be useful for us and generations to come.** Ancient thought has formulated permanent values which are worthy for research and teaching, as well, the casuistic of classical roman jurists is nowadays a good and useful clinic for the law students in creating their legal thinking.

LASTING VALUES OF ROMAN LAW

In the contemporary process of Europeanisation and globalisation, again the question is raised of, on the one hand, what would be indispensable and useful to give students from the rich treasury of Roman law and how (by which method) to present it to them, and, on the other hand, in what direction to head further scientific research related to Roman law.

These questions are asked because at the beginning of transition (over ten years ago) Roman law began to be neglected. The reason was, on the one hand, that tertiary education and also science were being treated more and more as goods and therefore it was considered that subjects taught and science too should be created according to market needs and for a market which requires that students have practical knowledge and skills that can be easily placed on the work market. On the other hand, Western Europe has turned to learning about medieval law with the aim that in the so called *ius commune* of the Middle Ages the foundations for a new contemporary *ius commune* of Europe be found.

In this paper only the problem areas of Roman private law are considered. Primarily we have decided to answer another question - Should the *ius commune* supersede Roman law? We especially singled out two central questions as values which deserve a special place in the study and in the teaching of Roman private law. These are Roman rules and the principle of *bona fides*. By considering these questions we will indirectly give the answer to the first question - can Roman law survive in today's overly materially oriented knowledge market?

Key words: *Roman law, ius commune, Roman maxims, bona fides, modern European contractual law*

⁷¹ A. Földi – G. Hamza, op. cit. p. 8.