

MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Dr. sc. Mirela Šarac, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
Irena Stanić, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

UDK: 34(37)
Ur.:10. rujna 2010.
Pr.: 9. studenoga 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Mandatum pecuniae credendae specifičan je tip mandata kojim se mandataru nalaže dati zajam određenoj trećoj osobi, pri čemu se mandant – jamac obvezuje mandataru – vjerovniku naknaditi svaki gubitak uzrokovan ispunjenjem naloga. Nastao je krajem razdoblja Republike kao rezultat razvijene trgovine i financijskoga prometa u svrhu ustanovljavanja novog oblika neformalnog jamstva, s mogućnošću zaključenja inter absentes. Dok mu pravnici pretklasičnog razdoblja (Servius Sulpicius Rufus) osporavaju pravnu valjanost, u klasičnom je pravu prihvaćeno suprotno Sabinovo mišljenje. Glavni su razlozi njegova uvođenja bili namirenje potreba za kreditom kao i eliminiranje nedostataka fidejusije. Kod kreditnog naloga litiskontestacija s dužnikom nije konzumirala tužbu protiv mandanta. U kasnom klasičnom i postklasičnom pravu dolazi do suštinskog približavanja instituta *mandatum pecuniae credendae* i *fideiussio*. Taj je proces zaokružio Justinijan gotovo izjednačivši kreditne mandante i fidejusore. U Justinijanovom je pravu mandantima općenito priznat *beneficium excussionis*, *beneficium divisionis* i *beneficium cedendarum actionum*.

Ključne riječi: rimsko pravo, *mandatum pecuniae credendae*.

I. UVOD

*Mandatum pecuniae credendae*¹ (opisno označen kao *mandatum ut Titio*

1 Osnovni izvori i literatura o *mandatu pecuniae credendae*: G.3.121; G.3.136; G.3.156; D.17.1; D.46.1; C.4.35; C.8.40; I.3.26; Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft nach roemischem und gemeinem Recht, Halle 1891; Förster, Der Kreditauftrag. Eine Studie nach römischem und neuem bürgerlichem Recht, disert., Leipzig 1903; Bortolucci, Il mandato di credito, BIDR 27 (1914), 129; BIDR 28 (1915), 191; Müller, Der Kreditauftrag als *mandatum qualificatum* insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht, disert., Zürich 1926; Last, Zur Lehre vom Kreditauftrag, vom Rate, von Empfehlung und der Auskunft, Palermo 1936; Sanfilippo, Corso di diritto romano, Il mandato, 1, Catania 1947, 73; Arangio Ruiz, Il mandato in diritto romano, Napoli 1949; Segrè, In materia di garanzie personali, Scritti vari di diritto

credas; u pandektnoj znanosti označavan je terminom *mandatum qualificatum*²⁾ tip je mandata kod kojeg nalagatelj (mandant) nalaže nalogoprimatelju (mandataru)

- romano, Torino 1953, 477; Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni I, Le garanzie personali*, Padova 1962, 199; Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982; Bombarda, *Il mandato di credito. Evoluzione storica e diritto attuale*, Studi Parmensi XXXVI (1984), 137; Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, 139; Wacke, *Der originäre Regreß des Kreditmandanten aus Auftrag oder negotiorum gestio im römischen Recht*, *Orbis Iuris Romani* 10 (2005), 243.
- 2) Taj naziv nije klasičan, ne nalazi se ni u vrelima ni u djelima glosatora i postglosatora. Izraz *mandatum qualificatum* kao sinonim za *mandatum pecuniae credendae* prvi je upotrijebio Stryk u djelu *Usus modernus Pandectarum, Florentiae MDCCCXLII*, t. XIV, l. XVII, tit. I, c. 707. Vidi: Bombarda, nav. dj., 66, n. 2, Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*, Torino 1976, 82; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa I*, Milano 1979, 466. Posebice kada se radi o rimskom pravu puno je precizniji naziv *mandatum pecuniae credendae* jer rimsko pravo za *mandatum qualificatum* vezuje različite tipove kvalificiranih mandata koji se bitno razlikuju od kreditnog naloga: npr.: *mandatum ut fideiubeas* (I.3.26.6; D.17.1.2.2) čiji je cilj preuzimanje jamstva, ili nalog da se prihvati nasljedstvo (D.17.1.32) čija je osobitost u prihvaćanju svojstva nasljednika, ili nalog koji podjeljuje jamac da se najprije utuži glavni dužnik čime se obvezuje za štetu koja iz toga proistekne, itd. Specifični sadržaj kvalificiranih mandata bio je vrlo različit. Sve su to bili česti oblici ugovora o nalogu u Rimu koji su stvarali formalnu *indamnitatis promissio*. Takvi i slični tipovi mandata u ovom radu neće biti uzimani u razmatranje nego samo pravni posao čiji je specifični sadržaj bio u kreditiranju u svoje ime, tj. *mandatum pecuniae credendae* (*mandatum ut Titio credas pecuniam*) kao jedan od tipova *mandata qualificata*. Rimljani su *mandare ut credas pecuniam* shvaćali prema formi i sadržaju kao mandat kojeg su od početka tretirali kao mandat posebne vrste: uvijek se radilo o kreditiranju: mandataru je nalagano dodijeliti kredit trećemu. Ovdje se može postaviti pitanje što je to kredit? U D.12.1.1.1 kaže se „... *omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, . . . ex hoc contractu credere dicimur.*“ Rimljani govore o *credere*, što upućuje na ugovorom zasnovan odnos povjerenja s ciljem prepustiti trećemu na upotrebu ili u vlasništvo određeni predmet kako bi isti predmet (*commodatum, pignus*) ili njegov ugovoreni ekvivalent (*mutuum*) bio vraćen nakon određenog vremena. *Credere* je jedna *generalis appellatio* jer se kredit može dodijeliti na razne načine, ali je u rimskom pravu, kada se govori o mandatu, bio čest nalog usmjeren na dodjeljivanje kredita zajmom, posebice onaj s odgodom plaćanja. Tako se u D.17.1.12.14 kaže „*Plane, si ut exspectares . . . periculum debere ad mandatorem pertinere.*“

Mandatar mora, ne samo igrati ulogu stranke u pravnom smislu jer zaključuje pravni posao u svoje ime čime stječe prava za sebe, nego treba biti i stranka u ekonomskom smislu ukoliko je dodijelio kredit iz svoje imovine. Sadržaj naloga je biti stranka na upravo opisani način. Davanjem kredita je ispunjenje naloga tek započelo nakon čega može od trećega zahtijevati pripadajuća prava. Opseg i vrsta njegove djelatnosti nisu određeni iz početka i unaprijed nego se upravljaju prema kasnije nastalim okolnostima i obuhvaćaju sve ono što nalaže *bona fides* kako bi s obzirom na mandantovo povjerenje bili ostvareni njegovi interesi. Još jedna posebnost po kojoj se kreditni nalog razlikuje od uobičajenog mandata. Dok se kod redovitog naloga rijetko javlja mandantova obveza na naknadu štete i izdataka, mogućnost da se oni pojave puno je veća kod kreditnog naloga. U ovom radu će biti analiziran samo redoviti slučaj kreditnog naloga čiji je sadržaj dodjeljivanje zajma.

pozajmiti novac trećoj osobi, pri čemu mandant nastupa kao jamac te je, ako treći ne bi vratio zajam, mandatnim odnosom obavezan za pozajmljenu sumu (posredstvom *actio mandati contraria*).³ Jedna od osnovnih i najčešćih funkcija koju ima *mandatum pecuniae credendae* je u ostvarivanju intercesije (*intercessio*). Mandant nalaže mandataru da pozajmi određenu sumu novca trećemu pri čemu jamči njegov povrat.⁴ Primjerice, Mevije naloži Ticiju da pozajmi novac Seju preuzimajući na taj način jamstvo za njega. Ako *Seius* ne vrati pozajmljenu sumu, Ticije je mogao tužiti Mevija s *actio mandati contraria* zbog štete pretrpljene izvršenjem njegova naloga. Nastao je krajem Republike ili u prvim desetljećima Principata kao rezultat praktičnih potreba trgovine i financijskoga prometa.⁵

- 3 Accarias, *Droit romain II*, Paris 1878, 532. ističe da je navedena formulacija suviše uska i ograničavajuća. *Mandatum pecuniae credendae* postoji i u slučaju kada se naloži drugome kupiti zemljište za Ticija i tada je mandatar angažiran kao fidejuszor, ili deponirati kod Ticija određeni predmet. Općenito rečeno, *mandatum pecuniae credendae* postoji uvijek kada po nalogu i na mandantov rizik, mandatar postane vjerovnik određene treće osobe. Ako mandant ne odredi trećega s kojim se mandatar obvezuje stupiti u ugovorni odnos, onda se radi o običnom savjetu za koji mandant ne snosi nikakav rizik. Takva proširena definicija kreditnog naloga u suglasju je s široko shvaćenim izrazom *credita pecunia* i u potpunosti je opravdana Julijanovim tekstom (D.17.1.32) u kojem se kaže da je svaka obveza koja je podesna da za nju može jamčiti fidejuszor, može biti ugovorena mandantom.
- 4 Već je *Quintus Mucius Scaevola* izričito naglašavao usku vezu između fidejuszije i mandata, vidi: D.17.1.48pr.; Giménez-Candela, *Mandatum und Bürgenregreß*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin/Heidelberg/New York 1993, 169.
- 5 Kao podvrsta mandata kreditni nalog pretpostavlja prethodno postojanje redovitog naloga. Nije moguće precizno utvrditi kada je mandat postao pravno obvezujući sporazum niti kada se po prvi put pojavio ugovor o nalogu čiji je sadržaj bio kreditni posao. Kao konsenzualni kontrakt pored *pacta nuda* mandat spada među posljednje priznate pravne poslove u rimskom pravu. Sigurno je da je mandat već prije Cicerona općenito priznat kao konsenzualni kontrakt čemu je prethodio dulji razvitak. Sadržajno je mandat kao pravni posao od svog pojavljivanja mogao biti usmjeren na ispunjenje i pravnog i faktičnog posla. Sukladno tomu oblikovao se daljnji razvitak mandata u rimskom pravu. Ništa nije sprječavalo da se mandataru podijeli nalog da s trećim zaključi kreditni posao pri čemu je mandatar nastupao kao mandantov posredni zastupnik. Nakon kreditiranja uzimao je regres i ustupao mandantu eventualna prava prema trećemu. Vjerojatno se težilo tomu da se proširi takav nalog. Tako što mandataru neće biti povjereni samo zaključenje kreditnog posla nego je na njega trebalo prenijeti izvršenje cjelokupnog posla. Posebice je to bilo razumljivo u slučajevima kada su mandatar i treći živjeli u istom mjestu, a mandant boravio u drugom. Mandantu je tada odgovaralo da mandatar zadrži položaj vjerovnika i da ga iskoristi sukladno prilikama. Pri tomu je nalagao mandataru da kredit dodijeli ne samo u vlastito ime nego i za vlastiti račun. Sigurno je da je potreba za takvim mandatima u Rimu bila vrlo velika, posebice u razdoblju gospodarske i trgovinske ekspanzije. Opširnije vidi: Bombarda, nav. dj., 66; Pernice, Labeo. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Halle 1873, 449; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, 662; De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1987; Cerami/Di Porto/Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004, 99; Di Porto, *Il diritto commerciale romano. Una „zona d'ombra“ nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, u: *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, 3, Napoli 1997, 413; Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II. sec. A.C. – metà*

Kreditni nalog bio je pogodan kako bi se trgovcima mogao osigurati kredit u svim dijelovima Carstva, a ne samo kod poznanika u Rimu. *Mandatum pecuniae credendae* pojavljivao se izvorno uglavnom kao pravni posao *inter absentes*. Vlasnici kapitala bili su zainteresirani za dodjeljivanje kredita trgovcima u udaljenim gradovima. Usprkos tome često nisu mogli ili nisu htjeli sami osigurati kredit, zato što nisu imali gotovine pri ruci, ili što su se bojali poslati veću sumu, ili im nije odgovaralo nadzirati dalekog dužnika, zbog čega su povjerali kreditiranje drugomu. Drugi će ispuniti nalog imajući u vidu svog poslovnoga partnera ili će biti vođen vlastitim interesima znajući da će mu nalagatelj odgovarati za moguću štetu koju bi mogao pretrpjeti ispunjavajući nalog. Na temelju toga je jasno zbog čega se u vrelima tako često spominje kreditni nalog u pisanom obliku.⁶ Takvom mandatu nije bilo potrebno dodavati nikakav poseban sporazum o naknadi štete da bi se mandanta učinilo odgovornim. Bila je dostatna činjenica što je on dao nalog. Ipak, da bi se otklonile moguće nejasnoće i dvojbe kod mandataru, radi li se o kreditnom nalogu ili možda samo o savjetu, mandant je često izričito preuzimao odgovornost (*periculo meo crede, bene credis*). Kada se uzme u obzir praktični cilj kreditnoga naloga, očito je da nije tipičan i uobičajen za mandat. Njegova *causa* sastoji se u tomu učiniti da mandant posredstvom naloga datog mandataru da pozajmi novac trećemu, garantira da će mandataru obešteti u slučaju da treći, tj. mandatarov dužnik ne vrati dug i tako mu prouzrokuje imovinsku štetu.

U romanističkoj znanosti izdvojilo se nekoliko teorija kojima se pokušalo objasniti nastanak i pravnu narav kreditnog naloga. Starija romanistika većinom zastupa mišljenje da je *mandatum pecuniae credendae* nastao kao rezultat potrebe za uvođenjem neformalnog oblika jamstva.⁷ Zagovornici prve teorije prave jasnu razliku između kreditnog naloga i fidejusije priznajući da kreditni nalog predstavlja valjani tip mandata sa specifičnom strukturom.⁸ Zastupnici, tzv. mješovite teorije konstruiraju kreditni nalog kao jamstvenu garanciju u formi mandata: mandat po formi i određenim učincima, a jamstvena garancija u biti i svrsi. Razlikuju dva trenutka: onaj koji prethodi davanju kredita i koji se ravna prema uobičajenim pravilima mandata i drugi trenutak nakon što mandatar dodjeli trećem koji je

del III sec. d.C.), Napoli 1991, 397; isti, Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, Torino 2002, 82; Andreau, La vie financière dans le monde romain. Le métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J.C. – IIIe siècle ap. J.C.), Rome 1987, 447; isti, Banking and Business in the Roman World, Cambridge 1999, 30; Bürge, Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, ZSS 104 (1987), 472.

6 C.4.35.7; D.17.1.56pr; D.17.1.59.5; C.8.40(41).22

7 Windscheid, Pandekten II, Frankfurt 1900, 763; Michels, De intercessione per mandatum, Halae 1867, 80; Sokolowsky, nav. dj., 70.

8 Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte, Iena 1851, 60, 540; Geib, Zur Dogmatik des roemischen Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894, 149; Stammler, Der Garantievertrag, Archiv für die civ. Praxis (69), 1.

reguliran pravilima fidejusijske.⁹ Sokolowsky¹⁰ negira kreditnom nalogu svojstva mandata svrstavajući ga pod posebnu formu osobnog jamstva, koje naziva „Mandatsbürgschaft“ nastojeći ustanoviti novi slobodniji tip fidejusijske. Smatra da kreditni nalog duguje svoj nastanak starom institutu *iussus*, da se razvio iz njega ili je *iussus* barem poslužio kao uzor za njegov nastanak. Müller¹¹ smatra da se nastanak i široko prihvaćanje kreditnog naloga ne mogu objasniti samo usavršavanjem posljednjeg oblika adpromisije. Svakako da se kreditnom nalogu ne mogu poreći ciljevi jamstva, ali se ne slaže sa Sokolowskym ističući da je *iussus* uvijek jednostrano očitovanje, nikada ugovor. *Iussus* je samo gola ovlast za ugovaranje. Bez obzira smatra li se upravljanim na osobu izvan obitelji da zaključi pravni posao s kućnim sinom ili je to ovlast upućena sinu ili robu na zaključenje posla, uvijek ostaje jednostrano očitovanje koje se čak može naknadno pridodati već zaključenom poslu.¹² Sasvim je razumljivo da kreditni nalog ne podnosi nikakvu *ratihabitio* jer nešto što već postoji ne može više biti naloženo. I zato Ulpijan u D.17.1.12.14 s pravom kaže: *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum Papinianus rectissime ait*. Kreditni bi nalog u Rimu nastao pod istim okolnostima i da je *iussus* bio nepoznat. *Iussus* uopće nije potreban za razumijevanje biti i povijesti kreditnog naloga, niti objašnjava bilo koju njegovu osobitost. Time se svakako ne može osporiti da je kreditni nalog imao slične gospodarske ciljeve kao i *iussus* ili *fideiussio*. *Pater familias* mogao je svom podčinjenom pomoći dobiti kredit tako što bi dao nalog trećemu, ili trećega putem *iussusa* navesti na davanje zajma. Ipak, pretpostavka za *iussus* uvijek je odnos podčinjenosti, što nije slučaj kod kreditnog naloga. On se posljedično kao mandat razvio iz rimskoga mandata. Svoja specifična pravila ne duguje nikakvom prethodnom uzoru, nego općim pravilima o mandatu s osobitostima svog sadržaja i odgovarajućim životnim potrebama. To dobro pokazuje njegov razvitak u rimskom pravu. Predstavnici teorije, čiji je glavni zagovornik Windscheid¹³ izjednačavaju kreditni nalog s ugovorom o garanciji.¹⁴ *Mandatum pecuniae credendae* ne može se podvesti pod pojam naloga i posloводства u širem smislu jer tzv. mandatar radi u vlastitom interesu. Sabinijanci koriste *actio mandati contraria* za utuženje neformalnog obećanja o garanciji. Tu

9 Rothenberg, Der Kreditauftrag, Beurteilung des § 680 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich nebst Abänderungs- und Ergänzungs-vorschlägen, Archiv für die civ. Praxis (77), 323.

10 Sokolowsky, nav. dj., 66.

11 Müller, nav. dj., 17.

12 Usp. D.15.4.1.6 (Ulp. 29 ad ed.): *Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio in eos datur*.

13 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, Frankfurt a.M. 1891, § 412, 19; sl. von Tuhr, Actio de in rem verso, Freiburg/Leipzig 1895, 20, n. 13.

14 Kod garantnog ugovora nalagatelj prema nalogoprimatelju preuzima garanciju da nalogoprimatelj iz naloga neće pretrpjeti nikakvu štetu. Za razliku od kreditnog naloga garantni ugovor ne predstavlja nikakav *mandatum aliena gratia*. Garantni je ugovor samostalni ugovor gdje garant, garantira činidbu trećega i ne odgovara akcesorno za ono što treći duguje, nego samo za štetu koja nastane iz neizvršenja.

je ideju dalje razvio Förster¹⁵ prema kojem kreditni nalog nije mandat nego samo obećanje o garanciji. Njegovim prihvaćanjem nastaje ugovor kojim mandant obećaje mandataru naknaditi štetu koju pretrpi kreditirajući određenu treću osobu.¹⁶ Sukladno tomu taj ugovor naziva „Kreditgarantengeschäft“ razlikujući ga od drugih jamstvenih ugovora. Ta *promissio indemnitas* bila je vezana uz formu stipulacije, kao i *fideiussio*, tj. stranke su morale biti nazočne prilikom zaključenja. Pravila mandata nudila su Rimljanima način kako zaobići te formalnosti. Ubrzo nakon svoga priznanja kreditni nalog nije korišten samo kao sredstvo osiguranja kredita, nego i kao ugovor o osiguranju koji je imao veliku ulogu umjesto fidejusije. Sigurno je da je takva vrsta „kreditnog naloga“ bila u starom Rimu vrlo česta. Analogna primjena pravila mandata odgovala je u svim slučajevima kada je osiguranje imalo za cilj osiguranje od štete. Ipak, jasne su razlike između garantnog ugovora i kreditnog naloga.¹⁷

Jedan od glavnih razloga uvođenja kreditnog naloga bilo je eliminiranje nedostataka fidejusije. Ugovor o nalogu često je korišten umjesto fidejusije, kao alternativna forma jamstva. Nedvojbene su prednosti koje je *mandatum credendi* imao pred fidejusijom jer su puno učinkovitije istodobno sačuvani zahtjevi mandataru – vjerovnika, kao i zahtjevi mandanta – jamca.¹⁸ Jednom zaključen *mandatum pecuniae credendae* obvezuje dvije osobe prema mandataru: trećega s kojim je ugovorio ispunjavajući nalog (glavni dužnik) i samoga mandanta (akcesorni dužnik). *Fideiussio*, kao i svaka druga *verborum obligatio* („*fideiussor interrogatus spopondit*“), mogla se zaključiti samo *inter praesentes*,¹⁹ dok je *mandatum* kao neformalni konsenzualni kontrakt mogao biti zaključen *inter absentes*. To je posebice važno u vrijeme usloznavanja i procvata trgovinskih odnosa između udaljenih provincija. Zbog toga je *mandatum credendi* dobio vrlo široku primjenu i

15 Förster, nav. dj., 66, 117.

16 Rimljani su poznavali takav ugovor u *promissio indemnitas*, ali u vrelima o tomu ima malo tekstova. Ipak, može se saznati da je to ugovor o osiguranju koji stvara veze samo između garanta i njegovog ugovornog partnera, dok je za ostale osobe koje sudjeluju u pothvatu bez ikakva značenja. Praktično se ovo ispoljavalo prije svega u teoriji o interesiji.

17 Ugovor o garanciji je jednostrano obvezujući ugovor i nije uvjetovan stvarnim kreditiranjem. Garant odgovara samo supsidijarno jer se obvezuje samo na naknadu štete. Primatelj garancije ne može se obratiti garantu prije nego što je šteta nastala i prije nego što je njena visina utvrđena. Kod pravog kreditnog naloga forma mandata ne služi samo za osiguranje tužbe nego za izravno pribavljanje kredita. Rimljani se nisu pobliže bavili pitanjem razdvajanja osiguranja i pribavljanja kredita. Kreditni se nalog kao ugovor o osiguranju ne može pridodati već postojećem dužničkom odnosu, kao što kaže Ulpijanov tekst D.17.1.12.14: *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime ait Papinianus*. Navedeno Papinijanovo pravilo, s kojim se slaže i Ulpijan, uopće ne odgovara pravilima garantnog ugovora. Ishod određenog poslovnog pothvata može se jamčiti u svakoj fazi i sve dok šteta nije objektivno utvrđena, garantni ugovor može biti zaključen. Iz mandatne forme proizilazi sljedeća osobitost kreditnog naloga koja je strana garantnom ugovoru, a to je mandantovo pravo opoziva *re integra*. Sve dok kreditni posao nije započet, mandant može jednostranim očitovanjem ugasiti mandatni odnos.

18 Giffard, *Droit romain. Obligations*, Paris 1958, 384.

19 Brigulio, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano 1999, 318; Guarino, nav. dj., 33.

u smislu njegove prikladnosti da se predoči kao iznimno vrijedno sredstvo očuvanja i unaprjeđenja kredita. Očito je da je *mandatum pecuniae credendae* imao isti cilj kao i *fideiussio* i praktično ostvarivao iste usluge. Iz tog je razloga u Digestama i Kodeksu odnosna materija ujedinjena u titulu *de fidejussoribus et mandatoribus* (D.46.1; C.8.41). Mandat je mogao biti zaključen i u slučaju kada je *fideiussio* već postojala. Tako je zajmodavac mogao dogovoriti s fidejusorom da s njegove strane bude naloženo tužiti dužnika (D.17.1.22.2; I.3.26.2). Na taj je način izbjegavan konsumptivni učinak litiskontestacije. Dok je vjerovnikova tužba nastala iz fidejusije već bila konzumirana, *actio mandati contraria* je još bila moguća protiv fidejusora čak i nakon neuspješnog pokušaja namirenja od dužnika. Tako je osiguravano da vjerovnik najprije pokrene legalna sredstva protiv glavnog dužnika, prije nego li što se obrati fidejusu. Kreditni nalog razlikovao se od fidejusije jer litiskontestacija s dužnikom nije konzumirala tužbu protiv mandanta (Pap. D.46.1.52.3; C.8.40.28pr.). Vjerovnik je mogao birati koga će prvoga tužiti.²⁰ U slučaju ako se ne bi namirio od jednog, nije bilo prepreke tužiti drugoga.²¹ Budući da je spadao u *iudicia bonae fidei*, sudac je sukladno postupovnoj formuli osuđivao tuženika na „*quidquid . . . dare facere oportet ex fide bona*“ i imao je široke ovlasti u ustanovljavanju obveza stranaka sukladno načelu pravičnosti u konkretnom slučaju. Suprotno tomu, tužba nastala iz fidejusije bila je *stricti iuris*.²²

Praktični nedostatak mandata očitovao se što je *mandatum* morao biti zaključen prije glavne obveze (Ulp. D.17.1.12.14), dok je *fideiussio* mogla biti zaključena i unaprijed i, kako je bilo uobičajeno, nakon glavne obveze. Odlučujući motiv za zaključenje kreditnog naloga bilo je ostvarenje učinka jamstva. Onaj tko je htio dobiti kredit i u tu je svrhu htio ili morao ponuditi garanciju osobne naravi, zamolio bi trećega naložiti zajmodavcu da mu se odobri zajam. Zajmodavac bi odlučio prihvatiti nalog i time se obvezivao dati zajam, isključivo s ciljem pojačavanja svojeg prava putem obveze mandanta *ex causa mandati*.²³ Da bi se ugovor što više prilagodio tom cilju, stranke su uvodile klauzule kojima su korigirani njegovi naravni učinci. Time se gubila izvorna funkcija kreditnog naloga koji je sve više svrstavan u oblast pravih ugovora o jamstvu. Posebice je sporno pitanje sudbine mandata *pecuniae credendae* u Justinijanovom pravu. Dok je gledište starije romanistike da se ne može govoriti o stapanju ili tendenciji za objedinjavanjem fidejusije i kreditnog naloga,²⁴ novija znanost smatra da je u Justinijanovom pravu došlo do prilagodbe tih kontrakata. To je ostvareno najprije u poslovnom prometu, a kasnije i na pravnom području, te da upravo ta distorzija funkcije ugovora o kreditnom nalogu predstavlja glavni razlog njegova propadanja već u postklasičnom

20 Schindler, Justinians Haltung zur Klassik, 1966, 38.

21 Arangio Ruiz, nav. dj., 129. ističe da su neki pravници smatrali *mandatum pecuniae credendae* zbog njegova svojstva supsidijarnosti opasnim za sigurnost kredita, te da su iz tog razloga nastale rasprave oko njegove valjanosti.

22 Guarino, nav. dj., 36.

23 Guarino, Diritto privato romano, Napoli 1988, 806.

24 Müller, nav. dj., 20.

pravu i rijetke primjene u srednjovjekovnom pravu.²⁵ Može se postaviti pitanje, je li toliko približavanje kreditnog naloga i fidejusijske rezultat iznenadne Justinijanove reforme ili je posljedica dugotrajnoga procesa približavanja tih instituta. U novijoj romanistici prevladava mišljenje da su pretpostavke za rješenja Justinijanovog prava postavljene već krajem klasičnog i na početku postklasičnog razdoblja.²⁶

U članku će biti analizirani razlozi zbog kojih je promijenjeno gledište rimskih pravnikâ prema kreditnom nalogu: od odbijanja priznanja njegove pravne valjanosti u pretklasičnom pravu, preko shvaćanja pravnikâ Augustovog i Hadrijanovog doba, zaključno s rješenjima postklasičnoga i Justinijanovoga prava. Posebice je teško odgovoriti na pitanje je li *mandatum pecuniae credendae* od početka konstituiran kao garantni mandat, tj. kao institut koji je konkurirao fidejusijski.

II. SPORNA PITANJA

Uz *mandatum pecuniae credendae* vezane su mnoge dvojbe i kontroverze koje se prvenstveno odnose na njegovu valjanost.

Valjanost tog tipa ugovora bila je u početku sporna jer prema Serviju Sulpiciju mandant-jamac nije imao utuživi materijalni interes na izvršenje naloga. Ipak, prevladalo je suprotno Sabinovo mišljenje koje je bilo prihvaćeno u klasičnom pravu.²⁷

Iz kojih je razloga jurisprudencija oklijevala priznati valjanost kreditnog naloga? To se pitanje može postaviti temeljem G.3.156 i I.3.26.6.

G.3.156: *Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis tecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emereres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sententiam, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*²⁸

25 Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1983, 408; Bombarda, nav. dj., 95.

26 Guarino, *Mandatum credendi*, 19.

27 Watson, nav. dj., 84; Jolowicz/Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 1972, 301.

28 G.3.156: Ali, dadem li ti nalog u tvoju korist, onda je takav mandat suvišan; naime, ono što hoćeš učiniti u svoju korist, to moraš učiniti temeljem vlastite nakane, a ne moga naloga. Otuda, ako bih te potaknuo da novac koji neupotrijebljen držiš u kući, pozajmiš uz kamatu i kasnije ga ne bi mogao povratiti, ipak ne postoji tužba iz naloga protiv mene. Isto tako neću ti biti obvezan temeljem mandata ako bih te pozvao da kupiš neku stvar, a učinjena kupnja ti

Temeljem navedenog teksta²⁹ očito je da su protivnici pravne valjanosti kreditnog naloga isticali da iz toga tipa ugovora o nalogu ne nastaje valjana obveza kao što ni općenito obveza ne nastaje kada netko drugome naloži pozajmiti novac.³⁰ Za taj je mandat zainteresiran samo mandatar pa se *mandatum credendi* ne razlikuje ni po čemu od običnog savjeta kako raspolagati svojim novcem. Kao što se vidi iz Gajeva teksta,³¹ za Servija i Prokulijansku školu, berem do Celza, *mandatum pecuniae credendae* ne razlikuje se od običnoga savjeta koji se daje drugomu u svrhu ulaganja vlastitog novca. Budući da je *mandatum tua gratia* nevaljan, onda je takvo nagovaranje bez pravne valjanosti.³² Osim toga, kako je zaključivan kamatni zajam (a uvijek se radilo o mandatarovom, a ne mandantovom novcu), smatrali su prevlađujućim i odlučujućim interes mandatara, ne uzimajući u obzir interes trećega (koji je svakako bio zainteresiran za dobijanje kredita). To je bio još jedan od razloga zbog kojeg su kreditni nalog svrstavali u nevaljane *mandata tua gratia*.³³ Suprotno je stajalište pristaša Sabinijanske³⁴ škole i kasnije jurisprudencije, za koje je takva vrsta mandata valjana, s obrazloženjem da mandatarova tužba mora imati svoj odlučujući temelj u volji nalagatelja, te da upućivanje na trećega, kojem treba biti pozajmljen novac, stvara za nalogoprimatelja rizik koji on ne bi preuzeo na vlastitu inicijativu. Odlučujući kriterij nije više interes mandatara. Prema Sabinovom mišljenju za valjanost mandata više ne igra nikakvu ulogu je li preuzeti posao od koristi za

ne koristi. I ovo vrijedi toliko da se postavlja pitanje je li temeljem mandata odgovoran onaj koji ti je naložio da pozajmiš novac Ticiju uz kamatu. *Servius* je to porekao. Prema njegovom mišljenju u tom slučaju ne postoji obveza, kao ni općenito kada se naloži nekome da svoj novac pozajmi uz kamatu. Ali, mi slijedimo Sabinovo mišljenje koji je zastupao suprotno gledište jer se ti ne bi pouzdao u Ticija da ti nije bilo naloženo.

- 29 Gajevo mišljenje iz teksta G.3.156 u izmijenjenom je obliku preneseno u D.17.1.2 (2 *rer. cott.*) i I.3.26pr-6. Opširnije vidi: Guarino, nav. dj., 121; Wittmann, *Die Prozeßformeln der actio mandati. Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 39.
- 30 Treba uvijek imati u vidu da se sporni problem odnosi na nalog za davanjem kamatnog zajma određenoj osobi. Kod beskamatnog zajma nije bilo dvojbi glede njegove valjanosti: takav je nalog (u isključivom interesu trećega) bio priznat već od Servija, a ne samo Gaja i Sabina.
- 31 Arangio Ruiz, *Il mandato*, 122-123. kritizira i Servijevo i Sabinovo mišljenje zamjerajući Serviju što je zaboravio slučaj u kojem mandant nalaže u korist trećega, dok je Sabinovo obrazloženje nezadovoljavajuće jer je arbitrarno i dvosmisleno. Drukčijeg je mišljenja Wolf, *Haftungsübernahme durch Auftrag? Eine Urkunde aus dem Jahre 48. n. Chr.*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 72, n. 6. koji ističe da kod te kontroverze nije bitna konkretna individualna volja mandanta nego je puno bitnija *forma mandati*, odnosno objektivni kriteriji mandata.
- 32 Opširnije vidi: Guarino, nav. dj., 108-120; Bortolucci, *BIDR* 27 (1914), 132-141; Mancaloni, *Mandatum tua gratia e consilium*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 27 (1899), 367.
- 33 Arangio Ruiz, nav. dj., 122; Watson, nav. dj., 113. Moguće je da je na Servijevo mišljenje utjecala činjenica da je još u njegovo vrijeme kamatni zajam (*fenus*) shvaćen kao institut koji graniči s nemoralnim, te je *Servius* najvjerojatnije mislio na *mandatum pecuniae fenerandae*. I za Servija je *mandatum pecuniae credendae* (*sine usuris*) bio valjani tip mandata. Opširnije vidi Guarino, nav. dj., 130-135.
- 34 Treba uzeti u obzir da *Sabinus* djeluje u puno drukčijim povijesnim i društveno-ekonomskim prilikama od Servija.

nalogoprimatelja. Bitno je da nalogoprimatelj treba dati zajam određenoj osobi, te da on ne odlučuje tko će biti zajmoprimac. Tu se onda očito pojavljuje interes nalagatelja.³⁵ Osim toga, za sklopljeni zajam zainteresiran je podjednako i dužnik kojem se pribavlja kredit.³⁶ Iz Digesta je očito da su Sabinovo mišljenje slijedili već *Iulianus*³⁷ i *Celsus*.³⁸ Gajevo, (tj. Sabinovo) obrazloženje³⁹ „*quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset*“ izrekao je na opći način Ulpijan u D.17.1.6.5 (*Ulp. 31 ad ed.*) kao osnovu za iznimku od načela o nevaljanosti mandata *tua gratia*: *Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*.⁴⁰ Ostaje otvoreno pitanje, je li se za Sabina radilo o mandatu *tua gratia* koji je u tom slučaju iznimno valjan ili je mandat da se pozajmi određenoj osobi prestajao biti *tua gratia* i postajao *aliena gratia*.⁴¹ Sabin nigdje ne tvrdi da se radi o mandatu *aliena gratia*, iako bi mu takvo obrazloženje bilo najjednostavnije. On je i dalje smatrao da se radi o nalogu u interesu mandatar

35 Wolf, nav. dj., 72.

36 Sabin se u svom obrazloženju ipak ne poziva na interes trećega vjerojatno zbog toga da pozivanjem na mješoviti interes mandatar i trećega ne bi doveo do općenitog priznanja tog tipa naloga nego je htio istaknuti da je samo nalog za davanjem kamatnog zajma određenoj osobi valjan.

37 D.46.1.13 (*Iul. 14 dig.*); usp. D.17.1.27.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*).

38 D.17.1.48.1-2 (*Cels. 7 dig.*): *Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.* (Naložim li ti da za mene obaviš posao tako što ćeš pozajmiti novac i na mene prenijeti tražbinu iz zajma, pri čemu će mi pripasti i rizik i dobit, onda sam mišljenja da mandat valjano postoji. 2. Ali, ako obaviš posao za sebe i osoba dužnika u tvom nahodanju stoji, što znači da kredit osiguravaš kome ti želiš, tako da ti primaš kamate, a mene samo pogađa rizik, onda to već leži izvan oblasti mandata, kao kad ti naložim da kupiš bilo koje zemljište za sebe.) U navedenim tekstovima Celzo analizira *forma mandati*. U oba slučaja težište je na činjenici da mandatar ne treba dati zajam određenoj osobi nego treba sam izabrati zajmoprimca. Ako je dogovoreno samo da će mandant snositi rizik, onda takav posao leži *extra mandati formam*, kao što je i nalog da mandatar za sebe kupi bilo koje zemljište. Ali, ako mandatar treba zaključiti *mutuum* za mandantov račun i njemu ustupiti tražbinu, tako da mandant snosi i rizik i dobitak, onda je prema Celzovu mišljenju takav posao *intra mandati formam*. Premda će mandatar sam izabrati kome će pozajmiti, podjeljivanje zajma je u mandantovom interesu.

39 Na Sabinovo obrazloženje poziva se i Julijan u D.17.1.32.

40 D.17.1.6.5: Dakako, ako ti budem naložio ono do čega ti je stalo, ništava će biti tužba iz mandata, ako i meni nije stalo, ali, ako ti to ne bi izvršio da ja nisam naložio, premda mi nije stalo, ipak će biti tužba iz mandata. (O različitim interpretacijama navedenog teksta vidi: Bortolucci, BIDR 27 (1914), 162; Burdese, *Mandatum mea aliena tua gratia*, Studi Arancio Ruiz I, 234; Segre, nav. dj., 276, n. 1; Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Tübingen 1910, 84.).

41 Rabel, *Negotium alienum und animus*, Studi Bonfante IV, Milano 1930, 286; suprotnog su mišljenja Arancio Ruiz, nav. dj., 123, n. 3; Bortolucci, BIDR (1914), 161; Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 1955, 112. koji smatraju da je Sabin priznao samo iznimku nevaljanog mandata *tua gratia*. Opširnije vidi Bombarda, nav. dj., 69, n. 7.

koji je usprkos tomu valjan.⁴² Osim toga, to je mišljenje favorizirano općenitijim razmatranjem. Ono što je osiguravalo da se izbjegne strogost i oštrina određenih pravila vezanih za fidejusiju i davalo vjerovniku podjednako sigurno i možda potpunije jamstvo, nije u jednakoj mjeri pogađalo interese akcesornog dužnika. To proizilazi iz kratke usporedbe tih dvaju oblika jamstva. Dok se *fideiussio* zaključuje *verbis, mandatum credendi* nije vezan ni za kakve svečane formalnosti što je omogućilo njegovu jednostavniju i širu primjenu, npr. među nijemim, gluhim ili odsutnim. Ta razlika određuje drugu, još dublju: *fideiussio* je unilateralna i *stricti iuris*, *mandatum pecuniae credendae* je sinalagmatični i *bonae fidei*. Te dvije značajke imaju za posljedicu da mandant koji plati, ima pravo zahtijevati cesiju tužbi koje pripadaju njegovom mandataru (D.46.1.13), dok se to pravo za fidejusora kosilo s temeljnim načelima umjesto da se smatra uobičajenim. Mandant je u puno boljem položaju od fidejusora jer nije obvezan zadovoljiti se tužbama koje preostanu od mandataru nego mu taj mora položiti račun i za one tužbe koje je propustio podići svojom voljom ili svojom pogriješkom (D.46.3.95.11). Gaj u svojim Institucijama (G.3.155-156) potvrđuje njegovu valjanost općenito govoreći da je mandat u interesu mandanta ili trećega valjan, dok je mandat ugovoren u interesu mandataru nevaljan. Iz postklasične parafraze Gajeva teksta reproducirane u D.17.1.2 (2 *res cott.*) i Justinijanovim Institucijama (I.3.26.6) može se zaključiti da je barem za postklasične škole i Justinijanove kompilatore *mandatum ut Titio credas* svrstavan pod kategorije mandata *aliena gratia* ili *tua et aliena* kod kojih je spor o njegovoj valjanosti imao samo povijesnu vrijednost. Tako dok Gaj kaže: „*et adeo haec ita sunt ut quaeratur . . . sed sequimur Sabini sententiam*“, u Justinijanovim Institucijama stoji: „*et adeo haec ita sunt ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*“⁴³ U tom se djelu puno jasnije nego u Gajevim Institucijama govori o nevaljanosti mandata *tua gratia* s argumentacijom „*. . . cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur; cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium.*“⁴⁴

Sabinov novi kriterij valjanosti mandata općenito je prihvaćen u Hadrijanovo vrijeme.⁴⁵

42 Last, nav. dj., 245-248. smatra da se Sabin nije očitovao o tome, radi li se o nalogu u interesu mandataru. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II, Roma 1928, 306, n. 2. se izjasnio za *mandatum aliena gratia*; suprotno Litewski, *Interesse des Auftraggebers, des Dritten und des Beauftragten*, BIDR 78 (1975), 199.

43 I.3.26.6: Ovo je (načelo, pravilo) dovelo do toga da se postavljalo pitanje odgovara li onaj na temelju naloga tko ti je naložio da dadeš novac Ticiju uz kamatu; za takav slučaj prihvaćeno je Sabinovo mišljenje po kojem je ovdje nalog (ipak) obvezan, jer ti inače ne bi Ticiju dao zajam da ti nije bilo (ovako) naloženo. (prijevod: Romac, *Justinijan/Institucije*, Zagreb 1994, 393.).

44 I.3.26.6: Ovaj oblik naloga više je savjet nego nalog, pa zbog toga nije ni obvezan, jer se nitko davanjem savjeta ne obvezuje kao da je u pitanju nalog (mandat), pa i kada ne bi odgovarao onome kome se daje (savjetuje), kad svatko može utvrditi (razmisliti) je li mu savjet koristan. (prijevod, Romac, nav. dj., 393.).

45 Frezza, nav. dj., 206.

III. MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE I FIDEIUSSIO

Premda je u klasičnom razdoblju došlo do izvjesnog približavanja instituta *mandatum ut Titio credas* i *fideiussio* kao usporednih formi osobnog osiguranja, zadržala se različitost njihovih struktura koja je bila tako duboka da je isključeno da su pravnici te institute poistovjećivali ili stopili u jedan. Klasična *fideiussio* je verbalni kontrakt za čiju je valjanost nužna nazočnost stranaka. Obveza koja iz nje nastaje je akcesorna,⁴⁶ ali nije supsidijarna glavnoj obvezi za koju *fideiussor* može upotrijebiti prigovore glavnog dužnika. Ona može prethoditi, pratiti ili uslijediti nakon zaključenja glavnog duga (smatra se da je u početku *fideiussio* smatrana pojačanjem odgovornosti za već nastalu obvezu, a da je tek kasnije i to uz poteškoće priznata kao osiguranje buduće obveze.⁴⁷) Iz nje nastaje *actio ex stipulatu* koja je *stricti iuris*; *litis contestatio s reusom* gasi obvezu fidejusa i obrnuto.⁴⁸ Suprotno tome, kreditni je nalog konsenzualni kontrakt, valjan i ako je zaključen *inter absentes*. Obveza koja iz njega nastaje nije akcesorna, ali je stranke mogu zaključiti kao supsidijarnu. Za mandanta vrijede samo prigovori proizašli iz mandata. Mandat mora prethoditi davanju zajma trećemu. *Litis contestatio* protiv dužnika ne gasi mandantovu obvezu i obrnuto. Tužbe koje iz njega nastaju su *bonae fidei*. Opći stav u romanističkoj znanosti čiji su glavni predstavnici Bortolucci,⁴⁹ Frezza⁵⁰ i Talamanca⁵¹ je da su ti instituti u klasičnom pravu zadržali svoju individualnost. Takav je stav zorno očitovan u Scevolinom tekstu D.17.1.62.1 (6 *dig.*) iz kojeg se može jasno zaključiti da su u klasičnom pravu *mandare* i *fideiubere* smatrani potpuno različitim pravnim poslovima. Fidejusa⁵² se, zbog same strukture jamstvene stipulacije, zadovoljavao time da mu se obeća *idem* od glavnog dužnika. On se obvezivao *in eandem causam*. Stvorivši tako odnos solidarnosti između glavnog dužnika i fidejusa, vjerovnik je imao *libera electio*, te je mogao tužiti jamce i onda kada je dužnik bio solventan.⁵³ Zbog postupovnog pravila koje nije dopuštalo dva spora o istom predmetu, nije mogao sukcesivno utužiti dvojicu obvezanika. Sukladno

46 D.46.1.71pr.

47 Segrè, In materia di garanzie personali, 490, n. 16.

48 Nedvojbeno je da *litis contestatio* s glavnim dužnikom oslobađa jamca, ali je sporno, oslobađa li se glavni dužnik litiskontestacijom protiv jamca. Opširnije vidi: Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I, Berlin 1918 (Aalen 1964), 173; Kühling, Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht, 1962, 14; Sacconi, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto, 1973, 19-24; Siber, Römisches Recht II, Berlin 1928, 297; Schulz, Classical Roman Law, Oxford 1951, 497; Frezza, nav. dj., 129; Briguglio, nav. dj., 15; Steiner, Die praescriptio aus Gai. 4.137 und ihre Bedeutung für das „materielle“ Bürgschaftsrecht, ZSS 123 (2006), 185.

49 Bortolucci, BIDR 28 (1915), 240.

50 Frezza, nav. dj., 71, 215.

51 Talamanca, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, 659; isti, Fideiussione, 338.

52 Termin *fideiussio* izveden je upravo iz formule „*idem fide tua esse iubes?*“ „*iubeo*“ koja je korištena za nastanak fidejusrrove odgovornosti. Vidi: Frezza, nav. dj., 12; De Martino, nav. dj., 18; Segrè, nav. dj., 478. O fidejusuji u Justinijanovom pravu vidi: I.3.20; Guarino, nav. dj., 27-32.

53 Girard, Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1911, 755; Frezza, nav. dj., 160.

tomu, ako je tužio dužnika i nije bio u cijelosti namiren, nije mogao ništa zahtijevati od fidejusora jer se tužba protiv njega već ugasila.⁵⁴ Tuženi fidejusor mogao je upotrijebiti prigovore glavnog dužnika, i kada je jednom isplatio dug, eventualno tužiti za regres dužnika s *actiones mandati*⁵⁵ ili *negotiorum gestorum contrariae*.⁵⁶ Regres je bio isključen ako je jamstvo dato *invito reo, donandi animo* ili *in rem suam*.⁵⁷ Prije nego što bi platio, fidejusor je imao mogućnost osigurati svoje pravo regresa s *actio mandati*. Ta mogućnost, barem za klasično pravo, bila priznata samo kada je dužnik izričito dao nalog za zaključenjem fidejusijske.⁵⁸ Fidejusor nije imao pravo na cesiju tužbi namirenog zajmodavca, kao što je slučaj kod kreditnog naloga. Prinudna cesija tužbi bila je isključena zbog konsumptivnog učinka litiskontestacije ili isplate. Ipak, pravnici carskoga razdoblja dopustili su tzv. *venditio nominis* dragovoljnu cesiju tužbi od zajmodavca na fidejusora.⁵⁹ Za razliku od fidejusijske, ako mandatar tuži glavnog dužnika, *litis contestatio* neće imati posljedicu gašenja tužbe protiv mandanta. Odnosno ako tuži mandanta i dalje ostaje mogućnost podizanja tužbe protiv glavnog dužnika. Mandant protiv mandataru može upotrijebiti samo prigovore vezane uz njihov obvezni odnos, ali ne i one koji se odnose na dužnika.⁶⁰ Mandantova je obveza valjana i u slučaju ako je obveza glavnog dužnika nevaljana.⁶¹ Kako je mandant obvezan na izvršenje, ne temeljem tužbe *stricti iuris* kao fidejusor, nego temeljem tužbe *bonae fidei*, zahtjev mandataru – vjerovnika mogao je biti odbijen. Odnosno, mandant je oslobođan obveze ako mu mandatar zbog svoje krivnje nije mogao ustupiti tužbe ako bi izgubio spor pokrenut protiv

54 P.S. 2.17.16. O konsumptivnom učinku litiskontestacije vidi: Meylan, *Origine de l'effet extinctif de la litis contestatio*, Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil II, Paris 1926; Buckland, *Principal and fideiussor*. *Consumptio litis*, *Juridical Review* (1941), 281; Segrè, *In materia di garanzia personali*, 501; Frezza, nav. dj., 132; Guarino, nav. dj., 59.

55 Smatra se da *actio mandati* fidejusora predstavlja najvažniji slučaj primjene *actio mandati contraria*. Vidi: Arangio-Ruiz, nav. dj., 89. n. 1; Biondi, *Iudicia bonae fidei*, *Ann. Palermo* 7 (1918), 69; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato I. L'actio mandati dell' adpromissor*, *Perugia* 1924, 3; Kübler, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, *ZSS* 38 (1917), 104.

56 S iznimkom *actio depensi* sponzora uvedene vjerojatno s *lex Publilia*, rimsko civilno pravo nije priznavalo *ope legis* pravo na regres jamcu koji je platio umjesto glavnog dužnika. Ipak, vodeći se razlozima pravičnosti rimska jurisprudencija priznala je jamcu regres putem instituta *mandatum* i *negotiorum gestio*, dopuštajući mu *actio mandati contraria* kada je jamstvena stipulacija izvršena u nazočnosti ili uz suglasnost glavnog dužnika, ili *actio negotiorum gestorum contraria* ako je stipulacija izvršena bez njegova znanja (*insciente debitore*). O dva tipa *negotiorum gestio*: klasičnom - subjektivnom, za koji se traži *animus alieni negotii gerendi* i justinijanskom – objektivnom, vidi: Riccobono, *Diritto giustiniano e diritto moderno I*, *Gestione d'affari senza mandato e azioni d'arricchimento*, *Scritti di diritto romano*, Palermo 1964, 319; Schwarz, *Die Konträrklagen*, *ZSS* 71 (1954), 111.

57 Opširnije vidi Frezza, nav. dj., 192. koji smatra da je regres priznavan posebnom formulom *in factum concepta*; suprotnog su mišljenja Donatuti, nav. dj., 3; Arangio Ruiz, nav. dj., 89, n. 1; Talamanca, nav. dj., 337.

58 Frezza, nav. dj., 178.

59 D.46.1.62; Arangio Ruiz, *Il mandato*, 15; Frezza, nav. dj., 80; Girard, nav. dj., 766.; Bortolucci, *BIDR* 28 (1915), 252;

60 D.17.1.58 (*Paul. 4 quaest.*).

61 D.17.1.12.13 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.4.4.13 pr. (*Ulp. 11 ad ed.*).

trećega zbog *plus petitio re, tempore, loco, causa*⁶² ili u slučaju ako je dopustio da dužnik postane insolventan, ili mu se moglo pripisati loše ili nemarno ispunjenje naloga, o čemu govori Papinijan u tekstu D.46.3.95.11 (*Pap. 28 quaest.*): *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit ne mandatori possit actionibus cedere.*⁶³

U navedenim slučajevima zajmodavac - mandatar gubio je pravo regresa prema mandantu.⁶⁴ Zajmodavac je preuzimao obvezu na pozornost prema mandantu,⁶⁵ dok u slučaju fidejussije nema mjesta takvoj obvezi jer se zaključuje stipulacijom kao unilateralnim kontraktom koji jedino osigurava obvezu koju treba izvršiti. Kako je tužba bila *stricti iuris*, sudac nije imao ovlasti izvesti ili narediti uzajamne obveze iz tog ugovora.⁶⁶ Može se postaviti pitanje zbog čega *fideiussio* nije nestala kada su prednosti kreditnog naloga očite. Jamstvo u vidu kreditnog naloga nije nikada moguće primijeniti na već postojeću obvezu. Mandantova inicijativa mora prethoditi nastanku glavne obveze. Isto tako nije pogodan za sve obveze koje tek trebaju nastati jer pretpostavlja da će mandatar htjeti postati vjerovnik. Isključene su i obveze nastale voljom samog dužnika, npr. iz posloводства bez naloga, ili obveze koje nastaju izravno temeljem zakona, zbog određenih okolnosti, npr. suvlasništva. Dakle, kao što mu ime kaže, *mandatum credendi* primjenjivao se samo za obveze nastale iz *creditum* i to je bilo dovoljno da *fideiussio* sačuva svoj razlog postojanja.

62 Bortolucci, BIDR 28 (1915), 211; Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924; Watson, nav. dj., 158; Sachers, Zur Lehre von des Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht, ZSS 59 (1939), 451.

63 D.46.3.95.11: Ako je vjerovnik svojom krivnjom propustio tužbu protiv dužnika, onda ne treba dobiti ništa od mandanta temeljem tužbe iz mandata jer zbog njegove krivnje ne može prenijeti tužbe na mandanta.

64 Guarino, nav. dj. 96.

65 Rundel, Mandatum zwischen utilitas und amicitia, Münster 2005, 34; Randazzo, Mandare, Milano 2005, 246; Klami, Teneor mandati, Turku 1976, 47; Litewski, La responsabilité du mandataire, Index 12 (1983/4), 106; Sachers, nav. dj., 490; Cannata, Una casistica della colpa contrattuale, SDHI 58 (1992), 413; isti, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, Catania 1996; De Robertis, La responsabilità contrattuale, Bari 1994; Fercia, Dovere di diligenza e „rischi funzional“, Napoli 2005; Gordon, The liability of the mandatary, u: Synteleia V. Arangio-Ruiz I, Napoli 1964, 202; MacCormack, Culpa, SDHI 38 (1972), 123; isti, The liability of the mandatary, Labeo 18 (1972), 156; d'Ors, Una nueva lista de acciones infamantes, Sodalitas (Scritti A. Guarino) 6, Milano 1984, 2575; De Falco, Diligentiam praestare, Napoli 1991, 138; Cardilli, L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano, Milano 1995, 308; Nörr, Lex Imitana c. 84 IXB 9-10: „neque pro socio aut fiducia aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur“, ZSS 124 (2007), 2.

66 D.46.1.62 (*Scaev. 5 resp.*): *Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitore ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? respondit non posse.* (Ako je fidejussor zatražio od vjerovnika prinuditi dužnika da plati novac ili proda zalog, i time se oslobodi, može li mu se suprotstaviti prigovor prijave? Odgovorio je da ne može.) To je bio slučaj fidejussije u kojem je vjerovnik imao obvezu *promissio indemnitas*. Usp. D.46.1.41pr; D.45.1.116. Opširnije vidi: Knütel, Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, FS Flume I (1978), 568; Kunkel, Diligentia, ZSS 45 (1925), 266.

Zahvaljujući *bonae fidei* naravi svojih tužbi kreditni nalog služio je ponekad kao uzor za razvitak manje fleksibilne fidejusije. Već je u klasičnom pravu priznato da zajmodavac može zahtijevati isplatu od mandanta samo ako je bio spreman cedirati mu regresnu tužbu prema dužniku.⁶⁷ U tom slučaju nisu nastajale poteškoće vezane kao kod fidejusije (*solutio* ili *litis contestatio* konzumirale su obje tužbe). Ta se ideja tijekom vremena počela primjenjivati kod fidejusije kao *beneficium cedendarum actionum*.⁶⁸ U nastojanju da se jednom institutu osiguraju prednosti drugoga i obrnuto, u kasnom klasičnom i u postklasičnom razdoblju došlo je do bitne „*exaequatio*“ između instituta *mandatum credendi* i *fideiussio*. Justinijan je zaokružio taj razvitak izjednačivši mandante i fidejuse.⁶⁹ Činjenica da je *mpc* obično upotrebljavan za ostvarenje posebnog oblika personalnog jamstva vodila je u pravcu asimilacije tih kontrakata u Justinijanovom pravu do čega je došlo najprije u praktičnom poslovnom životu, a kasnije i na pravnom području. U poslovnom je prometu najprije dopuštena *venditio nominis* kojim je fidejusu koji je platio dug, omogućena cesija tužbi od strane vjerovnika, kao što je kod kreditnog naloga ugovorom mogla biti eliminirana *libera electio*. Takav sporazum zbog konsumptivnog učinka litiskontestacije nije se mogao primijeniti i na fidejusiju. Ipak, pravnici su iznalazili sredstva da bi oslobodili vjerovnika učinaka litiskontestacije i fidejusa nužnosti plaćanja kada je glavni dužnik bio solventan. Tako je nastala ustanova *cautio indemnitis* kojom je vjerovnik stipulirao od jamca *quanto minus a reo consecutus fuerit*. Kako je postojala obveza *promissora indemnitis*, uvjetovana neispunjenjem od glavnog dužnika, iz toga je proizlazila zbog različitosti predmeta dviju obveza, neprimjenjivost načela procesualne konsumpcije i obveza za vjerovnika da najprije tuži glavnog dužnika.⁷⁰ Pretpostavlja se da je *fideiussor* u trenutku dospelosti duga ili uz prijetnju prigovorom mogao dati vjerovniku nalog da tuži glavnog dužnika. Tužeći glavnog dužnika mandatom vjerovnik je gasio tužbu iz fidejusije. Ako se ne bi naplatio od glavnog dužnika, mogao je tužiti fidejusa tužbom iz mandata.⁷¹ Najzad, kasnije, se može pretpostaviti da u slučajevima u kojima je *litis contestatio* djelovala isključivo *ope exceptionis*, taj je prigovor mogao biti zapriječen replikom utemeljenom na sporazumu o odreknuću od konsumptivnog učinka.⁷²

Poznato je da su pravni aspekti, koji se odnose na razvitak osobnih oblika jamstva koje je klasična jurisprudencija potanko razradila sukladno zahtjevima gospodarskog prometa, u postklasičnom i Justinijanovom pravu obilježeni pojednostavljivanjem i osiromašivanjem.⁷³ Nakon što su nestale *sponsio* i

67 D.46.1.13; D.17.1.27.5; D.46.1.41.1; Wesener, *Labeo* 11 (1965), 347; Provera, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, *Studi Sanfilippo IV*, 1983, 609.

68 Guarino, nav. dj., 32.

69 Bortolucci, *BIDR* 28 (1915) 239; Liebs, nav. dj., 41; Guarino, nav. dj., 21.

70 D.45.1.116 (*Pap. 4 quae.*); opširnije vidi Bombarda, nav. dj., 87.

71 D.17.1.22.2 (*Paul. 32 ad ed.*).

72 Frezza, nav. dj., 136; Girard, nav. dj., 768.

73 Archi, *Riforme giustiniane in tema di garanzie personali*, *Scritti di diritto romano II*, Milano 1981, 2025.

fidepromissio, koje su se stopile pod režim *fidejussije*, nestao je i *receptum argentarii*. Tako su po sistematici provedenoj po Noveli 4 ostali samo *fideiussio*, *mandatum pecuniae credendae* s reguliranjem analognim *fidejussiji* i *constitutum debiti alieni*.⁷⁴ Justinijan je 531. godine konstitucijom C.8.40(41)28pr., držeći nedvojbeno klasičnim u natječaju između *actio certae creditae pecuniae* i *actio mandati contraria* u mandatu *pecuniae credendae* sankcionirao: . . . *quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari*.⁷⁵ U toj je konstituciji potvrđeno ono što su već sadržavali drugi izvori,⁷⁶ a to je da *libera electio* samo s obzirom na *plures mandatores* nije proizvodila procesualnu konsumpciju vjerovnikove tužbe.⁷⁷ Počev od konstitucije C.8.40(41)28⁷⁸ (531) uvodi se načelo da u slučaju pluraliteta solidarnih dužnika konsumpcija tužbe ne ovisi više o samoj litiskontestaciji, već o činjenici namirenja vjerovnika. Tužba protiv glavnog dužnika dopušta postojanje zahtjeva protiv fidejusora, kao što je uvijek dopuštala protiv nalagatelja kredita. Tako je otpao jedan od glavnih razloga koji su opravdavali upotrebu kreditnog naloga u svrhu jamstva. Kreditni nalog mogao je ponovno zadobiti svoju autonomiju i značaj samo ako bi uspio reafirmirati svoju esencijalnu narav mandata i svoju izvornu funkciju sredstva za unaprjeđenje kredita do čega ipak nije došlo⁷⁹ jer se u Justinijanovoj kodifikaciji dogodilo upravo suprotno. Ukidajući konsumptivni učinak litiskontestacije gore spomenuta konstitucija uklonila je i preprijetku koja je sprječavala da se vjerovniku kod utuženja nametne red koji odgovara ekonomskoj funkciji personalnog jamstva. Stoga je nekoliko godina kasnije Justinijan Novelom 4 iz 535. godine dopustio jamcu bez obzira je li on *fideiussor*, *mandator* ili *constitutae pecuniae reus* (to su bili jedini oblici jamstva koji su zadržani u Justinijanovom pravu), tzv. *beneficium excussionis* ili *ordinis* kojim se poziva vjerovnika da najprije tuži glavnog dužnika. Tako su obveze fidejusora i mandanta postale supsidijarne. Dok je uvođenje takvog beneficija za fidejusora predstavljalo samo povoljniju dispoziciju, za kreditni je

74 Archi, nav. dj., 2030; Guarino, nav. dj., 22-23.

75 C.8.40(41)28pr.: Jednako kao što je određeno za mandante *pecuniae credendae*, kada je pokrenut postupak protiv jednoga od njih, drugi se ne oslobađa. Toga se treba pridržavati i kod fidejusora.

76 D.46.1.52.3 (*Pap. 11 resp.*); C.8.40(41).23 (Diocl. et Maxim. A.D. 294.) U tom smislu Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, 659, n. 30; drukčije Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I*, Berlin 1918, 200.

77 Frezza, nav. dj., 226.

78 C.8.40(41)28.1: . . . , *et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvatur vel alio modo satis ei fiat.* (Propisujemo da se izborom jednog od fidejusora ili samog glavnog dužnika, drugi time ne oslobađa, niti će se osloboditi sam glavni dužnik ako su izabrani jamci ili jedan od njih, sve dok vjerovnik u cijelosti ne bude namiren. Njegovo pravo ostaje potpuno sve dok mu cijela tražbina neće biti isplaćena ili neće biti namiren na drugi način.)

79 Bombarda, nav. dj., 89, n. 35.

nalog značilo zadiranje u njegovu funkciju mandata⁸⁰ tako što ga je svrstavalo, što se tiče njegovih financijskih učinaka s obzirom na mandanta, u kategoriju personalnog jamstva, a da mu se pri tomu ne sačuva vlastita fizionomija u odnosu na fidejusiju. I tako, ako je mandant obični jamac, on više ne preuzima vlastitu samostalnu obvezu, nego kao fidejutor – *alienam obligationem suscipit*⁸¹, njegova obveza postaje akcesorna tako da i njemu pripadaju prigovori dužnika. Također se i *beneficium divisionis*, za koji Gaj⁸² kaže da je jednom Hadrijanovom konstitucijom podijeljen sufidejutorima, primjenjuje u slučaju kada postoji *plures mandatores*.⁸³ Za razliku od Gajevog teksta (G.3.121-122) koji govori da je *beneficium divisionis* podijeljen *ex epistula divi Hadriani* samo sufidejutorima, Justinijanova konstitucija C.4.18.3⁸⁴ prema kojoj *de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur*, zasnovanoj na Papinijanovom tekstu (3 *resp.*) D.27.7.7, proširuje taj beneficij na *plures mandatores*.⁸⁵ U obrazloženju odluke car kaže da pravičnost zahtijeva da beneficij podjednako treba vrijediti za sve jamstvene institute, te da *epistula Hadriani* kaže „*de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur*“⁸⁶. Iz toga bi se moglo zaključiti da Justinijan pripisuje Hadrijanu dopuštenje beneficija ne samo za *plures fideiussores* nego i za *plures mandatores (pecuniae credendae)*, premda na temelju G.3.121 znamo da se Hadrijan bavio samo fidejutorima („*nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sit, partes petere . . . , sed ex fideiussoribus, etsi unus tantum solvendo sit, ad hunc onus ceterorum quoque pertinet*“). Odgovarajući na pitanje je li napravio omašku Gaj ili Justinijan,⁸⁶ treba se pozvati na Papinijanov *responsum* iz D.27.7.7 u kojem veliki pravnik, premda ne navodi izričito Hadrijanovu epistulu, jasno prezentira njen sadržaj.⁸⁷ Na temelju Papinijanovog teksta je očito da je Hadrijan zaista uveo

80 Bortolucci, BIDR 28 (1915), 256; Kaser, *Das römische Privatrecht II*, München 1975, 460-461.

81 C.8.40.(41), Bortolucci, nav. dj., 255; Bombarda, nav. dj., 90, n. 37.

82 G.3.121-122.

83 Bombarda, nav. dj., 91, n. 39.

84 C.4.18.3: *Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet. (a. 531)* (Pismo cara Hadrijana u kojem se govori o diobi rizika između mandanata i jamaca, mora vrijediti i za one koji pribavljaju novac za druge: zato ne smiju biti isključene tužbe različitih vrsta.)

85 Archi, *Conferenze romanistiche*, Pavia 1939, 269. i Bortolucci, BIDR 28 (1915), 250-254. smatraju da je *beneficium divisionis* Justinijanova novina, dok je Frezza, nav. dj., 228. mišljenja da je do tog proširenja došlo već po Papinijanu u kasnom klasičnom razdoblju.

86 Opširnije, Guarino, nav. dj., 44-46.

87 D.27.7.7 (*Pap. 3 resp.*): *Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniter petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequo dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?* (Ako su fidejutori koji su pupili dali osiguranje zahtijevali da nedorasli prvo tuži tutora i onda stipulacijom ugovorili da će biti obeštećeni za ono što neće biti dobiveno od njega, bilo je dogovoreno da tužba za ostatak bude razdijeljena među one koji će biti sposobni

beneficium divisionis i u slučaju *plures fideiussores* i u slučaju *plures mandatores*.⁸⁸ Opći je smisao teksta da je *divisio* duga između solventnih promitenata dopuštena jer se i u slučaju mandata *pecuniae credendae* povjerenog od strane više mandanata, tužba dijeli i jer se, polazeći od načela pravičnosti, ne vidi razlog zbog kojeg se ne bi primijenio režim raspodjele u svakom slučaju u kojem je više osoba obvezno platiti za druge (*quodam modo pro alio solvitur*). Papinijan se izgleda poslužio činjenicom da se *beneficium divisionis* primjenjuje osim na *plures fideiussores* i na *plures mandatores*, iz čega je izveo stav o općoj primjeni *divisio* na obveze koje je više osoba zajedno preuzelo u svrhu pokrića tuđeg duga.

Još jedan primjer postklasičnog procesa izjednačavanja instituta *fideiussio* i *mandatum pecuniae credendae* sadrži Julijanov tekst D.17.1.32.⁸⁹ U tekstu se naglašava da u svim slučajevima kada postoji mogućnost postojanja valjane *fideiussio*, isto tako mora postojati i mogućnost zaključenja valjanog ugovora o nalogu iz kojeg će nastati valjana *obligatio mandati*, te da nema velike razlike ako se netko služi fidejusijom ili daje nalog.⁹⁰

platiti budući da su preuzeli fidejutorovu odgovornost. Ako je novac pozajmljen po nalogu više osoba, tužba će biti podjednako raspodijeljena. Ako je ono što je dato plaćeno u korist drugoga, zašto bi vrsta tužbe isključivala jednaku raspodjelu?).

88 Moguće je da se *epistula Hadriani* izvorno odnosila samo na sufidejuse, a da ju je u razdoblju između Gaja i Papinijana *interpretatio prudentium* proširila i na *plures mandatores*. Kaser, RPR I, 666. smatra da prema *epistula Hadriani* više mandanata nije imalo pravo na raspodjelu. Postoje mišljenja da je tekst proširen u postklasičnom-predjustinijanskom pravu, ili tek u vrijeme Justinijana 531. godine. Opširnije o tome vidi: Guarino, nav. dj., 48-49; Schindler, nav. dj., 39; Frezza, nav. dj., 224; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 147-150.

89 D.17.1.32 (*Iul. 3 ad Urs. Fer.*): *Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit: herediatis interdum damnosa est. et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.* (Ako bih bio spreman stupiti u nasljedstvo samo uz pretpostavku da mi se pruži osiguranje zbog moguće štete i ako mi se naloži da stupim u nasljedstvo, onda se po mom mišljenju daje tužba iz mandata. Ali, ako je netko naložio drugome da ne odbije legat, postupa se naprotiv potpuno drukčije. Naime, prihvaćeni legat nije nikada mogao biti na štetu; nasljedstvo je naprotiv ponekad prezaduženo. I ukratko, smatram da svi ugovorni odnosi koji su uređeni tako da se svatko za njih može obvezati kao jamac, također dopuštaju zasnivanje obveznog odnosa iz mandata. Naime, nije toliko važno, je li netko na formalan način kao nazočni jamčio, ili je kao odsutni, ili prisutni dao nalog. Osim toga, posvuda se može opaziti da se u nasljedstvo za koje se sumnja da je prezaduženo, stupa po nalogu vjerovnika koji onda nasljedniku bez dvojbe odgovaraju tužbom iz naloga.)

90 Jasno je da se ne radi o Julijanovom mišljenju. „Puto“ (i sve što iz njega proizilazi) je djelo kasnog kompilatora postklasičnog predjustinijanskog razdoblja. Julijan još uvijek ne pravi izravnu usporedbu mandata s fidejusijom, te je potpuno sigurno da je dodatak „*et in summa quicumque . . .*“ u D.17.1.32 koji se u vrelima nalazi pod njegovim imenom, interpoliran. Bez obzira na izrazitu razliku u stilu, toj pretpostavci doprinosi i činjenica da dodatak uopće nije ispravan, a takva se pogreška Julijanu ne bi dogodila. Dodatak sigurno potječe od kompilatora

Izgleda neutemeljeno podržati tezu da je Justinijan na fidejuse proširio *beneficium cedendarum actionum*⁹¹, tj. prinudni zahtjev jamca da mu vjerovnik ustupi vlastitu tražbinu prema glavnom dužniku. U Justinijanovoj kodifikaciji je regres fidejusa i dalje reguliran po pravilima koja su vrijedila za vođenje tuđih poslova, sa ili bez naloga i u tom je razdoblju i fidejusu priznato pravo na cesiju tužbi.⁹² Tako je otpao i drugi učinak koji je bio isključivo vezan za *mandatum pecuniae credendae*. *Mandatum* i *fideiussio*, zadržavajući samo različite nazive, sada tvore istu formu jamstva zbog čega bizantski pravnici govore *fideiussores seu mandatores* ili *fideiussores vel mandatores* (D.46.1: *de fideiussoribus et mandatoribus*) ili kako Justinijan kaže *neque enim multo referre praesens quis interrogatus fideiubeat, an, absens vel praesens, mandat*.⁹³ Među tim institutima ostale su samo dvije razlike: *mandatum* prethodi glavnoj obvezi i ne zahtijeva formu stipulacije; ali, i ta zadnja razlika, jedina od veće važnosti, bila je ublažena u Justinijanovoj kodifikaciji jer je od nekadašnje stipulacije, koja je bila svečana *verborum obligatio*, ostala samo stipulacijska klauzula.⁹⁴

IV. NASTANAK I RAZVITAK KREDITNOG NALOGA

Vrela ne daju iscrpne podatke o kreditnom nalogu vjerojatno zbog toga što nije bilo čestih sporova iz tog tipa ugovora. Kako se iz izvora može zaključiti, prvi rimski pravnik koji se bavio kreditnim nalogom bio je *Servius Sulpicius Rufus*. Doduše, kako Gaj kaže u G.3.156, on je poricao valjanost kreditnog naloga kao pravnog posla: . . . *et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati tenetur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit*. Takvu se odluku može razumjeti samo kada se istraži njena ovisnost o konkretnim okolnostima, o čemu Gaj ponovno govori u G.3.156: *nam si tua gratia tibi mandem... et adeo haec ita sunt, ut . . .*, kao i I.3.26.6: *si tua gratia intervenit mandatum, ... Servius negavit*.

Servius je poricao valjanost kreditnog naloga kao pravnog posla jer ga je uvrštavao pod *mandata tua gratia*. *Mandata tua gratia* su tako bliski s institutima *consilium* i *commendatio* da se često smatra da ih je veoma teško razlikovati.⁹⁵

koji su predaleko otišli u nastojanju da kreditni nalog i jamstvo tretiraju prema sličnim ili istim načelima. Julijan sigurno nije mogao otići puno dalje od svog prethodnika Celza koji se još uvijek bavio pravnom valjanošću kreditnog naloga. Takvo učenje sigurno ne bi ostalo bez komentara, a ne nalazimo ih niti kod njegovog mlađeg suvremenika *Africanusa*, pripadnika Prokulijanske škole, niti kod nešto kasnijeg Gaja kojem trebamo zahvaliti što išta znamo o počecima i prvom razvitku kreditnog naloga u rimskom pravu. Opširnije vidi: Müller, nav. dj., 28; Guarino, nav. dj., 49-53.

91 Frezza, nav. dj., 182.

92 Bombarda, nav. dj., 92.

93 D.17.1.32 (*Iul. 3 ad Urs. Fer.*), o mišljenjima da tekst sadrži justinijansku interpolaciju vidi: Bortolucci, BIDR 28 (1915), 241; Biondi, Istituzioni di diritto romano, Milano 1956, 432.

94 Astuti, I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, parte generale, I, Milano 1952, 139.

95 Tanaka, Zur vertraglosen Haftung des Ratgebers, u: Nörr/Nishimura, Mandatum und Verwandtes, 193.

Već su u Rimu izgrađena pravila prema kojima su kako *consilium* i *commendatio* tako i *mandatum tua gratia* pravno bez značenja, o čemu govore I.3.26.6; G.3.156; D.17.1.2pr; D.17.1.6.5. Na osnovi toga je jasno zašto je *Servius* shvaćajući *mandatum pecuniae credendae* kao *mandatum tua gratia*, negirao njegovu pravnu valjanost. Ipak, postavlja se pitanje, je li *Servius Sulpicius* taj tip mandata zaista označavao kao *mandatum tua gratia* i time opravdao svoju odluku. Vidjeli smo da *Servius* spominje kreditni nalog kao jedan *mandatum tua gratia*, ali, naprotiv, u I.3.26.5⁹⁶ svrstava ga pod *mandata tua et aliena gratia*. Moguće objašnjenje za to proturječje je da su u klasičnom i Justinijanovom pravu izrazi *mea*, *tua gratia* imali različito značenje. *Tua gratia* je u klasičnom pravu značilo *negotium tuum*, dok je kasnije dobilo značenje „što je u tvom interesu“, što je očito da su klasični pravници izjednačavali *mandatum tua gratia* i *consilium*, o čemu govore D.17.1.2.5; I.3.26.6 i G.3.156. Tekstovi I.3.26.6 i G.3.156 govore o kreditnom nalogu *cum et sine usuris* kao o mandatu *tua gratia*. U D.17.1.2.5 pravi razlika: *mandatum ut credas cum usuris* je za Justinijana *mandatum tua gratia et aliena gratia*; *mandatum ut credas sine usuris* je za njega *mandatum aliena gratia*. Na temelju toga proizilazi da su klasični pravници pod *mea*, *tua*, *aliena gratia* podrazumijevali „*negotium meum, tuum, alienum*“ dok Codex pod tim podrazumijeva „što je u mom, tvom interesu“.⁹⁷

Za Servija je zbog toga kreditni nalog nevaljan jer se njime mandataru nalaže *negotium proprium*. Takav je mandat suvišan i nepotreban jer se od mandataru zahtijeva obavljanje vlastitog posla. Besmisleno je nekoga obvezivati da učini nešto što sam smatra da treba učiniti i što treba sam procijeniti je li mu to u interesu ili nije (npr. prodaja vlastite kuće ili putovanje radi odmora). To su specifični *negotia propria* mandataru. Isključeno je da bi ih mandant mogao poduzeti umjesto mandataru jer su oni vezani za njegovu osobu. Potpuno je drukčije s kreditnim nalogom. Kreditiranje kao takvo može biti *negotium proprium* i mandanta i mandataru. Taj posao postaje *negotium proprium* namjerom stranaka, tj. aktom volje izraženim u vanjskom ponašanju i davanju odgovarajućeg naloga. Rimski poslovni svijet nije se obazirao na Servijevo mišljenje videći u nalogu za podjeljivanje kredita mandat kao i svaki drugi i ne shvaćajući zbog čega takav mandat ne bi mogao biti pravno valjan. Formalistička Servijeva odluka nije uzeta u obzir i kreditni nalog je i dalje podjeljiv. Već navedenim Sabinovim mišljenjem kreditni je nalog općenito priznat kao valjani pravni posao. Sabin je najvjerojatnije samo očitovao vladajuće gledište u pravnom prometu, ne stvarajući ništa novo. I za Sabina je kreditni nalog jedan *mandatum tua gratia* koji je iznimno valjan. Njegovo priznanje izraz je potreba i shvaćanja pravičnosti toga vremena. Sabin se ne upušta u dublje analiziranje biti kreditnog naloga niti njegove nužne valjanosti. Vjerojatno je smatrao da su stranke

96 I.3.26.5: *Tua et aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes. quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.* (Za tvoju i tuđu korist [nastaje nalog] na primjer kada ti bude naloženo da Ticiju dadeš novac [na zajam], uz kamate, jer ako bi ti bilo naloženo da dadeš zajam bez kamata, onda bi nalog nastao samo [jedino] u korist drugoga.) (prijevod: Romac, nav. dj., 393.).

97 Opširnije, Müller, nav. dj., 24.

suglasnim očitovanjem volje stupile u ugovorni odnos mandant – mandatar zbog čega je kreditni nalog nužno valjan pravni posao te stoga mora biti priznat kao važeći mandat. Međutim, ako se u tom smislu pod *tua gratia* shvati „u tvom interesu“, onda je kreditni nalog mandat koji je podijeljen samo u interesu mandataru. Prema općim načelima rimskog prava bio je nevaljan jer nije ispoštovan zahtjev za postojanjem novčanog interesa kod mandanta.

S druge strane, mandant često nema nikakav financijski interes za podjeljivanjem ili izvršenjem kreditnog naloga, nego samo afektivni, koji nije bio procjenljiv u novcu. Budući da je nedostajao mandantov pekunijarni interes, takav je mandat bio pravno nevaljan. Pretpostavka za valjanost *mpc* bio je novčani interes mandanta. Međutim, u vrelima ne postoji tekst koji bi sadržavao takav zahtjev za *mpc*. Kreditni je nalog u rimskom pravu valjani *mandatum tua gratia* (izjednačen s *negotium tuum*), bez obzira na interes. Taj je nalog *mandatum tua gratia* imali interes za njegovo izvršenje mandant, mandatar, ili treći, ili svi zajedno. To je dokaz za tvrdnju da je *tua gratia* u klasičnom pravu značilo „*negotium tuum*“, a ne „ono što je u tvom interesu“, kao što je slučaj u Justinijanovom pravu gdje se *mpc* više ne smatra za *mandatum tua gratia*. To je dokaz i za tvrdnju da za valjanost mandata nije potreban materijalni interes mandanta, te da je za njegovu valjanost dostatan uvijek prisutni afektivni interes. U nedostatku mandantovog materijalnog interesa, *mpc* je ipak bio valjan i mandatar je imao na raspolaganju *actio mandati contraria*. Ipak, zbog nedostatka sadržaja nije postojala *actio mandati directa* jer je *mpc* bio *negotium claudicans*, kao što je očito iz teksta D.17.1.8.6. Kasnija pravila o mandatu potvrđuju isto. *Mandatum aliena gratia* u smislu mandata „u tuđem interesu“ je pravi mandat za koji mandant ima samo afektivni interes. Interes trećega je strano tijelo u ugovoru između mandanta i mandataru. Klasično rimsko pravo zateklo je *mpc* kao već postojeći i priznati pravni institut. Kao takvog ga spominje P. *Juventius Celsus*, za kojeg je *mpc* specifični mandat, odnosno iznimno valjani *mandatum tua gratia*. To je jasno iz Celzovih riječi koje je prenio Ulpijan u D.17.1.6.4⁹⁸. U tom tekstu⁹⁹ govori se o slučaju kada je mandataru naloženo jamčiti za drugoga ili da drugome pozajmiti novac. Iako mandant nema interesa iz ugovora, može se zaključiti da je mandat valjan i sukladno tome strankama stoje na raspolaganju odgovarajuće tužbe. Ipak, pozivanje na Celzovo mišljenje upućuje na zaključak da mandat, koji je bio isključivo u interesu trećega, nije bio tako čest u praksi kao *mandatum mea gratia*, te da mu je naknadno priznata valjanost. Zaključenjem kreditnog naloga mandant je prema mandataru odmah *in obligatione*. Zato pravnik ispravno kaže *ego sum obligatus*. S druge strane, mandantu ne pripadaju odmah tužbe na ispunjenje,

98 D.17.1.6.4 (Ulp. 31 ad ed.): *Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.* (Ako sam ti naložio nešto što mi nije u interesu, kao na primjer da jamčiš za Seja ili pozajmiš Ticiju, onda imam protiv tebe tužbu iz mandata, kako Celzo u sedmoj knjizi svojih Digesta piše, i s moje strane sam ti obvezan.)

99 O različitim tumačenjima teksta D.17.1.6.4 vidi: Burdese, nav. dj., 232-233; Litewski, nav. dj., 212; Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, ZSS 124 (2007), 129, n. 51.

odnosno na naknadu štete. Razumljivo je da je mandataru ostavljeno određeno vrijeme kako bi ispunio nalog. Tek kada to vrijeme istekne i mandant eventualno opomene mandatara, onda mandantu stoji na raspolaganju *actio mandati directa*. Na temelju teksta je očito da se pravnik pomirio s pitanjem valjanosti *mpc*. On izvodi praktične posljedice iz činjenice da je *mpc* već jednom priznat kao mandat i sukladno tome stavlja tužbe iz mandata strankama na raspolaganje. Kod Julijana, Celzova nasljednika na čelu Sabinijanske škole, nema više nikakvih rasprava je li *mpc* valjani pravni posao koji obvezuje stranke. Analizirajući kreditni nalog u D.46.1.13, za razliku od Celza koji općenito govori o tomu da mandantu i mandataru pripadaju *actiones* sukladno pravilima o mandatu, Julijan pobliže govori o najvažnijoj – *actio mandati contraria*.

D.46.1.13 (*Iul. 14 dig.*): *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*¹⁰⁰

Mandatar će tom tužbom uspjeti namiriti od mandanta štetu koju je pretrpio izvršavajući nalog. Prema načelima mandata ne smije kod mandatara *nihil ex mandato remanere*. Sukladno tomu mandatar je obvezan ustupiti mandantu koji je platio, sve tužbe koje mu pripadaju prema trećemu. Kod kreditnog naloga mandatar je kontrahtent u dva potpuno različita ugovora koji nisu međusobno pravno ovisni. Temeljem kreditnog naloga ima tužbe prema mandantu, a protiv trećega tužbe iz kreditnog posla koji među njima postoji i koje mora ustupiti mandantu kada traži namirenje svojih tražbina. Mandant ga je na tu cesiju, za koju je bio jako zainteresiran, mogao prinuditi prigovorom ili s *actio mandati directa*. Prema mišljenju mnogih autora kreditni je nalog u tom smislu utjecao na jamstvo. *Cessio actionum* kod kreditnog naloga se razvila iz temeljnih načela mandata, da bi kao poseban *beneficium* bila proširena i na fidejusiju. Time se po prvi put u pravnom smislu susreću kreditni nalog i *fideiussio*. Svakako da su se ta dva pravna posla u gospodarskom smislu puno ranije dodirivala budući da je *mpc* bio priznat kao pravni posao kojim su postizani učinci jamstva, a da se pri tomu nije moralo pribjegavati strogoj formi koju je zahtijevala *fideiussio*. Ti su učinci prije svega počivali na *actio contraria* kojom se Julijan ovdje bavi.¹⁰¹ Kod Scevole dolazi do određenog približavanja instituta *mpc* i *fideiussio* što je očito iz teksta D.17.1.62.1.¹⁰² Mandat

100 D.46.1.13: Ako po mom nalogu pozajmiš Ticiju deset i tužiš me iz naloga, Ticije se ne oslobada; a ja smijem biti osuđen samo uz pretpostavku da mi ustupiš tužbe koje imaš protiv Ticija. Ali, ako tužiš Ticija, time doduše neću biti oslobođen, ali ti ostajem dužan samo ono što nisi mogao namiriti od Ticija.

101 Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, 123, n. 33.

102 D.17.1.62.1 (*Scaev. 6 dig.*): *Mandavi in haec verba: „Lucius Titius Gaio suo salutem. peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio“. quae, si non fideiussisset, sed mandasset creditori et alias egisset quam quod ei mandatum esset, an*

koji *Lucius Titius* mora izvršiti savjesno i pošteno, nije *stricti iuris negotium* i *Gaius* može umjesto jamstva podijeliti kreditni nalog ako se *Lucius Titius actio mandati contraria* ne opterećuje jače, što se dogodilo u predmetnom slučaju.¹⁰³ Ali, ni *Scaevola* ne može ostaviti neprimijećenom glavnu razliku između *mpc* i *fideiussio*. To je očito iz teksta D.17.1.60pr.¹⁰⁴ Položaj mandatar je potpuno drugačiji nego jamstvenog vjerovnika. On ima dvije potpuno neovisne tužbe, koje međusobno nisu akcesorne niti imaju za posljedicu konsumpciju tužbe. Zato u navedenom slučaju mandatar može tužiti trećega i nakon što ga je već tužio, ali se nije naplatio.

Istu misao izriče *Papinijan* u D.46.3.95.10: *mandatore convento et mandato, ut ei satisfiat*.¹⁰⁵ Na području cesije tužbi nalazimo, kako je već navedeno, veliki utjecaj načela kreditnog naloga na *fideiussio* (*Pap.* D.20.5.2; D.50.15.5pr.). Sa sve većim korištenjem *mpc* kao ugovora o osiguranju, događali su se također utjecaji *fideiussio* na kreditni nalog: D.27.7.7 *in fine: et si mandato . . .excludit*.

Ovdje je *Papinijan* primijenio *epistula divi Hadriani* kojom je platežno sposobnim sufidejursorima dodijeljen *beneficium divisionis*, također i na *commandatores*. To sigurno nije u suprotnosti s pravilima mandata i opravdava se razlozima pravičnosti (*aequitas*), kao kod *fideiussio*.

V. UČINCI KREDITNOG NALOGA

Kreditni nalog kao i svaki ugovor o nalogu nastaje suglasnim očitovanjem volje mandanta i mandatar: *consensu consistit obligatio*. Premda nije zahtijevana nikakva posebna forma, kreditni je nalog u starom Rimu često podjeljivan pismeno. Mandatar nije morao očitovati na izričit način prihvaćanje mandata. Njegova se volja očitovala u izvršenju kreditnog naloga.¹⁰⁶ Ako je prihvaćanje naloga izvršeno konkludentnim radnjama koje mandantu nisu bile poznate, onda je mandatar imao obvezu priopćiti mandantu prihvaćanje naloga. Ako to ne učini, obvezan je mandantu na naknadu eventualno nastale štete. Pretpostavke za valjanost kreditnog naloga su jednake kao i za ostale konsenzualne ugovore: poslovna sposobnost stranaka i

actione mandati teneretur. respondit teneri. (Naložio sam sljedećim riječima: „Lucije Ticije pozdravlja svog Gaja. Molim te i nalažem ti da jamčiš za Publija Mevija kod Sempronija. Sve što ti Publije ne bude platio, ja ću ti isplatiti, kao što ti dajem do znanja ovim vlastoručno napisanim pismom.“ Pitam, odgovaram li tužbom iz mandata ako se Gaj ne obveže, nego vjerovniku [Semproniju] samo podijeli kreditni nalog i tako se dogodi drukčije nego što mu je bilo naloženo. *Scaevola* je odgovorio da odgovara.)

103 Usp. D.17.1.60.1 (*Scaev.* 1 resp.).

104 D.17.1.60pr. (*Scaev.* 1 resp.): *Creditor mandatorem convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. respondit posse.* (Vjerovnik je tužio mandanta *pecuniae credendae*. Osuđen je i uložio je žalbu. Pita se, može li vjerovnik za vrijeme žalbenog postupka tužiti dužnika. Odgovorio sam da može.)

105 Usp. D.17.1.28; D.46.3.95.11. Opširnije, Sokolowsky, nav. dj., 113; Simhäuser, *Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht*, u: *Iuris vincula*. Studi in onore di M. Talamanca VII, Napoli 2001, 494.

106 *Pernice*, nav. dj., 470.

suglasna očitovanja volje. Vrela izričito kažu da je nevaljan mandat u nemoralnu svrhu: *ut pecunias credas meretrici*.¹⁰⁷

Iz sadržaja kreditnog naloga proizilaze daljnje pretpostavke za njegovu valjanost. Prije svega, treća osoba kojoj se daje zajam mora biti jasno određena. Nalog *ut cuivis credas* nije kreditni nalog, nego neobvezujući savjet. Mjerodavan je položaj mandatar. Treći za njega mora biti potpuno određen. On će mandantovu volju tumačiti pošteno i savjesno. Također, visina kreditirane sume mora biti nedvojbena. U slučaju nejasnoća mandatar će djelovati sukladno načelu savjesnosti i poštenja. Kreditni nalog se mora odnositi na buduće kreditiranje. Ako je već došlo do kreditiranja, kreditni je nalog nevaljan. Moguće je ipak, izvršiti kreditiranje u formi odgode. Ulpijan u D.17.1.12.14 upućuje na valjanost takvog kreditnog naloga. Mandat zaključen nakon davanja zajma bio bi, lišen sadržaja, kao što kaže Ulpijan u D.17.1.12.14 (31 *ad ed.*). Ovdje se postavlja pitanje dopustivosti odobrenja koje bi uslijedilo mandanta nakon što je nastao kreditni odnos.¹⁰⁸ Smatra se apsurdnim primijeniti u tom slučaju pravilo *ratihabitio mandato comparatur*. Međutim, s obzirom na već postojeći kreditni odnos predmetom mandata može biti dopuštenje odgode dužniku o čemu se govori u drugom dijelu Ulpijanovog teksta D.17.1.12.14: *Plane, si ut expectares nec urgueres . . . mandatore pertinere*. U rimskom je pravu mandat za odgodom plaćanja autonomna pravna ustanova u odnosu na kreditni nalog. Budući da su Rimljani od početka shvaćali kreditni nalog kao mandat s *proprium negotium* mandatar, to proširenje područja primjene nije bilo ništa posebno, više se podrazumijevalo.

Za kreditni je nalog vrijedilo načelo *mandatum nisi gratuitum nullum*. Kamate koje plaća treći, nisu naknada za izvršenje naloga. Nije bitno hoće li mandatar nešto dobiti od trećega na ime podjeljivanja kreditnog naloga.

Budući da se na *mandatum credendi* odnose opća pravila mandata, i kod tog tipa mandata mandant je obvezan temeljem *actio mandati contraria* nakon gašenja zajma preuzeti na sebe troškove, isplatu kamata ako je bio naložen zajam uz interes: *placet mandatore teneri etiam si faeneraturo creditori mandat pecuniam credere*¹⁰⁹ i bilo kakvo umanjnje imovine koje je mandatar pretrpio bez svoje krivnje izvršavajući nalog. Mandant koji je platio, imao je temeljem mandata pravo na cesiju tužbi zajmodavca – mandatar protiv trećega – dužnika.¹¹⁰ Prema općem načelu *apud eum qui mandatum suscipit nihil remanere oportet*¹¹¹ mandatar je bio

107 D.17.1.12.11 (*Ulp. 31 ad ed.*) Opširnije, Bortolucci, BIDR 27 (1914), 183.

108 Frezza, nav. dj., 212; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 186; Arangio Ruiz, nav. dj., 197; Bombarda, nav. dj., 86, n. 29.

109 D.46.1.71.2 (*Paul. 4 quaest.*): *Placet mandatore teneri etiam si faeneraturo creditori mandat pecuniam credere*. (Mandant je obvezan i u slučaju kada je dao nalog za zajam u novcu vjerovniku koji je ugovorio interes.) Opširnije vidi: Arangio Ruiz, nav. dj., 131; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 142, n. 2; BIDR 28 (1915), 209; Frezza, nav. dj., 71.

110 Guarino, nav. dj., 103.

111 D.17.1.20pr. (*Paul. 11 ad Sab.*): *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit*. (Kod onoga koji je mandat prihvatio i izvršio, po osnovi naloga ne smije ništa ostati. Isto tako on ne smije

obvezan izručiti sve ono što je stekao izvršavajući nalog, pa tako i svoje tužbe protiv dužnika.¹¹² Za razliku od fidejussije kod koje je konsumptivni učinak litiskontestacije u početku onemogućavao *cessio actionum*, kod kreditnog naloga je *cessio actionum* od početka bila poznata.¹¹³

Odnos između mandanta i mandatara reguliran je načelom *bonae fidei*.¹¹⁴ Mandatarovim prihvaćanjem kreditnog naloga zaključen je odnos povjerenja između mandanta i mandatara iz kojeg nastaju međusobne dužnosti. Mandatni odnos nastaje *consensu*, pojedinačne tužbe *re*. Kod kreditnog naloga kao *bonae fidei* pravnog posla

pretrpjeti štetu ako nije mogao utjerati novac koji je pozajmio uz kamatu.)

112 D.46.3.95.10: (*Pap. 28 quaest.*): *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat.* (Ako si po mom nalogu pozajmio Ticiju novac, onda je takav ugovor sličan onome tutora i dužnika njegova pupile. Ako je mandant bio tužen i osuđen, razum ne sugerira da se dužnik oslobađa premda je novac isplaćen; dakle, vjerovnik mora prenijeti na mandanta tužbe koje ima protiv dužnika tako da se mandant može namiriti.) Papinijan analizira odgovornost tutora za propuštenu naplatu tražbine koja je pripadala njegovom šticićniku. Pupila je imao zahtjeve prema dvojici dužnika: pored njegovog osobnog dužnika odgovara mu i tutor zbog nepravodobno podnesenog zahtjeva. Papinijan uspoređuje taj slučaj s kreditnim nalogom u kojem su zajmodavcu – mandataru također obvezna dvojica dužnika: pored zajmoprimca odgovara mu i mandant, poput jamca. Pravnici naglašava da je namireni vjerovnik obvezan ustupiti mandantu svoj zahtjev prema dužniku. Zajmodavac – mandatar morao je primarno tražiti povrat zajma od zajmoprimca, a tek u slučaju njegove insolventnosti, od mandanta. Ako je zajmodavac – mandatar tužio s *actio mandati contraria* mandanta i taj bude osuđen i vrati pozajmljenu sumu, time se zajmoprimac ne oslobađa jer niti jedan korak (*litis contestatio, condemnatio, solutio*) nema za zajmoprimca oslobađajući učinak. Pravnici zaključuju da tužitelj mora osuđenom tuženiku (tj. mandantu) ustupiti svoje tužbe koje ima prema dužniku kako bi se osuđeni njima mogao namiriti (*ut ei satisfiat*) Opširnije vidi: Bortolucci, BIDR 28 (1915), 202; Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, 116-118.

113 Ako bi cesija tužbi ipak izostala, Papinijan u D.46.3.95.10-11 kaže da ju je osuđeni mandant mogao naknadno od mandatara zahtijevati *actio mandati directa*. Taj zahtjev ne bi bio isključen ni u slučaju ako bi mandant izravno tužio dužnika i bez prethodno izvršene cesije. Mandant je mogao tužiti zajmoprimca i zahtijevati povrat duga *actio mandati contraria* jer se najčešće događalo da je dao kreditni nalog nakon naloga dobivenog od zajmoprimca. Kreditni nalog se u pravilu zasnivao na dvostrukom mandatu (Ober- und Unterauftrag). Papinijan potvrđuje da se dužnik ne oslobađa podizanjem tužbe protiv mandanta (slično i Julijan u D.46.1.13) jer nije dolazilo do konsumptivnog učinka litiskontestacije s mandantom. Isto tako, ako je mandant vratio dug to nije oslobađalo dužnika. Namireni vjerovnik bio je dužan ustupiti mandantu sve tužbe koje je imao prema dužniku. Opširnije vidi: Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, 126-128; isti, Der originäre Regreß des Kreditmandanten aus Auftrag oder negotiorum gestio im römischen Recht, 245; Bortolucci, BIDR 28 (1915), 201-204; Seiler, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, Köln/Graz 1968, 161; Frezza, nav. dj., 219. Suprotnog je mišljenja Partsch, Studien zur negotiorum gestio I, Heidelberg 1913, 61. koji u Papinijanovom tekstu vidi samo zadržanja retencije u korist mandanta, o čemu su već govorili Julijan (D.46.1.13) i Gaj (D.17.1.27.5). Pozivajući se na Celza (D.17.1.48.2) i Gaja (G.3.156) Partsch općenito negira postojanje *actio mandati directa*.

114 Behrends, *Die bona fides im mandatum*. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag, Ars boni et aequi, FS Waldstein, Stuttgart 1993, 57.

bila su priznata *pacta adiecta*. Njima se mogao uvelike modificirati glavni ugovor.

Mandatar je u svako doba mogao otkazati i ugasiti pravni odnos *re integra*.¹¹⁵ Pri tome svakako treba uzeti u obzir da se nalog ne smije otkazati u nezgodno vrijeme. Primjerice, tako kasno da je šteta neizbježna,¹¹⁶ ili kredit više nije moguće pribaviti pod istim nego puno nepovoljnijim uvjetima. Ako je kreditni nalog prihvaćen i mandant može računati s tim da će biti ispunjen, onda će otkaz ugasiti pravni odnos među strankama, ali ne i zahtjeve koji su do tada nastali. Prema trećemu mandatar ima tužbu iz zajma *condictio certi ex mutuo*; ili možda čak nema nikakvu tužbu. To je bez značaja za odgovornost mandanta. Zaključenjem *mpc* nastaje između njega i mandataru pravni odnos iz kojeg mogu nastati tužbe *ultra citroque*, koje nisu ovisne o mogućem pravnom odnosu između mandataru i trećega. Za odgovornost mandanta mjerodavna su samo pravila mandata. Prema načelima mandata određuje se sadržaj *actio mandati contraria*.¹¹⁷

Postavlja se pitanje kada mandatar može podići *actio mandati contraria*? Je li ona moguća prije negoli što će treći biti tužen, prije dospelosti duga trećega? *Actio mandati contraria* nije uvjetovana uspješnim zaključenjem kreditnog posla. Mandatar će imati pravo na naknadu pretrpljenih troškova i u slučaju kada, i pored njegovih napora, nije došlo do zaključenja posla. Budući da rimsko pravo nije poznavalo neposredno zastupanje, već zbog toga mandatar je mogao zaključiti kreditni posao samo u svoje ime i nikako drugačije. Po tomu se kreditni nalog ne razlikuje od drugih naloženih pravnih poslova. Ali, kreditni nalog razlikuje se od ostalih tipova mandata što ga mandatar poduzima za vlastiti račun. Iz toga nastaju za *mpc* specifična pravila koja ga kvalificiraju kao *mandatum qualificatum*. U pravom kreditnom nalogu ne nalaže se samo zaključenje kreditnog posla u vlastito ime, nego sudjelovanje u cijelom kreditnom odnosu u ekonomskoj vezi: kredit treba podijeliti za vlastiti račun. Kreditni nalog ne ide samo za zaključenjem kreditnog posla nego izvršenjem cjelokupnog posla. Jednom započeti nalog mandatar mora nastaviti i

115 Opširnije, Meylan, Révocation et renonciation du mandat en droit romain classique, Studi in onore di Giuseppe Grosso I, Torino 1968, 465.

116 *Mandator pecuniae credendae* ima na raspolaganju *actio mandati directa*: formula *actio mandati directa* je analogna formuli *actio mandati contraria*: „*Quod A.s A.s N.o N.o mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutaret (feneraret), q. d. r. a., quidquid ab eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna; s. n. p. a.*“ Vidi: Mantovani, Le formule del processo privato romano, Padova 1999, 54, 66; Klami, *Mandatum and Labour in Roman Law*, ZSS 106 (1989), 582.

117 Formula *actio mandati contraria* prema vladajućem mišljenju glasi: „*Quod Numerius Negidius (tuženik mandator) Aulo Agerio (tužitelj mandatarus) mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutaret (feneraret), qua de re agitur, quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna, si non paret, absolvito*“. Nakon što bi utvrdio istinitost činjenica i analizirao činjenično stanje u svjetlu načela *bona fides*, sudac je imao ovlast osuditi tuženog mandanta da tužitelju-mandataru naknadi svu štetu koju je mandatar pretrpio izvršavajući nalog (npr. štetu i interes temeljem *mora debendi*, troškove opominjanja i pozivanja na platež i utjerivanje duga); odnosno, osloboditi ga ako bi smatrao da mandatar nije pretrpio značajniju štetu. Vidi: D.46.1.13; D.17.1.27.5; Guarino, nav. dj., 88-90; Cardilli, „Bona fides“ tra storia e sistema, Torino 2004, 52.

završiti. Kreditiranjem za mandatara ne nastaje nikakva šteta jer pozajmljenoj sumi kao pasivi u njegovoj imovini stoji nasuprot zahtjev protiv zajmoprimca, čak i ako je u formi samo tužbe iz pravno neutemeljenog obogaćenja kao aktivni. Za mandatara može nastati šteta nakon kreditiranja tako što će njegov zahtjev protiv trećega biti obezvrijeđen. U tom slučaju može se samo raditi o naknadi štete, ali ne i o naknadi troškova. Da bi se uspjelo s tužbom za naknadu štete, mandatara mora dokazati visinu štete. On to obično može napraviti tek nakon što je utužio trećega i od njega pokušao zahtijevati ono što se moglo dobiti. Samo u iznimnom slučaju objektivna šteta može biti utvrđena bez utuženja trećega, npr. kod objavljene insolventnosti. Ta misao vodi do bezuvjetne supsidijarnosti mandantove odgovornosti i to samo na naknadu štete. Dok se kod fidejusijske supsidijarnosti fidejursorove obveze promatra kao *beneficium*, kod kreditnog naloga to svojstvo proizilazi iz same naravi pravnog posla. U klasičnom rimskom pravu ta nužna supsidijarnost nije općenito priznata, što se vidi iz sljedećeg Papinijanovog teksta.

D.17.1.56pr.: (*Pap. 3 resp.*): *Qui mutuum pecuniam dari mandavit omissa reo promittendi et pignoris non distractis eligi potest: quod uti liceat si litteris exprimitur, distractis quoque pignoris ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt.*¹¹⁸

Prema Papinijanovom mišljenju mandatara se, po svojoj slobodnoj procjeni, mogao obratiti za naplatu mandantu ili trećemu. Supsidijarnost je sve češće predviđana ugovorom; D.17.1.27.5: *in id dumtaxat tibi obligatus ero quod a Titio servare non potueris*;¹¹⁹ D.17.1.59.5: *in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati.*¹²⁰ U tim

118 D.17.1.56pr.: Onaj koji je naložio da se pozajmi, može biti tužen prije glavnog dužnika i prije nego što je zalog prodat. I ako je izričito predviđeno u ugovornom dokumentu da je to dopušteno, može vjerovnik bez obzira na prodaju zalog, zahtijevati povrat od nalagatelja. Dakle, ono što je u ugovorima predviđeno kako bi se otklonila sumnja, ne mijenja opće pravo.

119 D.17.1.27.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*): *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor; sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.* (Ako po mom nalogu pozajmiš Ticiju i tužiš me iz naloga, smijem biti osuđen samo uz pretpostavku da mi ustupiš tužbe koje imaš protiv Ticija. Ali, ako tužiš Ticija, neću biti oslobođen, ali ti ostajem obavezan samo za ono što od Ticija ne mogneš naplatiti.)

120 D.17.1.59.5 (*Paul. 4 resp.*): *„Ille illi salutem. Mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quod vixerit Blaesius Severus, praestaturum.“ postea saepe conventus mandator non respondit: quaero, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum.* („A pozdravlja B. Nalažem ti da mom zetu Bleziju Severu uz ovaj i onaj zalog pozajmiš osamdeset. Da zbog tog novca i svega što na ime kamata dođe, ne bi nastala šteta za tvoju imovinu, jamčim temeljem naloga sve dok je Blezije Sever živ.“ Kasnije, češće opomenut, nalagatelj ipak nije odgovorio. Pitam, oslobađa li se on dužnikovom smrću. Paul je odlučio da je obveza iz naloga trajna, čak i onda kada je u nalogu jasno određeno: „Da u tvojoj imovini ne bi nastala šteta, jamčim po osnovi mandata, sve dok

tekstovima jasno se navodi da tužba podignuta protiv glavnog dužnika ne sprečava mandataru da traži ostatak od mandanta, niti će tužba podignuta protiv mandanta dovesti do osude ako prethodno nije izvršena cesija tužbi na njega.¹²¹ Kasnije je supsidijarnost postala općenito uobičajena ako ne pravno, onda u sporazumu stranaka, što potvrđuje Justinijan u Nov. 4.1.

Prema temeljnim pravilima mandata, mandant mora naknaditi mandataru izdatke i štetu. *Actio contraria* primjenjuje se najčešće u cilju naknade štete koju je mandatar pretrpio uslijed kreditiranja i koju može po završetku kreditnog odnosa podići protiv mandanta. Prije svega u obzir dolazi pozajmljena suma, kamate, zatezne kamate protiv trećega i sl. Sve se to podrazumijeva u slučaju da treći nije platio (D.46.1.13: *in id tibi dumtaxat obligatus ero, quod a Titio servare non potueris*). Mandant mora naknaditi i druge troškove koje je mandatar imao prilikom izvršenja naloga: opominjanjem, požurivanjem itd. Ako je treći podmirio dug prema mandataru, mandant se oslobađa. On može zahtijevati ustupanje prava prema trećemu. Mandatar će odgovarati mandantu ako je namjerno ili iz nemarnosti pogoršao ili izgubio ta prava (D.46.3.95.10; D.46.1.13). Mandatar će sam snositi štetu do koje je došlo zbog njegova zanemarivanja obveze na dilgenciju. U tom slučaju *bona fides* sužava mandantovu odgovornost. Odgovornost mandanta inače može biti na bilo koji način ograničena ugovorom. On može utvrditi najvišu sumu ili se zaštititi tako što će podijeliti nalog da se pozajmi samo uz realno ili osobno osiguranje.¹²²

Bona fides nije ni ovdje isključena i korigira prekomjernu strogost. Posebice Paulova rečenica u D.17.1.5pr: *qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur*. Sigurno su već Rimljani smatrali ispravnim suprotno Prokulovo mišljenje iz D.17.1.4: *sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est*, koje je na odgovarajući način primijenjeno na mandat.

U odnosu mandanta i trećega susreću se dva traga regressa. Mandant ima *actio cessa* i u većini slučajeva *actio mandati* ili *negotiorum gestorum*. Mogućnost regressa kod kreditnog naloga ne proizilazi izravno niti iz njegove funkcije kreditnog sredstva niti iz funkcije instituta osiguranja.¹²³ Treći ne dolazi pravno u vezu s mandantom niti podjeljivanjem naloga niti činjenicom pozajmljivanja. Time ne nastaju nikakva uzajamna prava niti obveze. Obično ipak između mandanta i trećega nastaje poseban pravni odnos. U obzir dolaze prije svega mandat i poslovodstvo. Teško je zamisliti

je Blezije Sever živ.“)

121 Sporno je pitanje jesu li se rimski pravnici razilazili u mišljenjima glede pitanja kada je mandatar postajao obvezan ustupiti mandantu tužbe protiv dužnika: prije ili nakon mandantove osude. Dok Papinijan u D.46.3.95.10 kaže da je mandant mogao zahtijevati cesiju putem *actio mandati directa* ne navodeći preciznije kada se mandataru moglo prisiliti na cesiju, Julijan (D.46.1.13) i Gaj (D. 17.1.27.5) smatraju da je mandatar bio dužan cedirati tužbe prije mandantove osude. Opširnije o tome vidi: Schulz, ZSS 27 (1906), 100; Guarino, nav. dj., 105; Wacke, ZSS 124 (2007), 130-132.

122 C.8.40.7

123 Seiler, *Das Regressrecht des Bürgen*, disert., Zürich 1924; Wacke, ZSS 124 (2007), 130, n. 52, 131, n. 57.

da mandant podijeli kreditni nalog, a da ga na to nije treći potaknuo.

Obveze mandanta i trećega imale su svaka svoju posebnu osnovu i bile su potpuno neovisne jedna o drugoj što je sprječavalo da *litis contestatio* izvršena protiv jednoga od njih, oslobodi drugoga.¹²⁴ Mandantova odgovornost, *ex causa mandati*, natjecala se s odgovornošću dužnika iz zajma: različitost kauza dviju obveza, sprječavajući nastanak odnosa solidarnosti između mandanta i dužnika, dovodila je do toga da *litis contestatio* izvršena protiv jednoga, nije gasila tužbu protiv drugoga. Tako je postupak pokrenut protiv dužnika, ostavljao nedirnutom *actio contraria* protiv mandanta. Ako bi i završio u cijelosti ili djelomično neuspješno, mandatar je mogao zahtijevati cjelokupnu sumu ili ostatak od drugoga, a da pri tome taj zbog autonomnosti svoje obveze nije mogao podići prigovore dužnika.¹²⁵ Ako bi se mandatar htio okoristiti činjenicom nepostojanja postupovne konsumpcije pa bi pokušao naplatiti dug još jednom, nakon što je namiren od dužnika ili mandanta, onaj kojeg bi drugog tužio, mogao ga je odbiti s *exceptio doli*.¹²⁶

Pored tužbi iz posloводства i mandata, mandantu su protiv trećega obično na raspolaganju i cedirane tužbe. Mandantova obveza nema isti predmet kao glavna obveza. Dok obveza glavnog dužnika glasi na pozajmljenu sumu, ili na bilo koju drugu stvar, mandant se samo obvezuje oštećiti mandatara za štetu koju je pretrpio ispunjavajući nalog. Iz toga proizilaze dvije bitne posljedice: 1. Postupak pokrenut protiv jednoga od dvojice obvezanika, ne dovodi do gašenja obveze drugoga, što znači da ne zadržava samo vjerovnik svoja prava nedirnuta s obzirom na drugoga, nego i da *mandator*, koji je tužen i čak osuđen, može zahtijevati cesiju tužbi i prema glavnom dužniku, i prema drugim mandantima; 2. Mandant koji je platio, dragovoljno ili nakon osude, oslobađa samo sebe. Svakako da je vjerovnik, koji je zadržao tužbu protiv glavnog dužnika i koju ne može podići zbog njegovog prigovora, obvezan ustupiti je mandantu koji je može uspješno upotrijebiti.¹²⁷ Dok fidejuszor prihvaća obvezu za koju nije dao inicijativu, *mandator pecuniae credendae* je taj koji je potaknuo mandatara postati vjerovnik. On određuje dužnika, prirodu i uvjete sklopljenog ugovora. Iz toga proistječe više posljedica: 1. Obveza koju jurisprudencija nalaže vjerovniku koji prihvaća fidejuszore objaviti unaprijed što je predmet duga i koliki je broj fidejuszora, ne može se zamisliti u odnosima između vjerovnika i mandanata *pecuniae credendae*. 2. Podjednako je teško zamisliti da mandant tuži protivno volji *reusa* i slijedom toga ako bude platio, uvijek će moći tužiti već prema okolnostima, ili putem *actio mandati* ili *actio negotiorum gestorum*.

124 D.17.1.28 (*Ulp. 14 ad ed.*): *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.* (Papinijan u trećoj knjizi *Pitanja* kaže da ako plati onaj koji je naložio da se dužniku pozajmi, ne oslobađa dužnika po civilnom pravu [naime, on plaća zbog kreditnog naloga i u vlastito ime] i zbog toga podrazumijeva da nalagatelju kredita od vjerovnika moraju biti ustupljene tužbe protiv dužnika.); usp. D.46.1.13; D.46.3.95.10.

125 D.17.1.58.1 (*Paul. 4 quaest.*).

126 Frezza, nav. dj., 218; Bortolucci, *BIDR* 28 (1915), 211; Wacke, *ZSS* 124 (2007), 131, n. 57.

127 D.17.1.28 (*Ulp. 14 ad ed.*).

3. Pravilo koje dopušta akcesornom dužniku upotrijebiti prigovore predviđene za osobu glavnog dužnika primjenjuje se manje apsolutno na mandanta nego na fidejusora. Tako, ako nije znao za malodobnost dužnika, ne profitira iz *in integrum restitutio* koju je postigao glavni dužnik.¹²⁸ Slično, ako je jamčio za zajam učinjen sinu u vlasti i objavio da nema mjesta primjeni *SC Macedonianum*, odbit će mu se prigovor premda nije djelovao *animo donandi*.¹²⁹

Sukladno naravi kreditnog naloga odnos između mandatara i trećega pravno je neovisan prema odnosu između mandatara i mandanta. Postojanje ili nepostojanje kreditnog naloga tu ne igra nikakvu ulogu. Treći uopće ne mora znati da mu je zajam dat nalogom. Iz kreditnog naloga za njega ne nastaju ni prava ni obveze, niti mu pripada bilo kakva tužba na izvršenje kreditnog naloga.

Kornelijev zakon koji je u određenoj mjeri ograničavao jamstvo pruženo verbalno nije se odnosio na *mpc*. Koliko *fideiussio* i *mpc* mogu biti slični po svom gospodarskom učinku, toliko su pak različiti po svojoj pravnoj konstrukciji. Papinijan je već gore ukazao na glavnu razliku. Obveza mandanta nije akcesorna. On upućuje na nešto drugo u D.17.1.12.14: *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait*.¹³⁰ Kreditni se nalog kao jedan sigurnosni institut ne može pridodati već postojećem obveznom odnosu jer bi to proturječilo njegovoj biti.¹³¹ To bi bio nalog na nešto nemoguće, dakle ništav mandat.¹³² Ali, nalog da se dužniku dopusti odgoda plaćanja je valjan.¹³³ *Paulus* također često uspoređuje *mpc* i *fideiussio*.¹³⁴ Zanimljivo je da on, za razliku

128 D.4.4.13pr. (*Ulp. 11 ad ed.*).

129 D.17.1.12.13 (*Ulp. 31 ad ed.*).

130 D.17.1.12.14 (*Ulp. 31 ad ed.*): *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.* (Ako, nakon što je novac pozajmljen, naložim vjerovniku da pozajmi, ništav je mandat, kako potpuno ispravno kaže Papinijan. Dakako, ako ti naložim da pričekas i ne siliš dužnika na isplatu i dopustiš mu odgodu i kažem da će novac ići na moj rizik, onda smatram ispravnim da rizik neograničeno mora snositi mandant.)

131 Usp. D.46.1.71.2 (*Paul. 4 quaest.*).

132 Usp. D.17.1.8.6 (*Ulp. 31 ad ed.*).

133 Opširnije vidi: Guarino, nav. dj., 86-87; Sokolowski, nav. dj., 98-100; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 185.

134 D.17.1.20.1 (*Paul. 11 ad Sab.*): *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.* (Fidejusor ima *actio negotiorum gestorum* ako je jamčio za odsutnoga, naime, ne pripada mu tužba iz mandata jer nikakav nalog nije podijeljen.) D.17.1.22.2 (*Paul. 32 ad ed.*): *Interdum evenit, ut meum negotium geram et tamen utilem habeam actionem: veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat aut cum rogatu fideiussoris cum reo experior: nam quamvis debitum meum persequar, nihilo minus et illius negotium gero: igitur quod minus servavero, consequar mandati actione.* (Ponekad se događa da vodim vlastiti posao i ipak imam valjanu tužbu iz naloga, npr. kada mi moj dužnik na svoj rizik uputi svog dužnika, ili kada na zahtjev jamca utužim svog dužnika; onda, premda u oba slučaja utužujem svoju tražbinu, time ništa manje ne ispunjavam i nalog drugoga. Ono što ne dobijem, dalje ću postići tužbom iz naloga.) U P.S. 2.17.16 kaže se da se podizanjem tužbe protiv glavnog dužnika oslobađa

od Papinijana,¹³⁵ obrađujući pitanje regresa protiv trećega, govori samo o *actio mandati contraria* ili *negotiorum gestorum*. Ne spominje regres s *actio cessa*. Isto čini Ulpijan. Kako bi, kad god je to moguće, mandantu bio omogućen regres, postavlja sljedeće pravilo: D.17.1.18 (*Ulp. 40 ad Sab.*): *qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intellegitur*.¹³⁶ U dodatku na jednu Papinijanovu odluku prema kojoj ugovor o osiguranju ne može biti pridodan već postojećem kreditnom poslu, Ulpijan upozorava na daljnju mogućnost valjanog kreditnog naloga, nalog s odgodom plaćanja. To je proširenje područja primjene kreditnog naloga, koje nije dalje utjecalo na svoje reguliranje. Nakon velikih kasnih klasičnih pravnika nema novih gledišta na području kreditnog naloga. Ni Justinijanova kodifikacija ne donosi puno novoga o *mpc*. U Kodeksu se uspoređuju i dodiruju mišljenja klasičnih pravnika. Treba primijetiti tendenciju da se jedinstveno reguliraju *mpc* i *fideiussio* kao glavni ugovori o osiguranju u rimskom pravu, ali se ipak ne može govoriti o njihovom stapanju. Oba su instituta obrađena u istom titulu (D.46.1; C.8.40), ali su u samim titulima odijeljeni. Uostalom, tamo kreditni nalog ne služi posvuda kao ugovor o osiguranju, gdje to *fideiussio* može učiniti. Kompilatori tvrde nešto drugo. Dodatak u D.17.1.33 . . . *et in summa* je sigurno interpolacija. Već je Papinijan upućivao na to da *mpc* ne može djelovati ratihabirajuće. Time svaki dug nastao iz delikta ili ugovora, a nije neposredni predmet kreditnog naloga, ne može biti osiguran s kreditnim nalogom. A oni općenito čine veliki broj dugova.

Na oba instituta primjenjivan je *beneficium cedendarum actionum*. Za kreditni nalog uz to nije bio potreban nikakav poseban *beneficium*. Cesija se za njega događala iz načela mandata. Ni činjenica da je Justinijan u Nov. 4 predvidio istodobno *beneficium excussionis* za kreditni nalog i fidejusiju, nije utjecala na različitost pravnih konstrukcija oba pravna posla. I dalje su ostali različiti koliko je to bilo moguće. Tako je, iz u početku spornog *mpc* nastao pravni institut koji je kasnije uglavnom korišten kao ugovor o osiguranju. *Mpc* je zadržao svoj mandatni karakter.

jamac, što nije slučaj s obvezama utemeljenim na nalogu: *Electo reo principali fideiussor uel heres eius liberatur; non idem in mandatoribus obseruatur*. (Ako je izabran [tužen] glavni dužnik, time su poruk [jamac] ili njegov nasljednik oslobođeni [odgovornosti]; ovo pravilo, međutim, ne vrijedi kod [obveza nastalih na osnovi] naloga.) (Prijevod, Romac, Julije Paulo. Sentencije, Zagreb 1989, 95.).

135 D.17.1.56.1 (*Pap. 3 resp.*): *Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et propter aetatem eius qui petebat obsignavit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest*. (Fidejutor koji je platio u postupku i zbog tužiteljeve mladosti novac zapečatio i deponirao na javnom mjestu, može odmah tužiti iz mandata.) Usp. D.46.1.64 (*Herm. 2 iur. ep.*).

136 D.17.1.18: Onaj koji podnosi da netko drugi naloži da mu se pozajmi, smatrat će se kao da je on dao drugome nalog.

VI. MANDATORES PECUNIAE CREDENDAE

U slučaju ako postoji više *mandatores pecuniae credendae*, svaki je od njih obvezan u cijelosti. Unatoč tomu mogli su zahtijevati diobu samo između svih solventnih (D.17.1.59.3). Pri tomu se postavilo pitanje, procjenjuje li se solventnost mandanata u vrijeme *litis contestatio* ili u vrijeme izricanja presude. Justinijan je pozivajući se na Hadrijanovo mišljenje uvažio prvu soluciju izjednačavajući ih s fidejutorima i podjeljujući im *beneficium divisionis* (C.4.18.3). Tek je u Justinijanovom pravu s Nov. 4,1 (535) *mandator pecuniae credendae*, koji je bio tužen prije glavnog dužnika, dobio pravnu zaštitu. Sve do donošenja te novele *mandator pecuniae credendae* nije bio zaštićen, o čemu govori Papinijan u D.17.1.56pr.¹³⁷

Postavlja se pitanje, odgovaraju li *plures mandatores* uvijek *in solidum*, kao što smatraju Savigny¹³⁸ i Bortolucci¹³⁹ ili je njihova odgovornost u nekim slučajevima mogla biti *pro parte* kako smatra Frezza.¹⁴⁰ Poznato je da zbog različitosti tekstova koji sadrže raznovrsne oblike pluralističkih obveza, nije moguće formirati jedinstveno gledište o solidarnim obvezama u rimskom pravu.¹⁴¹

Ako je više mandanata zajedno naložilo kreditni nalog, onda odgovaraju solidarno. U klasičnom pravu analogno fidejutorima imaju *beneficium divisionis*. Vjerojatno je do te analogije došlo ubrzo nakon objavljivanja *epistola Hadriani*. Konstitucija C.4.18.3 dopušta zaključak da je *epistola Hadriani* od početka glasila na *comandatores* i da su stavljeni u istu razinu s *confideiussores*. U to se može s pravom sumnjati jer je sigurno već Papinijan (3 *resp.*) jednako tretirao kreditni nalog i fidejusiju u toj vezi; D.27.7.7 *in fine: nam et si mandato plurium pecunia credatur aequae dividitur actio*. Ako je više osoba dalo nalog da se novac pozajmi, tužbeni zahtjev se podjednako dijeli među njima.¹⁴²

Ako dva ili više mandanata zajedno daju kreditni nalog, ili to učine jedan nakon drugoga prije nego što je mandatar dao zajam, onda svaki od njih odgovara u cijelosti, samostalno. Mandatar može od svakoga od njih zahtijevati isplatu cjelokupne sume; D.17.1.59.3 (*Paul. 4 resp*): *Paulus respondit, unum ex mandatoribus in solidum eligi potest, etiamsi non sit concessum in mandato*. Paulovo je mišljenje da jedan od mandanata može biti izabran kako bi odgovarao u cijelosti premda to nije posebno navedeno u ugovoru o nalogu.¹⁴³ Ipak, dalje nastavlja: *post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte*

137 Vidi napomenu br. 118 u ovom tekstu.

138 Savigny, *Le droit des obligations I*, Paris 1893.

139 Bortolucci, *BIDR* 28 (1915), 208.

140 Frezza, nav. dj., 225. Opširnije, Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, *Annali Palermo XXIV* (1955), 152, n. 80.

141 Arangio Ruiz, nav. dj., 133; Sacconi, *Sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, 86.

142 Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972, 187.

143 Drukčije propisuje *epistula Hadriani* za slučaj više jamaca, kao i G.3.121; I.3.20.4; D.46.1.26; C.8.40.23; D.27.7.7; C.4.8.3.

dimidia conveniri posse et debere. Ali, ako je uslijedila zajednička osuda obojice nalagatelja, mogli bi i morali svaki od njih odgovarati samo za polovicu sume na koju su osuđeni.¹⁴⁴ Ako se zajmodavac ne namiri od jednoga, može se obratiti za ostatak drugome; Papinijan u D.46.1.52.3 (11 *resp*) kaže: *plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolute quoque secuta non liberantur*; ako je više osoba dalo nalog da se pozajmi ista suma novca, ako je jedan izabran za tuženika, ostali se ne oslobađaju. Moguće je da među mandantima postoji poseban pravni odnos kojim je reguliran njihov međusobni regres. U tu je svrhu kod jamstva s *lex Appuleia* uveden *quandam societatem*. Dvojbeno je, je li korišten i kod kreditnog naloga. *Comandator* koji je platio imao je od početka na raspolaganju *actio cessa* koja se mogla upotrijebiti u svrhu regresa i protiv trećega i protiv *comandatores*. Također je postojala mogućnost da mandant kojeg je tužio zajmodavac, upotrijebi ne samo vlastite nego i dužnikove prigovore.¹⁴⁵

VII. ZAKLJUČAK

Mandatum pecuniae credendae ima sve značajke konsenzualnog neformalnog besplatnog *bonae fidei* ugovora, s mogućnošću zaključenja *inter absentes*. Nastao je najvjerojatnije krajem Republike kao jedan od pratitelja razvijene trgovine i financijskog prometa. Pravnici pretklasičnog razdoblja osporavaju mu pravnu valjanost (*Servius S. Rufus*) pozivajući se na nepostojanje mandantovog utuživog materijalnog interesa zbog čega ga izjednačavaju sa savjetom i svrstavaju u nevaljane *mandata tua gratia*. U klasičnom je pravu prihvaćeno suprotno Sabinovo mišljenje koji nalog za davanjem kamatnog zajma određenoj osobi smatra valjanim. Sabinovo mišljenje slijedili su Gaj, Julijan, Celzo i kasnija jurisprudencija. Predmet je tog tipa mandata otvaranje kredita, s ili bez kamata, koji se mandatar obvezuje učiniti određenoj trećoj osobi, pri čemu se jamac (*mandator*) obvezivao naknaditi vjerovniku (*mandatarius*) svaki gubitak proistekao iz neispunjenja ugovora od strane dužnika. Takvo shvaćanje kreditnog naloga augustinskog i hadrijanskog razdoblja bilo je vjerojatno razvijeno već u zadnjem stoljeću pretklasičnog prava. U tim je razdobljima *mandatum pecuniae credendae* garantni posao, ali u potpunosti različit od drugih tipova jamstva. Uvijek se moralo raditi o budućem kreditu i ta se značajka zadržala i u Justinijanovom pravu. Kreditni je nalog specifičan po tomu što je mandatar temeljem mandantova naloga pozajmljivao novac trećemu ne samo u vlastito ime nego i za vlastiti račun. Glavni razlozi njegovog uvođenja bili su namirenje zahtjeva za kreditom i eliminiranje nedostataka fidejusije. Kod kreditnog naloga litiskontestacija s dužnikom nije konzumirala tužbu protiv mandanta. U nastojanju da se jednom institutu osiguraju prednosti drugog i obrnuto, u kasnom klasičnom i postklasičnom razdoblju došlo je do bitnog približavanja

144 Usp. D.49.1.10.3.

145 D.46.1.32; C.4.30.12; oba su teksta sporna, vidi: Zimmermann, nav. dj., 140, n.163; Kaser, RPR II, 460, n. 28.

instituta *fideiussio* i *mandata pecuniae credendae*. Budući da je kreditni nalog obično zaključivan zbog ostvarenja posebnog oblika osobnog jamstva taj je proces u praktičnom poslovnom životu još izraženiji da bi našao odraza i na pravnom području kada je Justinijan gotovo izjednačio mandante *pecuniae credendae* i fidejusore priznavši mandantima *beneficium divisionis* i *beneficium cedendarum actionum*. Ipak, ne može se govoriti o potpunoj asimilaciji tih kontrakata jer je zadržana različitost njihovih struktura, uz dvije bitne razlike: mandat prethodi glavnoj obvezi i ne zahtijeva formu stipulacije, s tim što je i ta zadnja razlika znatno ublažena u Justinijanovom pravu.

Summary

MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Mandatum pecuniae credendae is a specific type of mandate by which the mandatary undertakes to give a credit to the third person, and at the same time the mandator/surety undertakes to the mandatary/creditor to compensate any loss caused by the fulfilment of mandate. It was formulated by the end of the Republican period as a result of developed commerce and financial transactions and with the aim to create a new type of informal suretyship that could also be concluded inter absentes. While jurists from pre-classical times (Servius Sulpicius Rufus) challenged its legal validity, Sabinus' opposite opinion was accepted in the classical period. The main reasons for its acceptance were approvals of the loan demands as well as the elimination of imperfections of fideiussio. In case of mandatum pecuniae credendae the litis contestatio with the debtor did not consume the action against the mandator for failure to fulfil his obligation. In late classical and post-classical law, an important convergence of the institute of mandatum pecuniae credendae and fideiussio was reached. The process was completed by Justinian who almost assimilated these institutes. According to the laws of Justinian the mandators were generally entitled to claim the beneficium excussionis, as well as the beneficium divisionis and beneficium cedendarum actionum.

Key words: Roman Law, *mandatum pecuniae credendae*.

Zusammenfassung

MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Mandatum pecuniae credendae stellt ein spezifisches Typ Mandats dar, bei welchem der Mandatarius aufgetragen ist einer bestimmten Drittperson ein Darlehen zu geben. Dabei verpflichtet sich der Mandant (Garantiegeber) dem Mandatarius (Gläubiger) gegenüber jeglichen Verlust, der sich aus der Auftragsbefriedigung ergibt, zu entschädigen. Zur Einführung Mandatum pecuniae credendae kam es am Ende der Republikzeit wegen des fortgeschrittenen Handels und Finanzverkehrs mit der Absicht einer neuen informellen Garantieform die auch inter absentes abgeschlossen werden könnte. Während Juristen des vorklassischen Zeitraums (Servius Sulpicius Rufus) die rechtliche Gültigkeit des genannten Mandatum widerstritten haben, wurde im klassischen Recht Sabinus Meinung Preis gegeben. Zu den Gründen dessen Einführung zählen die Notwendigkeit der Kreditbegleichung und Behebung des Mangels von fideiussio. Bei dem Kreditauftrag Litiskontestation mit Schuldner wurde die Klage gegen Mandant nicht geltend gemacht. Im späteren klassischen und nachklassischen Recht kam es zur Annäherung von mandatum pecuniae credendae

und fideiussio und letztendlich zur justinianischen Gleichstellung beider Institute. Im justinianischen Recht wurden beneficium excussionis, beneficium divisionis und beneficium cedendarum actionum allgemein anerkannt.

Schlüsselwörter: Römisches Recht, mandatum pecuniae credendae.

Riassunto

MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Il *mandatum pecuniae credendae* è un particolare tipo di mandato con il quale si ordina al mandatario di dare un prestito ad una determinata terza persona, nella quale occasione il mandante-garante s'impegna a risarcire al mandatario-creditore qualsiasi perdita dovuta all'adempimento dell'ordine. E' comparso alla fine dell'epoca della Repubblica come risultato del proliferare del mercato e degli scambi economici al fine di istituire una nuova figura di garanzia informale con la possibilità di conclusione *inter absentes*. Mentre i giuristi dell'epoca preclassica (Servius Sulpicius Rufus) negavano la sua validità giuridica, nel diritto classico era accolto l'opposto pensiero di Sabino. Le principali ragioni della sua introduzione erano rappresentate dalla necessità di soddisfare il bisogno di credito, come pure l'eliminazione dei difetti della fideiussione. Nell'ordine creditizio la *litiscontestazione* con il debitore non esauriva l'azione contro il mandante. Nel tardo diritto classico ed in quello postclassico si giunse ad un sostanziale avvicinamento dell'istituto del *mandatum pecuniae credendae* e della fideiussio. Tale processo è stato concluso da Giustiniano mediante l'equiparazione fra mandanti creditizi e fideiussori. Nel diritto giustiniano venne in generale riconosciuto ai mandanti il *beneficium excussionis*, come anche il *beneficium divisionis* ed il *beneficium cedendarum actionum*.

Parole chiave: diritto romano, mandatum pecuniae credendae.