

**VENDOR CUSTODIAM PRAESTERE DEBET  
- O PRIJELAZU RIZIKA REI VENDITAE  
U KLASIČNOM RIMSKOM PRAVU**

Prof. dr. sc. Magdalena Apostolova Maršavelski\*

UDK 34(37)

347.234:347.78.03

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: studeni 2007.

Autorica iznosi teorije o tzv. *emptio perfecta* te kritički ocjenjuje najnovije teze o prijelazu rizika *rei venditae* koje znače odmak od vladajućeg mišljenja. Po jednoj od tih teza pravilo *periculum emptoris* nije u klasičnom pravu uzdignuto na razinu općeg načela. Po drugoj, pravilo *periculum emptoris* ne predstavlja iznimku od generalnog principa *casum sentit dominus*, nego je u njemu sadržana njegova izravna potvrda.

Ključne riječi: klasično rimsko pravo, prijelaz rizika, *emptio perfecta*, *res vendita*, *periculum*, *custodia*

**I. UVODNE NAPOMENE**

Pitanju prijelaza rizika *rei venditae* rimski su klasici posvetili brojne komentare. Većina njih grupirana je u posebnom naslovu Justinijanovih Digesta.<sup>1</sup> To je pitanje u Institucijama izravno i jasno određeno - kupac je taj koji će snositi rizik, premda mu stvar nije predana, uz objašnjenje - *cuius periculum, eius commodum*.<sup>2</sup> Po vladajućem mišljenju tako glasi i generalni stav rimskog klasičnog prava izražen u maksimi “*emptione perfecta periculum ad emptore recipiet*”.

---

\* Dr. sc. Magdalena Apostolova Maršavelski, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

<sup>1</sup> D.18.6. (De periculo et commodo rei venditae)

<sup>2</sup> Inst., III, 23, 3/3a.

Rezerve prema tom rješenju rimskih klasika stare su koliko i kritična proučavanja rimskih izvora<sup>3</sup>, a "klasicizam"<sup>4</sup> i oportunost tog rješenja u doktrini stoljećima su osporavani i uvijek iznova preispitivani. Nasuprot sada već posve usamljenoj teoriji, prema kojoj je u klasičnom rimskom pravu bio zastavljen upravo suprotan stav (*periculum est venditoris*)<sup>5</sup>, temeljenoj na pretpostavljenim interpolacijama kojima su rješavani svi prijepori u izvorima, od sredine prošlog stoljeća po vladajućem mišljenju doktrine, uglavnom unisono, s manje ili više uvjerenja, s različitog dogmatskog ili povjesnog aspekta<sup>6</sup> rješenje *periculum emptoris* smatra se stavom rimskog klasičnog prava uzdignutom na razinu općeg načela. Premda su protesti protiv tumačenja izvora kojim se to "nepravično koliko i nelogično" rješenje pripisuje rimskim klasicima doduše odavno utihnuli,<sup>7</sup> dapače, od dijela doktrine to je pravilo kvalificirano kao jedino pravedna solucija,<sup>8</sup> u najnovijim radovima predložena su tumačenja izvora koja znače stanovit odmak od vladajućeg mišljenja.

Po jednoj od tih teza<sup>9</sup> rješenje *periculum emptoris* nije u punom skladu s izvornim materijalom i ne predstavlja jedinstveni apstraktni ključ po kojem se rješava pitanje prilaza rizika *rei venditae*. Tom je tezom ponovo aktualizirana teza Ernsta Rabela, postavljena dvadesetih godina prošlog stoljeća,<sup>10</sup> prema kojoj u rješenju *periculum emptoris* nije izražen nikakav načelni stav rimskog klasičnog prava. Ponovo je, naime, akcentirana poznata činjenica da takva uopćivanja nisu bila svojstvena dogmatici nesklonim rimskim pravnicima, a na primjerima komentiranih konkretnih i specifičnih modela kupoprodaje koje se odnose na isto tako specifične predmete tih kupoprodaja analizirani su učinci u praksi

<sup>3</sup> Cuiacius, Opera omnia, Tom VIII (Paratitla in C.J. 4.48 (De periculo et commodo rei venditae).

<sup>4</sup> Usp. F. Heymann, Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht, SZ, 41, 1929; Zur Klassizität des *periculum emptoris*, ZS, 49, 1928.

<sup>5</sup> Usp. E. Betti, Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, SZ, 82/1965.

<sup>6</sup> Usp. N. Mojović, Prijelaz rizika kod kupoprodajnog ugovora. Disertacija, Sarajevo, 1988, 27-34.

<sup>7</sup> Usp. npr. E. Weiss, Institutiones des römischen Privatrechts, Stuttgart, 1949, str. 361 ("...Der Satz /*periculum emptoris*/ stellt eine arge Ungerechtigkeit dar").

<sup>8</sup> F. Schulz, Classical Roman Law, Oxford, 1951, 532-533.

<sup>9</sup> E. Jakab, Periculum und Praxis, Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein, SZ, 121/2004, 189-232.

<sup>10</sup> E. Rabel, Gefahrtragung beim Kauf, SZ, 42, 1921.

uobičajenih klauzula, kojima je rizik među strankama raspoređen ovisno o trenutku njihova ispunjenja.<sup>11</sup>

Po drugoj tezi naglašena je, naprotiv, općenitost stava i dogmatska opravdanost pravila *periculum emptoris* i njegova beziznimna prisutnost u klasičnom pravu.<sup>12</sup> Za razliku od vladajućeg mišljenja prema kojem je rješenje *periculum emptoris* iznimka od općeg načela *res perit domino*, po ovoj je tezi u njemu sa-držana njegova izravna potvrda.<sup>13</sup>

Ukratko, toliko kritiziran i opravdavan stav klasičnog rimskog prava, stoljećima predmet dugačke liste teorija i rasprava, pitanje prijelaza rizika još je intrigantna *magna quastio* i još inspirira romaniste za uvijek nanovo preispitivanje izvornog materijala.

## II. TEORIJE O POJMU *EMPTIO PERFECTA*

U jednom od šest Paulovih tekstova u naslovu *De periculo et commodo rei venditae* na izravan način, dogmatski i *ex professo* poznati klasik otkriva "ključ" kojim se definitivno i bez dvojbi utvrđuje trenutak u kojem slijedi prijelaz rizika *rei venditae* za tzv. *damnum fatale*.

"... quando perfecta sit emptio, tunc sciemus cuius periculum sit..."<sup>14</sup>

Utvrđimo li da je kupnja perfektna, tada znamo tko snosi rizik štete nastale nepredviđenom okolnošću. Od trenutka kad je predmet kupoprodaje identitetom, kakvoćom i kvantitetom precizno individualiziran, cijena poznata, a riječ je o kupnji koja je "čista", bezuvjetna - *damnum esse emptoris*. Prema Gajevu tekstu,<sup>15</sup> dapače, i kupnja *genus ad limitatem*, premda je cijena određena po jedinici mjere, također je uvjetna - dok se izvršenim mjeranjima ne utvrdi njezin konačni iznos, obveza kupca ostaje nepoznanim, kupnja je - imperfektna, a rizik snosi prodavatelj.

<sup>11</sup> E. Jakab, *Aversione venire - Verkauf in Bausch und Bogen*, Usus Antiquus Juris Romani, Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, Berlin/Heidelberg/Newyork, 2005, 109-110.

<sup>12</sup> W. Ernst, *Periculum est emptoris*, SZ, 1982, 91, 217-248; Gattungskauf und Lieferungs im romischen Recht, SZ, 114, 1997.

<sup>13</sup> W. Ernst, Neues Zur Gefahrtragung bei *emptio venditio* und *locatio conductio*, SZ, 121, 2004, str. 363-377.

<sup>14</sup> D. 18.6.8.pr.

<sup>15</sup> D. 18.1.35.

Premda su izravne i kategorične, tim uputama nisu s dogmatskog aspekta riješeni svi problemi oko definiranja pojma *emptio perfecta*, a u literaturi su zastupljena dva različita tumačenja.

## II.1. Perfektionslehre

Po široko zastupljenom konceptu,<sup>16</sup> perfekcija ugovora druga je i o zaključenju ugovora neovisna "faza" u kojoj slijedi prijelaz rizika na kupca nakon što su otpale sve prepostavke o kojima je izravno riječ u tekstovima Paula i Gaja. Premda se u realnosti trenutak zaključenja ugovora (*emptio contracta*) i trenutak prijelaza rizika u pravilu poklapaju,<sup>17</sup> ta se dva "stupnja" ugovora, kad je riječ o pitanju prijelaza rizika, moraju strogo razlučiti. Kod kupoprodaje kakva je *emptio ad aversionem*, tj. kupoprodaje "zatvorene" konkretne mase za fiksnu cijenu (*pretio uno*), doduše već trenutkom zaključenja ugovora - *emptio perfecta est* te kupac snosi rizik trenutkom zaključenja ugovora. To je slučaj i kod kupoprodaje kod kojih je identifikacija predmeta suvišna, a ugovoru nisu priključene nikakve klauzule koje je čine uvjetnom. U varijantama *emptio pondere numero mensura* trenutak prijelaza rizika nastupit će tek nakon izvršenih mjerena i postati perfektnim.

Po tumačenju dijela doktrine pojам *emptio perfecta* obuhvaća i daljnju pretpostavku.<sup>18</sup> Za prijenos rizika odlučujući je još dodatni element - tzv. dostupnost *rei venditae* da bi rizik nepredviđene propasti ili oštećenja stvari bio prenesen na kupca. To je trenutak od kojeg je kupcu omogućeno preuzimanje stvari, a do tada - *periculum est vendoris*. Drugim riječima, prodavatelj je dužan poduzeti sve što je u njegovoj moći da bi kupcu omogućio preuzimanje stvari - tzv. efektivna spremnost prodavatelja<sup>19</sup> - da bi tim dodatnim angažmanom definitivno

<sup>16</sup> E. Seckel - E. Levy, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ, 47/1927, 117-263; Jörs - Kunkel - Wenger, Das römische Recht, Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1949, str. 229; De Zulueta, The Roman Law of Sale, Oxford, 1945, str. 30; Arangio Ruis, La compravendita in diritto romano, Napoli, 1954, 25; Honsell - Mayer - Maly - Selb, Römisches Recht, Berlin, 1987, str. 309; M. Kaser, Das römische Privatrecht, I, München, 1971, 552-553; Cimmermann, The Law of Obligations, Cape Town, 1996, 284; Mojović, op. cit., 76-85.

<sup>17</sup> Kaser, RPR, I, 552.

<sup>18</sup> Seckel-Levy, op. cit., 152; Kaser, RPR, I, 552, bilj. 64.

<sup>19</sup> Usp. V. Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck, 1885, str. 218.

otklonio od sebe posljedice koje mogu nastati zbog "fatalno nastale štete". Čista apstrakcija ili "promašena ideja", ta se teorija (Abholungsgreifetheorie)<sup>20</sup> u rimskim izvorima temelji tek na jednom tekstu u kojem, kod alternativno ugovorenog predmeta kupoprodaje, prodavatelj ima *ius variandi*, pa je rizik propasti stvari prenesen na kupca tek trenutkom kad je to pravo iskoristio.<sup>21</sup> Dio doktrine tako tumači i Papinjanov tekst u Frag. Vat. 16,2.

## II.2. Bedingungstheorie

Po drugom konceptu (tzv. Bedingungstheorie) na pitanje *quando perfecta sit emptio* dan je drugačiji odgovor.<sup>22</sup> *Emptio perfecta* nije oznaka za neku posebnu "fazu" ugovora - ugovor je ili nastalo ili nije, *emptio perfecta* nije ništa drugo do pravovaljano zaključen ugovor. Kod tzv. "imperfektne" kupnje sve rizike snosi prodavatelj iz prostog razloga što do zaključenja kupoprodaje nije ni došlo. "Perfekcija" ugovora nije nikakva kvalifikacija pravnoga posla, nego tek oznaka trenutka kad je nastala mogućnost podizanja tužbi.<sup>23</sup> Zbog nedovoljno preciziranih bitnih elemenata ugovora ili neispunjena okolnosti za koje su stranke vezale nastanak ugovora na snazi je i dalje generalno pravilo *res perit domino*. U ključnom tekstu Paul se opširno osvrće na mogući rasplet situacije uvjetovane kupnje, pa već sama činjenica da se u tom osvrtu ne spominje *actio empti*, kojoj ovdje i nema mjesta, te već sama konstatacija da se *pendente condicione* isplaćena cijena može tražiti natrag ("...quod pendente condicione pretii solutum est reperetur...") sugerirana je tek mogućnost podizanja kondikcije *sine causa*.<sup>24</sup> Mimo toga, glavina Paulova predmet je komentara situacije kada je ispunjenje uvjeta izostalo. Uz to, u tekstu su *ex professo* iznesene konstatacije da u tom slučaju ni o kakvim učincima ugovora ne može biti govora, poput naizgled suvišnih objašnjenja da će sva dobit nastala u tom razdoblju pripadati (i dalje) prodavatelju ("...et fructus medii temporis vendoris sunt...") te da stvar tradirana u međuvremenu ne može biti predmetom uzukapije, kako je to slučaj s obvezama nastalim stipulacijom ili legatom *sub condicione* (*sicuti stipulatines et legata sub condicione peremuntur*).<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Ernst, Periculum, op.cit., 238-239.

<sup>21</sup> D. 18.1.34.6.

<sup>22</sup> Ernst, Periculum op.cit., 237-247; Neues über Gefahrttagung, op.cit., 373.

<sup>23</sup> Ernst, Neues, 373.

<sup>24</sup> Ernst, Periculum, op. cit., 222.

<sup>25</sup> D. 18.6.8. pr.

Opširni Paulovi komentari raspleta jedne od dviju situacija uvjetno ugovorene kupnje ipak nisu nimalo suvišni. Činjenicu da se poznati klasik pri tome poziva na autoritet još trojice prethodnika,<sup>26</sup> ranih klasika, postaje jasna zahvaljujući Gajevu tekstu, koji komentirajući učinke obveze stipulirane *pendente condicione* također spominje *veteres* ustvrđujući eksplisitno da je stav u njegovo doba drugačiji - *utroque casu alio iure utimur*.<sup>27</sup>

Ukratko, po toj tezi, u svim slučajevima u kojima je kupoprodaja označena kao "imperfektna" riječ je o uvjetno zaključenom poslu. *Si conductio defecertit - nulla est emptio.* Ne ispuni li se ugovoren suspenzivni uvjet, rizik snosi prodavatelj. Bez individualiziranog ili alternativno određenog predmeta kupoprodaje, onog koji se nalazi u tuđem posjedu, kod nepoznatog iznosa konačne cijene kod kupnje *genus ad limitatem* riječ je o još uvijek neizvjesnom činjeničnom ishodu nastanka posla. Do zaključenja posla nije ni došlo, pa je na snazi pravilo *periculum est venditoris* slijedom generalnog pravila *casum sentit dominus*.<sup>28</sup>

Iznesenim teorijama nastoji se na tragu tekstova klasika utvrditi dogmatski jedinstvena formula prema kojoj je u klasičnom pravu riješeno pitanje trenutka prijelaza rizika. U najnovijoj literaturi ponovo je akcentirana činjenica da u komentarima klasika ima malo mesta primjeni gotovih apstraktnih recepata, da su takva općenita rješenja uglavnom u disonanciju s izvornim materijalom te da se rješenje *periculum emptoris* teško može dogmatski uokviriti i s jednom od predloženih teorija o jedinstvenom ključu prijenosa rizika *rei vendita*.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Ibidem, "...quod si extiterit /conductio / Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono..."

<sup>27</sup> Gaj I. 3. 179. Gaj se poziva na autoritet Sabinusa i Cassiusa, ističući, po svemu sudeći, drugačiji stav škole prokulovaca o tom pitanju. Usp. Mojović, op. cit., str. 82. (... *Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri... sed in utroque casu alio iure utimur...*). Usp. Ernst, Periculum, 227.

<sup>28</sup> Ernst, Periculum, op. cit., 245-247.

<sup>29</sup> Jakab, Abreden op. cit., 229-231.

### III. KUPOPRODAJE SUB CONDICIONE I PRIJELAZ RIZIKA

U fokusu interesa klasika s mnogo su dobrih razloga<sup>30</sup> po mnogo čemu specifične kupoprodaje vina, jedan od najvažnijih eksportnih artikala antičkog Rima,<sup>31</sup> kojima su redovito priključene klauzule kojima je prijenos rizika odgođen za neki kasniji trenutak. Tekstovi u kojima se komentiraju pojedini modeli kupoprodaje vina čine posebnu skupinu smještenu na početku titula "*De periculo et commodo rei venditae*".<sup>32</sup> Na prodaju vina odnosi se nekoliko tekstova izvan tog naslova,<sup>33</sup> dva fragmenta reskripta A. Severa iz 222. god.<sup>34</sup> te sačuvani Papinjanov tekst u *Fragmenta Vaticana*.<sup>35</sup>

Toj skupini izvora te učincima klauzula koje su uobičajeno pridružene tim kupoprodajama u literaturi je posvećeno puno pažnje, pa su ti učinci predmetom analize svih autora koji su se bavili pitanjem prijenosa rizika *rei venditae*. Rabel je unatoč njegovu isticanu stavu da su rješenja klasika ništa drugo do čisto kazuistička rješenja te da u izvorima nema tragova nekakvog gotovog recepta po kojem se rješavalo pitanje rizika, ipak je tu skupinu izvora tretirao odvojeno od ostalih izvora, premda su neki konkretni zaključci o specifikumima prijenosa rizika kod tih kupoprodaja izostali.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> O velikoj tradiciji proizvodnje vina mnoštvo podataka nalazi se u spisima republikanskih nepravnih pisaca, a u više tekstova klasika riječ je o transakcijama većih razmjera. Gaj npr. stranku u jednom tekstu označuje kao "mercator qui emere vina et vendere solet" (D. 18.6.2. pr.), predmet ugovora u više tekstova je *vino in dollis, vino dolearum* (D. 18.6.1. pr. - 4 / D. 18.6.22. pr. /D. 18.6.16.) ili u tisućama amfora (Frag. Vaticana, 16, 1-2), ako već nije riječ o čitavoj zalihi prodavatelja (C. 4.48.2. pr.) ili prodaji čitave njegove godišnje proizvodnje. Usp. Mojović, op. cit., 91-95; Jakab, Abreden, 208; Zimmerman, op. cit., 285-286.

<sup>31</sup> Usp. M. Harder, Weinkauf und Weinprobe, Festschrift Bärmann, München, 1975, str. 17-30; J. Carcopino, Rim u razdoblju najvišeg procvata carstva, Zagreb, 1981, str. 270, te B. Frier, Roman Law and Trade of Wein, SZ, 100, 1983; D. Flach, Römische Agrargeschichte, München, 1990; O. Robinson, Ancient Rome, City Planning and Administrations, London, 1992, R. Duncan-Jones, Economy of the Roman Empire, Cambridge, 1982.

<sup>32</sup> D. 18.6.1-6, 16.

<sup>33</sup> D. 18.1.35.5 -7; D. 18.1.62; D. 19.2.33.

<sup>34</sup> C. J. 4.48. pr./1.

<sup>35</sup> Fragmenta Vaticana, Fontes iuris antieustiniani, Florentiae, 1968., str. 466. (Ex emptio et venditio, 16,1-2).

<sup>36</sup> Rabel, op. cit., 554-559.

U radu E. Jakab analizi tekstova klasika priklučeno je istraživanje mnogo-brojnih navoda nepravnih republikanskih pisaca te izvorni materijal sadržan u grčko-egipatskim papirusima u kojima su sadržani mnogi podaci o praktičnim aspektima komentiranih modela kupoprodaja te konkretni praktični aspekti klauzula *ad diem mensuram* i *ad diem degustacionem*.<sup>37</sup>

Iz komentara klasika<sup>38</sup> dade se zaključiti da *res vendita* ostaje do dalnjeg kod prodavatelja, o čemu izravno govori naglašena i opetovana konstatacija da nakon zaključenja kupoprodaje prodavatelj odgovara za kustodiju. Prijenos *periculum vis maioris* prijeći će na kupca tek kad priklučene klauzule, zbog kojih je kupnja *sub condicione* i zbog toga imperfektna, budu realizirane. Do tada - *omni periculum ad venditorem pertinet*. Ulpianovima instruktivnim i detaljnim komentarima učinaka tih klauzula,<sup>39</sup> pogotovo klauzule *ad gustum*, jedva da se u osvrta Pomponija<sup>40</sup> i Gaja moglo što dodati. Već u zaglavljku naslova Ulpijan konstatira da će kupac snositi štetu promijenjene kvalitete prodanog vina (*si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit*) samo ako je u ugovorenom roku prethodno dogovorena degustacija i izvršena; ako rok nije ugovoren, rizik pogađa prodavatelja sve dok se pitanje degustacije ne riješi - do tada kupoprodaja nije *plenissima*,<sup>41</sup> *quasi sub condicione est* te i imperfektna.<sup>42</sup> Ulpijan komentira situacije kad su stranke ugovorile rok i kada to nisu učinile, kad ugovoren rok nije iskorišten zbog propusta jedne ili druge stranke te kad će se, u tom slučaju, smatrati da je proba ipak izvršena (*vino pro degustato erunt*), postavlja pitanje koliko dugo je, kod neugovorena roka, prodavatelj dužan čekati na odluku kupca<sup>43</sup> itd. Konačno, tu je Ulpijanova opaska da je teško prepostaviti da netko kupi, a da prethodno ne proba - *difficile autem est, ut quisdam emat ut ne degustat*<sup>44</sup> - kao i to da činjenica da je kupac označio posude s kupljenim vinom nije ni od kakva značenja za prijelaz rizika - sve dok nije poznat ishod izvršene degustacije, rizik snosi prodavatelj.<sup>45</sup>

<sup>37</sup> Jakab, Abreden, op. cit., 189-232.

<sup>38</sup> Usp. D.18.6.1.pr.; D.18.1.34.5.; D.18.6.16.; D.18.6.4. pr; D.18.6.4.1.; D.18.6.1.1.; D.18.6.1.3.; D.18.6.5.; D.18.6.2.1.; D.18.6.3.; D.18.6.4.1.; D.18.1.35.5.; D.18.6.4.1.

<sup>39</sup> D. 18.6.1.pr / D. 18.6.4.pr/ D. 18.6.4.1-2.

<sup>40</sup> D. 18.6.6./ D.18.6.16.

<sup>41</sup> D.18.6.1.pr.

<sup>42</sup> D.18.6.4.pr.

<sup>43</sup> D. 18.6.4.1-2.

<sup>44</sup> D.18.6.4.1.

<sup>45</sup> D. 18.6.1.pr.

Unatoč tim eksplisitnim tekstovima, konkretna pitanja vezana za izvršenje te klauzule ostaju u tekstovima klasika otvorena. Usredotočeni na pravni aspekt, za pitanja svakodnevne prakse u njihovim tekstovima nema mjesta već i zbog toga što je riječ o praksi dobro poznatoj, uobičajenoj i stoljećima prakticiranoj. U formularima Katona sadržani su podaci koji govore o sofisticiranoj tehnologiji uskladištenja, precizne upute o prvoj, kratkoročnoj degustaciji<sup>46</sup> te savjet da se konačna degustacija izvrši koncem siječnja kada je završen proces sazrijevanja vina, savjeti o provjeri kvalitete, potrebnim intervencijama kada je kvaliteta vina dovedena u pitanje i sl.,<sup>47</sup> što sve zajedno govori o stoljećima prakticiranoj tradiciji proizvodnje i prodaje vina koje prije transporta i preuzimanja još mjesecima ostaje kod prodavatelja. Sudeći po Katonovu izvješću da će, u slučaju negativnog ishoda degustacije izvršene u roku tri dana nakon

<sup>46</sup> Cato, *De agri cultura*, 148: "Vino in doliis hoc modo venire oportet. Vino in culleos singulos quadragena et singula urnae dabuntur. Quod neque aceat neque muceat, id dabitur. In triduo proximo viri boni arbitratu degustato. Si non fecerit, vinum pro degustato erit ... Vinum accipito ante K.Ian. primas." Taj se Katonov tekst različito tumačio. Prema mišljenju M. Hardera, prodavatelj treba kupcu garantirati da mu neće biti prodano *quod aceat et muceat*, u što se kupac treba uvjeriti unutar tri dana nakon zaključenja ugovora. Ne učini li to, vino se smatra isprobanim (op.cit., str. 23). Jakab predlaže drugo tumačenje. Prodavatelj nudi na probu svoj godišnji proizvod, daleko od svog dobra, na nekom centralnom tržištu (*portus vinarium*). Kupljeno vino će do sazrijevanja, mjesecima kasnije, po savjetu Katona do konca siječnja, biti uskladišteno kod njega, a proba unutar tri dana tek je "početna" i odnosi se na jednu od više proba, koje će kupac ili njegov agent izvršiti "na licu mjeseta". Riječ je o ponudi i početnoj, prvoj garanciji za kvalitetu vina (*acuor et mucuor*) do završetka procesa sazrijevanja vina i druge konačne degustacije (Abreden, 297-208). Po Mojoviću, riječi Katona da se vino smatra probanim ako se to ne učini unutar tri dana od zaključenja ugovora treba shvatiti kao upozorenje kupcu da se izlaže dodanom riziku ako na tome ne inzistira te da u tom smislu treba tumačiti Ulpijanov tekst D.18.6.1. kojim "se pledira" za provođenje Katonovih savjeta. Usp. Mojović, op. cit., str. 111, te Seckel-Levy, op. cit., str. 210.

<sup>47</sup> Katon, kao i ostala trojica nepravnih republikanskih pisaca (Varon, Kolmela i Plinije Ml.), daju brojne savjete prodavatelju kako provjeriti i sačuvati kvalitetu vina te kako reagirati na "uznemirujuće" simptome. Katon daje upute što učiniti kad se želi saznati je li vino "razblaženo" vodom ("Si voles scire in vinum aqua addita sit"- Cato, 111), što učiniti i kako utvrditi hoće li kvaliteta isprobanih ostati trajnom (*Vinum se voles experiri duraturum sit - Cato, 108*) te savjetuje da pouzdane rezultate što se kvaliteti tiče ne treba očekivati prije prve fermentacije i isteka 30 dana (*Post dies XXX dolium oblinito - Cato, 105*) i tome slično. Vidi komentar u: Jakab, Abreden, op. cit., str. 206-216, te usporedbu sa sličnim podacima sadržanim u grčko-egipatskim papirusima, str. 201-205.

zaključenja ugovora, odluku donijeti *boni viri*<sup>48</sup> te da će se, propusti li kupac taj rok - vino smatrati probanim (*vino per degustato erit*), klauzula degustacije nije tek subjektivno koncipiran potestativni uvjet, kakav je *pactum displicentiae*, kod kojeg je odluka rezultat posve subjektivne procjene kupca i kod kojeg je pozicija prodavatelja posve neizvjesna, već da je prije riječ o prodavateljevoj garanciji kvalitete, njegov *dictum*.<sup>49</sup>

Konstatacija *donec admetiatur, omne periculum vendoris est* ponavlja se u više tekstova Ulpijana, Gaja, Paula. Po mišljenju Ulpijana, i kada je kupljene posude kupac već označio - *periculum esse vendoris*, ali iznosi i drugačija mišljenja.<sup>50</sup> Da o tome rani klasici, pripadnici dviju škola, nisu bili složni, izvještava i Gaj, koji iznosi stav sabinske škole i stav *veteres* - Sabina i Kasija - po kojima se perfektnom smatrala kupnja tek nakon izvršenog mjerjenja - "...*perfici emptionem exstimatorum, cum adnumerata adpensave sint...*" , a kupnja je *sub condicione* sve dok se putem mjerjenja ne dođe do konačnog iznosa cijene, određene po jedinici mjere, i tako precizno definira obveza kupca.<sup>51</sup> Ukratko, tek je činom mjerjenja *res vendita* izdvojena iz mase, a količina koja je predmet ugovora točno definirana. Konačno, predmet posla nije onoliko koliko je ugovoren, nego koliko će konkretno biti izmjereno. Sam čin mjerjenja,<sup>52</sup> kako obavještava Katon, odvijao

<sup>48</sup> Po mišljenju Jakaba (op. cit., str. 210), *boni viri arbitratu* znači samo to da će kupac kod probe postupati kao *vir bonus*, da je procjena kupca zapravo objektivizirana te da se samo ako se unutar toga roka ne utvrdi promjena kvalitete (*neque aceat neque muceat*) kupac može povući. O "objektiviziranosti" zaključne degustacije drugačije Ernst, Neues, op. cit.

<sup>49</sup> Katonov tekst upućuje na to da se *dictum* prodavatelja odnosi na vrijeme definitivne adnumeracije, koje može biti i mjesecima udaljeno od časa zaključenja ugovora, a u tom je smislu i značenje Ulpijanova teksta D.18.6.1. pr. - "*Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit*". Do tog trenutka za navedene promjene kvalitete - *vendoris prae-stare debet!* Usp. Jakab, Abreden, op. cit., str. 211-215.

<sup>50</sup> D.18.6.1. pr. (... *signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicimus adhuc periculum esse vendoris, nisi si aliud convenit.*). Tako glasi, za razliku od Trebatija, i mišljenje Labeona, koje Ulpijan podržava (D.18.6.1.2.), a ta se konstatacija odnosi jednako na klauzulu *ad gustum*. Usp. D.18.6.1. pr. /D.18.6.1.1/D.18.6.1.2.

<sup>51</sup> D.18.1.35.1.

<sup>52</sup> Cato, *De agri cult.* 148, savjetuje prodavatelja da kod mjerjenja ne bude škrte da na svaki *culleos* doda kupcu jednu urnu na ime gubitka kod mjerjenja (...*Vini in culleos singulos quadragena et singulae urnae dabuntur*), a i Varon daje sličan savjet (... *itaque cum in dolium aut culleum vinum - prima urna additadicunt...*) - Varon de lingua latina, V.36, 9. RE, IV, 2, str. 1746 - 7 *culleus* - mijeh volumena 524,2 litre u veletrgovini vina, koja obuhvaća sadržaj 40 *urnae*, svaka po oko 13 litara. *Dolia vini* obuhvaćale su najmanje jedan *culleus*. Usp. RE, IV, 2, str. 1746-1747; Jakab, Abreden, str. 220.

se po određenoj proceduri i prepostavlja je uključenje više sudionika te sa-državao u sebi elemente solemniteta: *Si emptor postularit, dominus ius iurandum dabit verum fecisse* - nakon mjerjenja, na zahtjev kupca prodavatelj je dužan položiti zakletvu da je točno mjerio,<sup>53</sup> piše Katon stoljećima prije. Za kompli-ciran koliko i uhodan čin mjerjenja bio je vezan stanoviti publicitet, pogotovu kad je bila riječ o velikim količinama<sup>54</sup> koje se spominju u izvorima, pa je od tog "prepoznatljivog", više-manje svečanog trenutka *casus fortuitus* definirane količine prelazio na kupca.

Sintagma *omni periculum*, koja se u ovim izvorima opetovano javlja, različito se interpretira u literaturi. Tumačenje da je riječ o riziku štete nastale i višom silom i slučajem<sup>55</sup> nije u skladu s izvorima: u više njih opetovano se naglašava da nakon prijelaza rizika na kupca prodavatelj odgovara samo za štetu nastalu zbog svojih propusta obuhvaćenih pojmom *custodia*. Stoga, ako nakon izvršene degustacije prodavatelj odgovara za sve kasnije nastale promjene kvalitete (*periculum qualitatis*), a nakon izvršenog mjerjenja za sve promjene količine *rei venditae*, onda je tom sintagmom označen prijenos rizika za kasnije nastale promjene i kvalitete i količine *rei venditae* - *periculum qualitatis* i *periculum quantitatis*.<sup>56</sup> Ako kod kupnje *numero, pondere, mensura* stranke nisu uključile nijednu od tih klauzula, riječ je o kupnji *ad aversionem* na koju se Ulpijan tek usputno osvrće.<sup>57</sup> Ta je kupnja samim zaključenjem perfektna te i samim zaključenjem *omni periculum ad emptorem pertinet*.

Na temelju komentiranih klauzula može se zaključiti sljedeće. Prvo, i jedna i druga klauzula bile se uobičajene, izrijekom ugovarane.<sup>58</sup> *Difficile autem est,*

<sup>53</sup> Cato, *De agri cult.* 148 (...*Si emptor postularit, dominus ius iurandum dabit verum fecisse...*).

<sup>54</sup> RE, IV, 2, 1747.

<sup>55</sup> Po mišljenju zastupnika teze da je u klasičnom pravu važilo načelo *periculum est vendoris*, ta je sintagma interpolacija, a njome je označen *periculum acoris et mucoris*. Usp. M. Konstantinović, Prilog teoriji rizika u rimskom klasičnom pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 37, 1924. Po tumačenju Seckel-Levy (op. cit., str. 193), do trenutka adnumeracije prodavatelj odgovara i za *vis maior* i za *custodia* kad se radi o šteti nastaloj *acoris et mucoris*, što je označeno sintagmom *omni periculum*. To je tumačenje u kontradikciji s jasnim konstatacija klasika da je od trenutka perfekcije ugovora odgovornost za tu štetu jasno razlučena među strankama. Suprotno tom tumačenju, Mojović smatra da je tom sintagmom pojmom *periculum* jasno i naglašeno odvojen od pojma *custodia* (op. cit., str. 109).

<sup>56</sup> Jakab, Aversionem venire, op.cit., str. 87-110/Abreden, op.cit., str. 109-110.

<sup>57</sup> D.18.6.4.1.-2.

<sup>58</sup> Pitanje je li se klauzula *ad gustum* u tim prodajama podrazumijevala ili se trebala izričito ugovoriti ostaje otvorenom, premda u izvorima nema naznaka o učincima *tacita conventio*.

*ut quidam emat ut ne degustat* konstatacija je Ulpijana, pa je već ta konstatacija dovoljna za zaključak da je praksa da se količinski stvar procjenjuje "od oka" posve rijetka. Tim su klauzulama stranke precizirale vrstu i vrijeme prijenosa rizika na kupca pa je bez njihova uključenja riječ o modelu *emptio ad aversionem* značenje kojeg je u praksi zanemarivo.<sup>59</sup> Stoga slijedi zaključak da je i prostor primjene pravila *periculum emptoris* trenutkom zaključenja isto tako više-manje teoretski te da je slijedom koncepta o perfekciji ugovora kod prodaja *numero pondere mensura* primjena tog pravila iznimna i rijetka, pa se i pitanje prijenosa rizika rješavalo uglavnom kazuistički.<sup>60</sup> Međutim, iz aspekta tzv. uvjetne teorije zaključak je upravo suprotan - ako ugovor nije ni nastao prije ispunjenja komentiranih klauzula, tada i prijenos rizika slijedi trenutkom zaključenja posla, pa pravilo *periculum emptoris* važi beziznimno i kod svih generičkih kupoprodaja.<sup>61</sup>

Na temelju komentiranih kupoprodaja s redovito uvrštenim klauzulama može se zaključiti da se pojam *emptio perfecta* dogmatski teško i bez zadrške može uokviriti s aspekta jednog ili dugog u doktrini zastupljenog koncepta. Iz analiza učinaka tih dviju klauzula kojima se pomiče trenutak prijelaza rizika slijedi zaključak da su stranke točno precizirale kakav će rizik i u kojem trenutku prijeći na kupca. Međutim, premda primjena pravila *periculum emptoris* trenutkom zaključenja ugovora slijedi samo u praksi iznimnim *species* prodajama, kakva je, odlukom stranaka, i kupnja *ad aversionem*, time samo načelo nije dovedeno u pitanje. Naprotiv, njihovim uvrštenjem prijenos rizika na kupca premješten je na točno definirani trenutak koji nije vezan za trenutak zaključenja ugovora, ali ni za trenutak njegova izvršenja. Čin mjerjenja ne mora simultano uslijediti s preuzimanjem i transportom *rei venditae*, pa trenutak tradicije stvari

Po Kaseru, ta se klauzula kod prodaja vina *in dollis* nije morala izričito ugovorati, ali se pravo na degustaciju kod prodaja *vinum amphoriarum* moralo izrijekom pridržati (op.cit., 553). Suprotno, Jakab, Abreden, 215, bilj. 117. Usp. Harder, op. cit., 19-26; Cimmermann, op.cit., 285-286.

<sup>59</sup> D.18.6.4.1-2. U svom usputnom osvrtu na specifični model kupoprodaje *per aversionem* Ulpijan kratko konstatira: *custodia tantum praestanda est*. Ugovoru nisu dodane nikakve klauzule, stvar je individualizirana a cijena određena u fiksnom iznosu pa *periculum emptoris est* već trenutkom zaključenja ugovora (kupoprodaja paušalno određene mase za fiksno određenu cijenu - kupoprodaja *Bausch und Boden* - ABGB § 930). Usp. Jakab, *Aversionem venire*, op.cit., str. 88-89; Mojović, op. cit., str. 97.

<sup>60</sup> Jakab, Abreden, 191, 231.

<sup>61</sup> Ernst, Gattungskauf, op. cit., 334-335.

nije ni od kakvog značenja za prijenos rizika. Stoga, upravo u tim specifičnim kupoprodajama, kojima su klasični posvetili najviše pozornosti, stav klasičnog rimskog prava dosljedno je i jasno izražen.

#### IV. PAPINIJAN, FRAGM. VATICANA,16. 1./2., I PITANJE PRIJELAZA RIZIKA

U spornom i mnogo diskutiranom Papinijanovu tekstu u Frag. Vaticana 16,1/2., zanimljivom već i zbog činjenice što nije mogao biti predmetom eventualnih intervencija kompilatora, ali i zbog kontroverznih konstatacija, koje su, barem doslovno promatrane, u izravnoj opreći s općenitim premisama o rješenju pitanja rizika

"*Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis inpletam id evenerit.*"<sup>62</sup>

glasí iznenadujuća Papinijanova konstatacija. Kupac će snositi rizik pogoršanja stvari (*vino mutato*) svejedno je li već isplatio cijenu ili je riječ o uvjetnoj kupnji.

Prema jednom od predloženih tumačenja toga teksta u tek škrto skiciranom činjeničnom stanju može biti riječ samo o situaciju u kojoj rizik oštećenja stvari nastao *pendente condicione* snosi kupac budući da se uvjet ispunio.<sup>63</sup> To nadalje znači da kod totalne propasti stvari višom silom - kupoprodaja nije nastala. *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*,<sup>64</sup> pa će rizik propasti snositi prodavatelj u smislu pravila *casum sentit dominus*. Ako je pak zbog više sile

<sup>62</sup> Fragm. Vat. Pap.16,1. Prema Ernstu, *Periculum est emptoris* (op. cit., 220-225 ), u Papinijanovom rješenju izravno je izražen stav klasičnog prava - *periculum vis maioris*, kad je u pitanju promjena tek kvalitete *rei venditae* (*vino mutato*), snosi kupac, stvar fizički i dalje egzistira, uvjet je ispunjen, pa kad je šteta nastala prije ispunjenja uvjeta, *pendente condicione*, kupac mora platiti punu cijenu (str. 220). Prema tom tumačenju teksta D.18.6.8.pr., Paul se ograničava na slučaj kad je cijena već isplaćena, a iz konstatacije da koristi nastale *pendente condicione* pripadaju prodavatelju slijedi zaključak da do zaključenja ugovora nije ni došlo. Djelomična propast stvari ne sprječava zaključenje ugovora i zato je rizik na kupcu. Papinijanovim riječima *quamvis ante condicionem impletam ustvrđeno je da kada je prodaja postala čista, bezuvjetna, rizik pogoršanja kvalitete stvari ide na teret kupca*. U tom smislu Mojović, op.cit., str. 94.

<sup>63</sup> Ernst, op. cit., 228; Mojović, op. cit., 93.

<sup>64</sup> D.18.1.8.pr.

došlo samo do pogoršanja stvari te predmet kupoprodaje nije uništen, premda je druge kvalitete od one koja je ugovorena, kupoprodaja je na snazi pa je i Papinjanova konstatacija logična - kupac će snositi posljedice *pendente condicione* nastale štete. Premda oštećen, ako je predmet individualiziran (ako je to još moguće), kupoprodaja je perfektna te je i Papinjanova konstatacija dogmatski dosljedna: *periculum emptorem spectat*. Prema tom tumačenju Papinjanov je tekst zapravo jedini izvor koji sadržava odgovor na pitanje, zaobiđeno u izvorima, o tome koja će od stranaka snositi rizik ako je zbog više sile došlo do oštećenja *rei venditae*.<sup>65</sup>

Suprotno od tog tumačenja, Papinjanova konstatacija smatra se kontroverznom i u očitom neslaganju s ostalim izvornim materijalom,<sup>66</sup> osim ako Papinjan nije imao u vidu kupnju *ad aversionem* u kojoj zaključenjem ugovora rizik prelazi na kupca i kod koje nema uključenih nikakvih klauzula. Međutim, kod te vrste kupnje nema nikakvih uvjeta niti bilo kojih drugih smetnji za perfekciju kupnje, pa pitanje zašto bi u tom slučaju uopće bilo govora o učincima *sub condicionem* ostaje ipak otvorenim.

Kod drugog dijela Papinjanova do krajnosti sažetog fragmenta nema dilema oko modela kupoprodaje o kojem je u tekstu riječ:

*“Quod si mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit.”<sup>67</sup>*

Kupac ne snosi rizik budući da ugovor nije perfektan sve dok predmet kupoprodaje (*mille amphoras*), što je dio veće cjeline, ne bude iz nje izdvojen, premda je cijena paušalno određena (*uno praetio*). Do izdvajanja ugovorene količine iz prodavateljeve zalihe stvar nije individualizirana - riječ je o *emptio ad limitatem*, kupoprodaja nije perfektna te rizik snosi prodavatelj. U ovom je Papinjanovu tekstu činjenično stanje dovoljno jasno - riječ je o prodaji *ad limitatem*, pa sintagma *corpore non demonstrato* znači da individualizacija nije izvršena. Stoga - *nullum emptoris interea periculum erit*.

U reskriptu A. Severa iz 223. god.<sup>68</sup> razlučene su jasno obje situacije kojima se različito objašnjava model kupoprodaje u spornom Papinjanovu tekstu. U principijumu reskripta riječ je o prodaji *ad limitatem* - tisuću amfora *certo pretio*

<sup>65</sup> Ernst, Periculum, op. cit., 220.

<sup>66</sup> Seckel - Levy, op. cit., str.164.

<sup>67</sup> Frag.Vat.16,2.

<sup>68</sup> C. J. 4,48,2,pr./1.

pa do njihova izdvajanja iz prodavateljeve zalihe rizik snosi prodavatelj, sukladno rješenju u drugoj rečenici Papinjanova teksta. U prvom fragmentu pak komentirala se kupnja *ad aversionem* - prodaja cjelokupne zalihe (*universam quid in horreis erat sine mensura*,<sup>69</sup> pa je predajom ključa skladišta *res vendita* individualizirana, a rizik je prešao na kupca. Doduše, u činu predaje ključeva može se raspoznati simbolična tradicija, premda je za prijenos rizika odlučujuća u ovom slučaju *en block* specifikacija, a ne tradicija stvari.<sup>70</sup>

Kod Papinjanova prvog teksta (*vino mutato*) riječ je o promjeni kvalitete, ali možebitno čak i samog identiteta stvari. Prodavatelj je, kad je u pitanju navedeni primjer, ispunio samo djelomično svoju obvezu - iz aspekta perfekcije kupnje i ključnih Paulovih pretpostavki - “*quantum*” je tu, možebitno i “*quod*”, ali ne i “*quelle*”,<sup>71</sup> budući da je kupac ugovorio nešto drugo od onoga na što je stvar “*svedena*” nakon oštećenja, pa tako i to tumačenje Papinjanova teksta iz kojeg se ne nazire cjelovito činjenično stanje ostaje upitnim. Komentirana nevažnost akta isplate cijene za prijenos rizika nije doduše sporna,<sup>72</sup> ali upravo njezino izjednačavanje s učincima nastalim *pendente condicione* govori u prilog pretpostavci da je riječ o konkretnom kazusu kojim se Papinjan pozabavio, ali kod kojeg je, zbog uskraćena cjelovita uvida u činjenično stanje, ostavljeni mjesto samo hipotetičnim zaključcima.

Iz drugog Papinjanova teksta, premda je jasno da predmet kupoprodaje nije izdvojen iz prodavateljeve zalihe pa zbog toga rizik snosi prodavatelj (*nullum emptoris periculum erit*), u literaturi je sporno kako treba shvatiti sintagmu *corpore non demonstrando*. Po jednom, širem tumačenju koncepta *emptio perfecta* nije riječi o izostaloj individualizaciji,<sup>73</sup> ali kupnja (ipak) nije perfektna sve do trenutka dok prodavatelj nije uklonio sve prepreke i učinio sve što je u njegovoj moći da stvar bude dostupna kupcu.<sup>74</sup> Tom se tumačenju i tako široko shvaćenom pojmu *emptio perfecta*<sup>75</sup> iz aspekta životne prakse ne može prigovoriti nedostatak logičnosti, ali barem što se Papinjanova teksta tiče, u njemu nema naznaka na koje bi se oslanjalo takvo tumačenje.

<sup>69</sup> C. J. 4, 48,4,1.

<sup>70</sup> Mojović, op. cit., 94-95.

<sup>71</sup> D.18.6.8.pr.

<sup>72</sup> Mojović, op. cit., 95.

<sup>73</sup> Puntschart, op. cit., 215-228; Seckel-Levy, op. cit., 152.

<sup>74</sup> Suprotno Ernst, Periculum, op. cit., str. 221-222.

<sup>75</sup> Usp. Kaser, RPR, I, 556.

## V. CUSTODIAM VENDOR PRAESTARE DEBET

Trenutkom perfekcije ugovora odgovornost za štetu nastalu nepredviđenim događajem jasno je razlučena - prodavatelj odgovara za *custodia* te je oslobođen odgovornosti za štetu nastalu višom silom "...fatale damnum vel vis magna sit exucasatum".<sup>76</sup> *Perculum vis maioris* od tog trenutka tereti kupca. Iz tih je konstatacija jasno da je riječ o kupoprodaji kod koje je tradicija kupljene stvari odgođena za kasniji termin, kad će rizik "fatalno nastale štete" biti prebačen na kupca. Teško odvojive efemerne granice između *vis maior* i *casus minor* ostale su, u rješenjima kazuistički orijentiranih klasika, nedirnute. Dapače, u uvodnom tekstu naslova *De periculo* ni Ulpian se očito u razdvajanju tih granica "ne snalazi" u tom pitanju ili mu se barem može pripisati nedosljednost,<sup>77</sup> pa njegovo rješenje nije u skladu ni s ostalim izvorima te ni s njegovom poznatom definicijom više sile kao štete nastale od okolnosti "...quam nullum humanum consilium providere potest...".<sup>78</sup> Vjerni kazuističkom pristupu na tom su skliskom terenu klasici njima svojstvenom opreznošću izbjegavali dogmatska uopćivanja, pa u izvorima nema čak ni jasno izraženog razlikovanja između pojmove rizika i pojma odgovornosti.

I u literaturi se mnogobrojni pokušaji diferenciranja i dogmatskog razdvajanja pojmove *periculum*,<sup>79</sup> *vis maioris* i *custodia* uglavnom svode na konstatacije da

<sup>76</sup> D.18.6.2.1.

<sup>77</sup> D.18.6.1.pr.: "Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa..." U tekstu je izjednačena šteta nastala višom silom (*acor et mucor*) i ona za koju do trenutka perfekcije ugovora (*tunc /venditio/ plenissime veneat*) odgovara prodavatelj te se ustvrđuje da i za jednu i za drugu - *emptoris esse damnum*. Usp. Mac Cormack, op. cit., 182-184.

<sup>78</sup> D.50.8.2.7.

<sup>79</sup> O višežnatnosti pojma *periculum* i postavljanju granica između pojmove *vis maior* i *casus minoris* pisano je mnogo. Beznadnost dogmatskog razgraničavanja i problematičnost te zadaće potvrđuje široko polje i nedosljednost primjene tih pojmove u izvorima rimskog klasičnog prava pa se u kazuističkim okvirima utvrđivanje granice između apstraktnih pojmove *periculum vis maioris* i *periculum custodiae* pokazuje kao pokušaj unaprijed osuđen na neuspjeh. I jedan i drugi pojmovi tek u konkretnom slučaju, u konkretnom ugovoru ili drugom privatopravnom odnosu dobivaju svoju kvalifikaciju. Autorima koji se nalaze na dugoj listi literature o prijelazu rizika kod kupoprodaje i ostalih ugovora zajednički su različit pristup i različiti rezultati "dešifriranja" tih pojmove, pa se njihovo konkretno značenje može konzistentno odrediti samo u konkretnom kazuističkom kontekstu. Usp. npr. Rabel, op. cit., str. 554; Kaser, op. cit., str. 552; Harder, op. cit.; Ernst, Pericu-

je riječ o spletu subjektivnih i objektivnih okolnosti koji se mora tumačiti "od slučaja do slučaja", a pokušaji njihova definiranja i dogmatskog određenja brojni su koliko i upitni. Složeni i višežnatni pojmovi *periculum* i *custodia* koji odolijevaju svim pokušajima definiranja svode se za stranku koja je njima pogodjena na "mogućnost gubitka" - fizičkog (kod propasti stvari) ili "financijskog" kad je stvar samo oštećena,<sup>80</sup> pa se pitanje podjele rizika između stranaka dođe li do jedne i druge vrste gubitka rješava procjenom konkretnih okolnosti.

Prema iznesenoj tezi (Jakab), rješenja problema rizika, barem kod kupoprodaje vina, daju se razlučiti u dvije dominantne grupe - rizik za kvalitetu koji kupac preuzima nakon (u praksi uobičajene, ali izričito ugovarane) degustacije i rizik za količinu koji na kupca prelazi *ad dies mensuram*, nakon definitivnog mjerjenja *rei venditae*.<sup>81</sup> Nakon toga - *omni periculum ad emptorem spectat*. Time je doduše jasno i nedvojbeno određen trenutak te i takve prodavateljeve odgovornosti, ali je time i krug zatvoren - ta će se odgovornost morati "diagnosticirati" od slučaja do slučaja.

U izvorima doduše nalazimo Paulova izravna objašnjenja pojma *custodia*:

"Custodiam autem vendor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentia praestat exactorem, quam uin suis rebus adhiberet."<sup>82</sup>

Konstatacijom da se *res vendita* kod prodavatelja od trenutka nastanka *emptio perfecta* nalazi "kao da je posuđena" te da je njegova odgovornost *pro futuro* određena kao *diligentia exacta*, ne određuje se čak ni dovoljno dosljedno vrsta odgovornosti. Paulova *diligentia exacta* ne može dakako označivati *culpa in rem suam*, već prije *diligentia extissima* kad se već prodavateljeva pozicija izjednačuje s onom komodatara. Mimo tzv. klasičnih okolnosti koje se jasno definiraju kao viša sila - (*vis divina, vis naturalis*), tj. one *qui resisti non potest*, u komentiranim slučajevima prodaje vina, kao šteta, nastajanje koje se tretira kao nepredviđena okolnost, karakteristične su promjene kvalitete u procesu sazrijevanja vina (*acor i mucor*) pa je za nastanak tih promjena, nastalih nakon izvršene degustacije, prodavatelj oslobođen odgovornosti. Međutim, njegova odgovornost "samo" za kustodiju mjesecima uskladištene *res vendita* podrazumijeva njegov itekako dugotrajni aktivni i stručni angažman. Velika tradicija umijeća proizvodnje

lum op. cit., 217; Jakab, Abreden, op. cit., 193-194; MacCormack, op. cit., str. 129-172; Mojović, op. cit., 40-58.

<sup>80</sup> MacCormack, op. cit., str. 169, 182.

<sup>81</sup> Jakab, Aversionem venire, op. cit., 109-110; Abreden, op. cit., str. 199.

<sup>82</sup> D.18.6.3.

vina o kojoj govori Katon i ostali nepravni republikanski pisci ne ostavljaju mesta sumnji da je pod pojmom *custodia* u komentiranim kupoprodajama vina obuhvaćena najveća pozornost prodavatelja kod kojeg se stvar nalazi "kao da mu je posuđena". Do završetka procesa sazrijevanja vina, po savjetu Katona tek koncem siječnja,<sup>83</sup> prodavateljevom kustodijom obuhvaćen je svaki i najmanji propust u komplikiranoj tehnologiji pravilnog dugotrajnog uskladištenja vina - stalnu kontrolu, pravovremene reakcije na svaki eventualni simptom koje upućuju na to da se stvari ne odvijaju u dobrom smjeru, pa se u djelima republikanskih pisaca,<sup>84</sup> iskusnih privrednika i znalaca u umijeću proizvođenja vina nudi čitav popis recepta,<sup>85</sup> isprobanih intervencija te pravila koja su se morala poštovati i koja spadaju u mjere očuvanja kvalitete uskladištenog vina, pa će kupca teretiti tek one promjene kvalitete nastale unatoč svim prodavateljevim preuzetim mjerama da to sprijeći. Također, na prodavateljevu dušu išla su i sva smanjenja količine nastala zbog njegova nemara do kojih je došlo nakon, po uobičajenim pravilima, izvršenih mjerena te je on taj koji je bio legitimiran na *actio furti*.<sup>86</sup>

Kod ostalih generičkih stvari (*non solum vinum, etiam oleum vel frumentum vel his similia*<sup>87</sup>) pojam kustodije podrazumijeva drugačije "aktivnosti" prodavatelja da bi njegovo ponašanje bilo kvalificirano kao *diligentia exactissima*, čime bi šteta nastala, unatoč toj "najvećoj pažnji", išla na račun kupca. Na račun kupca išla je npr. šteta kupljenih posjećenih (individualiziranih) i na cestu ostavljenih greda, glasi odluka kurulskih edila,<sup>88</sup> budući da, kako se može prepostaviti, prodavateljeva kustodija nije mogla, prema njihovoј procjeni, značiti i dulje uskladištenje u prostoru prodavatelja. Kontroverzno i intrigantno rješenje

<sup>83</sup> Vidi bilješku 46.

<sup>84</sup> Usp. komentar Jakab, Abreden, op. cit., str. 206-209, 216-217.

<sup>85</sup> Usp. Kolumela, *De re rustica, Liber duodecimus, XVIII (Quae vindemiae praeparanda sunt)*, 1-7.

<sup>86</sup> Odgovornost za štetu nastalu kradom spada u sferu odgovornosti prodavatelja do časa predaje stvari - *custodia ante traditionem* - premda ni tu nema potpune dosljednosti u izvorima. Klasici nisu složni u pitanju treba li samo obilježivanje predmeta kupoprodaje, tzv. *signatio*, shvatiti kao simboličnu tradiciju ili tek pukom individualizacijom stvari. Usp.D.18.6.1.2. te D.47.2.14.pr.

D.18.1.35.5.

<sup>87</sup> D.18.1.35.5.14. D.18.6.13. Iz ovog se izvora ne može sa sigurnošću razabrati razlog odluke kurulskih edila - jesu li odnosni predmeti tradirani ili tek individualizirani te je li riječ o zakašnjenju neke od stranaka ili pak o nepoštovanju neke odredbe javnog reda. Usp. mišljenje Mojovića, op. cit., str. 71, bilješka 44.

Afrikana<sup>89</sup> po kojem je štetu nakon zaključenja ugovora nastalu tzv. publikacijom snosio prodavatelj - rješenje na koje se poglavito oslanjaju predstavnici teorije *periculum est vendoris* - daje mogućnost različitih interpretacija, a povezano je s dvojbenim tumačenjem pojma *publicatio*, pa ako je konfiskacija (kakvo je jedno od tumačenja tog pojma) koja je uslijedila nakon zaključenja ugovora posljedica (sugerirane) krivnje prodavatelja, kupac je, dakako, imao pravo tražiti povrat isplaćene cijene.<sup>90</sup> Napor da se dogmatski ubliče i pojmovno razgraniči pojmovi više sile i slučaja ostaju i u modernom pravu uglavnom s polovičnim rezultatom, a unatoč nekim komentiranim pokušajima rimske pravnike, to se pitanje rješavalo na konkretnim situacijama, pa se kazuizam ponajprije ogleda upravo u konkretnoj kvalifikaciji okolnosti nastanka štete. Već prema konkretnom slučaju, od trenutka perfekcije kupnje događaj koji će biti kvalificiran kao *vis magna* teretit će kupca, u suprotnom - *custodiam vendoris praestare debet*.

## VI. ZAKLJUČNE NAPOMENE

1. Pitanja porijekla, oportuniteti te prisutnosti pravila *periculum emptoris* u klasičnom rimskom pravu još inspiriraju znanstvenike na uvijek nova preispitivanja izvornog materijala. Mnogobrojnim teorijama i raspravama u recentnoj literaturi pridružena je teza prema kojoj se, za razliku od vladajućeg mišljenja, pitanje prijelaza rizika *rei venditae* u klasičnom pravu nije rješavalo po gotovom receptu *emptione perfecta periculum recipiet*, već su stranke uključivanjem i kombiniranjem određenih klauzula određivale trenutak perfekcije ugovora te i prijelaz rizika. Ukratko, u praksi se to pitanje rješavano kazuistički, pogotovu kad je bila riječ o značajnijim poslovima<sup>91</sup> (poput kupoprodaja nekretnina, robova, vleprodaja vina). Novim tumačenjem sintagme *omni periculum* na kupca će, vremenski odvojenim ispunjenjem tih klauzula, biti prenesen, ovisno o kojoj je klauzuli riječ, *periculum qualitatis* ili *periculum quantitatis* ili *omni periculum*, tj.

<sup>89</sup> Afrikanov tekst D.19.2.33. predmet je mnogih rasprava o rješenju prijelaza rizika kod najma i kupoprodaje, a pojam *publicatio* različito se tumači. Usp. rasprave M. Kasera, *Periculum locatoris*, SZ 74/1957/, H. Ankum, African, D.19.2.33:Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder oderverkauften Grudstückcs, SZ, 97/1980.

<sup>90</sup> Usp. Mojović, op. cit., str. 29-33.

<sup>91</sup> Jakab, Abreden, op. cit., 231.

i jedan i drugi, kao zbir u praksi specifičnih rizika.<sup>92</sup> *Periculum qualitatis* prenesen je na kupca nakon uspješnog ishoda ugovorene klauzule probe kvalitete, *periculum quantitatis* rizik za sve promjene kvantiteta nastale nakon izvršenih mjerjenja (*periculum quanitis*).

Premda se životna praksa teško može obuhvatiti i najrafiniranijim pravnim rješenjima i premda je domena primjene ovog pravila trenutkom zaključenja ugovora rijetka i netipična te se u praksi svodi na kupoprodaje *ad aversionem* i one kod kojih je identifikacija *rei venditae* suvišna, uvrštenjem klauzula uobičajenih u praksi nisu ni primjena tog pravila ni načelno rješenje prijenosa rizika doveđeni u pitanje. Naprotiv. Tim je klauzulama vrsta rizika nepredviđeno nastale štete na stvari, koje je tradicija odgodena za kasniji termin, precizno definirana i vremenski određena. Šteta nastala višom silom, nastala između zaključenja ugovora i njegova ispunjenja, koja će teretiti kupca točno je dijagnosticirana, što je, uostalom u komentiranoj tezi besprijeckorno argumentirano predloženim tumačenjem sintagme *omni periculum*. Razlučene vrste rizika - za štetu na kvaliteti i one na količini - ravnomjerno su rasporedene među strankama, ali time sam koncept prijelaza rizika nije promijenjen. Kupac je taj koji će snositi *omni periculum vis maioris* prije tradicije ovisno o trenutku ispunjenja pretpostavki za nastanak tzv. *emptio perfecta*, ma kakvom se od predloženih koncepata tog pojma priklonili. Točnim određenjem vrste rizika i točnim određenjem trenutka njegova prijelaza opći princip po kojem kupac snosi rizik nepredviđeno nastale štete dobio je samo svoju preciznu razradu, a maksima *emptione perfecta periculum ad emptorem transit* potvrđena je kao načelo rimskog klasičnog prava i kao rješenje koje je "razumno"<sup>93</sup> i koje korespondira s gospodarskim interesima stranaka. Upravo na specifičnim kupoprodajama vina, kojem su klasici posvetili najveću pozornost, važnost tog pravila pokazuje se kao svrshodna i oportuna te "upravo idealna".<sup>94</sup> Ostavlajući po strani mnoge teorije kojima se uspješno ili manje uspješno objašnjava porijeklo i "opravdanost" tog rješenja s dogmatskog, povijesnog i inog aspekta, ono se, upravo na analiziranim modelima kupoprodaje vina, temelji, između ostalog, i na dugoj tradiciji koja nije mogla ostati bez utjecaja na prihvaćanje i izgradnju tog stajališta rimskog klasičnog prava.

<sup>92</sup> Jakab, Aversionem venire, op. cit., 109 -110.

<sup>93</sup> Zimmerman, op. cit., 290.

<sup>94</sup> Schulz, op. cit., 533.

2. Po drugoj tezi, koju u novijoj literaturi<sup>95</sup> zastupa Ernst,<sup>96</sup> prijelaz rizika nastupa uvijek trenutkom zaključenja ugovora, budući da do trenutka ispunjenja bilo kojih klauzula - *nulla est emptio*. Rješenje *periculum emptoris* opći je stav rimskog klasičnog prava, nije iznimka koja se odnosi na skup situacija<sup>97</sup> koja kupoprodaju čine poslom *sub condicionem* i nije iznimka od generalnog načela *res perit domino*, nego upravo njegova izravna potvrda.<sup>98</sup>

Ta se teza, koja polazi od tumačenja pojma *emptio perfecta* kao neuvjetovane kupoprodaje kod koje se prijenos rizika poklapa s trenutkom zaključenja ugovora nadovezuje na poznata dogmatska objašnjenja pravila *periculum emptoris* Windscheida i Jheringa. Od časa zaključenja kupoprodaje tražbina na stvari prelazi u imovinsku masu kupca, pa se u slučaju njezine propasti višom silom obveza prodavatelja nepovratno gasi (*impossibilium nulla obligatio*),<sup>99</sup> *actio empti* je bez efekta,<sup>100</sup> ali kupčeva obveza na isplatu cijene preuzeta kupoprodajom

<sup>95</sup> Usp. V. Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck, 1885, 215-217.

<sup>96</sup> Ernst, Periculum, op. cit., 243-247.

<sup>97</sup> Kaser, RPR, I, 552.

<sup>98</sup> Ernst, Periculum, op. cit., 245 (Nicht im Widerspruch, sondern im vollen Einklang stehen die Regeln *casum sentit dominus* und *periculum emptoris*, ja man könnte sogar sagen, dass im *periculum emptoris* das *casum sentit dominus* nur einen besonderen Ausdruck gefunden hat).

<sup>99</sup> Pravilom *periculum emptoris* narušena sinalagmatičnost u literaturi se objašnjava presudnim utjecajem tzv. stipulacijske faze u razvoju rimske kupoprodaje. Stipulacijom zasnovane obveze nisu počivale na uzajamnoj recipročnosti, obveze su "svaka za sebe slijedile svoju sudbinu," tužbe su bile neovisne, prigovor *non adimpleti contractus* i tzv. funkcionalna sinalagmatičnost, sudeći po mnogim raspravama o Varonovu tekstu *De re rustica*, II, 2, 5, još su nepoznate u Augustovo doba, što se dade zaključiti i iz Labeonova teksta D. 46.4.23., u kojem se ustvrđuje da *acceptilatio* jedne stranke ne utječe na obvezu druge. Usp. H. P. Benöhr, Das sog. Synallagma in den Konsensualkontrakten, Hamburg, 1965. Usp. osvrte na pitanje izvorne "indipendence of actions" Ernst, Neues zur Gefahrtragung, op. cit., 370. Kaser ističe da u rimskom *bonae fidei iudicium* nije bilo mjesta za prigovor, poznat u općem pravu kao *exceptio non adimpleti contractus*, RPR, I, 534.

<sup>100</sup> U najnovijoj literaturi predloženo je specifično objašnjenje pravila *periculum emptoris*. M. Pennitz, Das periculum rei venditae: ein Beitrag zum "actionendenklichen" Denken im römischen Privatrecht, Wien, 2000. Prema tom autoru, pojmom *periculum emptoris* označen je "posebni procesni rizik" koji prijeti kupcu, pa autor tumači Paulov tekst D.18.6.8.pr. i poglaviju *emptio perfecta* kao trenutak od kojeg stranke mogu svoju primarnu ugovorenu tražbinu ostvariti putem tužbe; afirmacija tog pravila vezana je za strukturu formularnog procesa. Usp. prikaz W. Ernsta. Neues zur Gefahrtragung, op. cit., str. 363, 365.

ostaje nedirnutom. Nakon zaključenja ugovora kupac može stvar prodati trećem, ali je ta mogućnost uskraćena prodavatelju, budući da su mu "ruke vezane" ugovorom.<sup>101</sup> Kupcu pripadaju svi prinosi i plodovi, ali na njegov teret idu i rizici eventualnih promjena cijena na tržištu, a od časa zaključenja ugovora kupac snosi sve nužne troškove na stvari.<sup>102</sup> Ukratko, stvar je nakon zaključenja ugovora uključena u njegovu imovinsku sferu kamo spadaju i njegove tražbine i obveze.<sup>103</sup> Po shvaćanju Rimljana, kupoprodaja je imala posve elementarno značenje - stvar je samo do zaključenja kupoprodaje pripadala prodavatelju, nakon toga - kupcu, pa je konstrukcija da se zaključenjem ugovora zasniva tek obveza da se kupcu stvar predajom posjeda prenese u vlasništvo strana klasičnom rimskom pravu. Stoga rizik propasti stvari snosi kupac koji je od trenutka zaključenja ugovora *dominus rei*, premda ne u stvarnopravnom smislu i djelovanja prema trećima.<sup>104</sup> Pravilo *periculum emptoris* počiva upravo na fikciji stvarnopravne pozicije kupca<sup>105</sup> do trenutka tradicije stvari. Budući da *causa traditionis* sadržava volju stranaka da se stvar prenese u vlasništvo kupca, nemu nedostaje "samo" goli prijenos posjeda stvari da bi njegovo pravo na stvari imalo stvarnopravni karakter.

Premda je teorija o *emptio perfecta* kao neuvjetovana kupoprodaja dogmatski održiva, konzistentno provedena dovodi do nekih zaključaka koji su upravo s te, dogmatske strane - upitni. Prije svega, klauzule, uobičajeno uključene u kupoprodaje vina, koje su u žarištu interesa klasika i koje dovode do precizne identifikacije stvari, nemaju iste učinke kao "obični" uvjeti<sup>106</sup> - kupoprodaja s uključenom klauzulom jest, kako je naglašeno u izvorima - *quasi sub condicione*. Da klasici nisu jedinstveno shvaćali pojам uvjetovane obvezе, pokazuje izravno Gajev tekst<sup>107</sup> suprotstavljen navodima Paula u D.18.6.8.pr.<sup>108</sup> a "labil-

nom konstrukcijom" prodaje *quasi sub condicione* dolazi se do kontradiktornog zaključka da, premda je sam nastanak ugovora upitan, zaključenje ugovora nije u potpunosti ignorirana činjenica.<sup>109</sup>

Tezom da u slučaju propasti stvari ugovor nije ni nastao, pa rizik u smislu pravila *casum sentit dominus* snosi prodavatelj, te da su, suprotno, u slučaju samo pogoršanja stvari stranke vezane ugovorom pa rizik snosi kupac - nema uporišta u izvorima, ne uzimajući u obzir sporni Papinjanov tekst u Frag.Vat.16.1. Mimo toga, upitan je i zaključak da kupac odgovara samo za pogoršanje stvari *pendente condicione*, kad *res vendita* fizički još postoji, dok u suprotnom rizik njezine propasti snosi prodavatelj u smislu pravila *casum sentit dominus*. Pogoršanje stvari može, naime značiti ne samo promjenu kvalitete nego i identiteta stvari, pa ostaje upitnim je li to u skladu s onime što su stranke ugovorile.

Konačno, premda se argumentima da je stvar prešla ugovorom o kupoprodaji u pravnu sferu kupca može dodati u izvorima opetovano naglašavana činjenica da se odgovornost prodavatelja nakon zaključenja ugovora zaustavlja na kustodiju kao i izravno objašnjenje Paula da je njegova odgovornost, svedena od tog trenutka na *diligentia exacta*, jednaka odgovornosti komodatara,<sup>110</sup> unatoč tome i činjenici da od trenutka zaključenja ugovora kupac odgovara za višu silu - on je (ipak) samo ugovorna strana. Prije tradicije stvari njegove su ovlasti samo u okvirima obveznih odnosa, pa pravilo *periculum emptoris* nije ni "u skladu" s generalnim načelom *casum sentit dominus*, a još je manje njegova potvrda.

<sup>101</sup> R.v. Jhering, Beiträge zur Lehre von Gefahrtragung beim Kaufkontrakten, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, III Band, str. 465:

- *Der Verkauf bindet (dem Verkäufer gegenüber dem Käufer), so zu sagen, die Hände, indem er ihm nähmlich verpflichtet, die Sache für den Käufer liegen zu lassen ihn damit also der Möglichkeit beraubt, durch anderweitige Dispositionen über die Sache den Zufahl von sich abzuwehren.*

<sup>102</sup> Zimmerman, op. cit., 277.

<sup>103</sup> B. Windscheid - Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, II, Frankfurt a.M., 1906, § 390.

<sup>104</sup> Ernst, Periculum, op. cit., str. 247.

<sup>105</sup> Ernst, Periculum, 247.

<sup>106</sup> Jakab, Abreden, op. cit., 231.

<sup>107</sup> Ernst, Neues zur Gefahrtragung, 373. Vidi bilješku 27.

<sup>108</sup> Ernst, Neues zur Gefahrtragung, 375.

<sup>109</sup> Ernst, Neues zur Gefahrtragung, op. cit., 375.

<sup>110</sup> D.18.6.3.

## Summary

Magdalena Apostolova Maršavelski\*

### VENDOR CUSTODIAM PRAESTARE DEBET - ON THE TRANSFER OF THE REI VENDITAE RISK IN CLASSICAL ROMAN LAW

The position of classical Roman law concerning the risk transfer issue expressed in the *emptio perfecta periculum ad emptorem spectat synthagm* has been the subject of recent reviews in the latest Romanist literature, putting into the limelight the thesis, set by Ernst Rabel at the beginning of the last century, that the complex issue of risk transfer was solved by the Romans casuistically (on a case-based reasoning). According to the analyses given in the recently made thesis concerning wine sales and purchases commented by the Romans, accompanied by two normally contracted clauses, the risk was shared by the parties and deferred to a later date upon the conclusion of the business deal. At the time of the successful outcome of the *ad gustum* clause the risk of all later changes in the quality incurred due to Force Majeure - *periculum qualitatis* - was transferred unto the buyer. All changes in the quantity - *periculum quantitatis* - that could not be imputed to the seller's custody were transferred unto the buyer based on the performed measuring procedure (*ad mensuram* clause). Upon the execution of both clauses *omni periculum ad emptorem pertinet* (Jakab). The Romans were not interested in the dogmatic generalization, by their solutions, prudently and according to the actual circumstances they settled the risk transfer issue casuistically, especially if it concerned more substantial deals.

The proposed and recently underlined conclusions of the so called Bedingunstheorie representatives, notwithstanding the sustainable interpretation of *emptio perfecta* notion, are dogmatically questionable. This primarily concerns an unlikely sustainable thesis according to which as a rule *periculum emtoris* is required to be recognized not as an exception but as confirmation of the general principle *res perit domino*. The buyer, before the tradition, is treated as an owner - although, despite his special "ownership" position, his powers remain within the limits of the obligatory relation, and before the tradition of *res*, proprietary protection is denied to him. As a rule *periculum emtoris* is expressed not as an exception but as direct confirmation of the general principle: *casum sentit dominus*.

*Keywords:* classical Roman law, risk transfer, *emptio perfecta*, *res vendita*, *periculum*, *custodia*

\* Magdalena Apostolova Maršavelski, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb

## Zusammenfassung

Magdalena Apostolova Maršavelski\*\*

### VENDOR CUSTODIAM PRAESTARE DEBET - ÜBER DEN GEFAHRENÜBERGANG REI VENDITAE IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT

Der Standpunkt des klassischen römischen Rechts in Fragen des Gefahrenübergangs, ausgedrückt durch das *Syntagma emptio perfecta periculum ad emptorem spectat* ist Gegenstand kürzlicher Nachforschungen in der neuesten romanistischen Literatur, mit denen die von Ernst Rabel zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts aufgestellte These aktualisiert wird, nach welcher die römischen Klassiker die schwierige Frage des Gefahrenübergangs kasuistisch lösten. Nach den Analysen, welche in der zuvor erwähnten These hervorgebracht wurden, verteilte man die Gefahr, bei den durch die Klassiker kommentierten Verkäufen von Wein, einhergehend mit zwei üblicherweise vereinbarten Klauseln, auf die Parteien und verschob dieses auf einen späteren Zeitpunkt nach dem Abschluss des Geschäfts. Zum Zeitpunkt des erfolgreichen Ausgangs der Klausel *ad gustum* wurde die Gefahr sämtlicher späterer, durch höhere Gewalt - *periculum qualitatis* - entstandenen Qualitätsveränderungen auf den Käufer übertragen. Sämtliche Mengenunterschiede - *periculum quantitatis* - welche nicht auf die Kustodie des Verkäufers zurückzuführen waren, gingen mit dem vorgenommenen Messvorgang (Klausel *ad mensuram*) auf den Käufer über. Mit Erfüllung beider Klauseln *omni periculum ad emptorem pertinet* (Jakab). Klassiker, die nicht an einer dogmatischen Verallgemeinerung interessiert waren, haben mit ihren Lösungen vorsichtig und den konkreten Umständen entsprechend, die Frage des Gefahrenübergangs kasuistisch gelöst, insbesondere wenn es sich um bedeutendere Geschäfte handelte.

Nach den kürzlich betonten Schlussfolgerungen der Vertreter der sog. Bedingungstheorie, wurden, wenn auch durch eine dogmatisch haltbare Auslegung des Begriffs *emptio perfecta*, dogmatisch fragwürdige Schlussfolgerungen vorgeschlagen. Dies bezieht sich vor allem auf die schwer haltbare These, nach welcher die Regel *periculum emtoris* nicht als Ausnahme sondern als Bestätigung des generellen Grundsatzes *res perit domino* gesehen werden sollte. Der Käufer wird vor der Übergabe als Eigentümer behandelt - obgleich seine Befugnisse trotz seiner spezifischen Position des "Eigentümers" innerhalb

\*\* Dr. Magdalena Apostolova Maršavelski, Professorin an der Juristischen Fakultät in Zagreb

der Grenzen des Schuldverhältnisses bleiben und vor Übergabe der Sache wird ihm der sachenrechtliche Schutz aberkannt. Durch die Regel *periculum emptoris* wird nicht etwa die Ausnahme, sondern die unmittelbare Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes *casum sentit dominus* ausgedrückt.

Schlüsselwörter: das klassische römische Recht, Gefahrenübergang, *emptio perfecta*, *res vendita*, *periculum*, *custodia*

## EUROPEAN CONTRACT LAW AND THE ROLE OF THE COURT OF JUSTICE

Prof. dr. Gian Antonio Benacchio\*

UDK 347.44(4)EU

341.645(4)EU

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: studeni 2007.

The aim of this paper is to analyze the context which the Italian legal system has been facing in last few decades bearing in mind that national law of an EU Member State no longer evolves merely as a result of national case-law and work of academic community. In this respect particular importance belongs to EU secondary legislation - Regulations which tend to uniformise rules of Member States, and Directives which tend to harmonize them. This is also a reason for the increasing importance of ECJ case-law which should not be neglected if Italian Civil Code is to be "modernized".

Key words: civil law, contract law, national legal system, ECJ case-law

Germany<sup>1</sup> has recently undertaken a wide-ranging revision of the 1900 BGB, with the aim of "modernising" a code which, while still undoubtedly current, was in need of updating in the light of many new provisions both under EU and international law, and taking domestic legal evolution in account as well.

France has also been engaged in recent years in the broad debate accompanying the *avant-projet* for reforming the *Code Napoléon*, a reform which in this case, too, was largely dictated by the need to bring the Code up to date to take account of new Community legal requirements.

In Italy, the 1942 civil code has not been without numerous amendments, additions, repeals and revisions, which have been made (mainly) over the last twenty years. To the hundreds of articles in the Civil Code which have been

---

\* Gian Antonio Benacchio, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Trento

<sup>1</sup> See the *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, which came into force on 1 January 2002.