

ванбрачно дете може носити име природног оца само ако га је овај признао за своје, под условом да се и мајка са тим сложи. Према томе дете чије је очинство утврђено судском одлуком не би могло носити породично име свога природнога оца (17). Оно би то име могло носити само онда ако би тако утврђени отац накнадно признао дете за своје на начин прописан чл. 24 Закона о односима родитеља и деце. Такво решење могло би се извести и из чл. 27 Закона о матичним књигама.

Правоснажна пресуда о утврђивању очинства има повратно дејство. Дете се сматра од рођења као ванбрачни син или кћи човека који је оглашен оцем. Та пресуда као и свака статусна пресуда има апсолутно дејство јер делује према сваком. Статус је недељив, и према томе је за свакога то дете ванбрачни син или ванбрачна кћи онога чије је очинство утврђено.

Пресуда, међутим, није коначна за свакога. Приговор пресуђене ствари могу истицати само она лица која су пресудом обухваћена. Против тих лица не би се могао водити поступак по истом предмету утврђивања очинства. То не важи за друга лица, и она заиста не би могла истицати приговор пресуђене ствари. Тако, например, дете би у року од пет година по свом пунолетству могло подићи тужбу против неког лица које у ранијем поступку није учествовало као парнична странка, и доказивати да је то лице његов отац.

Др. Мехмед Беговић

EXHEREDATIO SUI У ПРВОБИТНОМ РИМСКОМ ПРАВУ

О тестаменту последњих векова републике — тестаменту *per aes et libram* — обавештени смо, захваљујући нарочито Гају, са доста детаља. Познат нам је не само начин на који је *de cuius* могао правити тестамент него и о чему и до које мере је у њему могао чинити наредбе. О првобитном римском тестаменту, међутим, о тестаменту *calatis comitiis*, обавештени смо врло оскудно само преко неколико редова Гаја и Аула Гелија и две одредбе Закона од дванаест таблица. Усто у њима се говори углавном само о форми овога тестамента. О многим другим питањима која су за

(17) На основу ове разлике коју чини закон о личним именима не би се могао извести закључак да одлука суда о утврђивању очинства може да има алиментациони карактер, да дете према тако утврђеном оцу има само право издржавања. Такав би закључак био у супротности са начелима Основног закона о односима родитеља и деце који стоји на становишту да ванбрачна деца без обзира на начин како је утврђено њихово очинство имају иста права и дужности према својим родитељима, према своме оцу и мајци (чл. 3, 4, 6, 24, 25 и 26).

историју од великог интереса, извори не говоре ништа. Зато је разумљиво што су питања у вези са првобитним римским тестаментом заголицала научну радозналост тако великог броја романиста, који су учинили досад, и сада чине, велике напоре да посредним путем сазнају нешто више о овом тестаменту.

Резултат ових напора су врло интересантне научне дискусије које се већ преко 100 година воде и на којима су се испробали, може се слободно рећи, сви истакнути романисти света, стварајући тако низ интересантних, често међусобно потпуно опречних теорија. Ова дискусија се још увек води врло живо тако да ће се ретко наћи романистички часопис у коме се не налазе чланци посвећени њему. Но и поред тога не може се рећи да је првобитни римски тестамент потпуно осветљен, ма да прикупљени материјал дозвољава да се данас у питањима у вези са њим може са много више сигурности кретати него некада.

Међу многим дискутованим питањима првобитног римског тестаamenta несумњиво једно од нарочито интересантних је питање слободе избора наследника. а у оквиру њега питање да ли је *de cuius* могао слободно, по својој вољи искључити из наслеђа чланове своје породице — *sui heredes*.

О овом питању постоје два супротна гледишта: по једном, које заступају многи старији аутори а које има присталица и међу новијим (напр. Моније, код нас В. Корошец), de cuius је могао слободно искључити sui из наслеђа и уместо њих именовати лица ван породице — extranei heredes. По другом, које заступају све присталице т.зв. легатског тестаamenta (код нас К. Смирнов и И. Милић(1), присталице адопционог тестаamenta и нарочито присталице теорије Бонфантеа и Леви Брила (код нас М. Хорват) (2) *de cuius* то није могао урадити (3). Одмах ћу напоменути да сам присталица другог гледишта и да према томе не износим неко ново гледиште. Имао сам за циљ само да цело питање осветлим са неких аспеката са којих ми се чини није било довољно осветљено и тиме припремим терен за доношење даљих закључака у вези са првобитним

(1) Viktor Korošec, Zgodovina in sistem rimskega zasebnega prava, 1941, sv. I, § 97. Константин Смирнов, Поводом питања о завешталачкој слободи по римском праву, Архив за правне и друштвене науке 1921. Ivo Milić, Oko postanka oporuke, Rad Jugoslovenske akademije 1951.

(2) Pietro Bonfante, Sull'origine dell'eredità, Buletino del' Istituto di diritto romano 1914. Henri Lévy-Bruhl, La fonction du très ancien testament romain, Revue historique 1921. Marijan Horvat, Rimsko pravo II, 1953 str. 138 i 148.

(3) Иако су сложне у питању искључења sui из наслеђа, свака од ових теорија извлачи из тога друге закључке: прва да *de cuius* зато није могао правити тестамент ако је имао sui, друга да је тестамент зато имао за циљ да наследника *extraneus*-а претвори у *suus*-а, а трећа да је зато *de cuius* једино sui могао именовати за наследнике у тестаменту.

римским тестаментом а нарочито са питањем да ли је *de cuius* могао правити тестамент ако је имао *sui*.

*

Познато нам је да су установе које су ограничавале слободу избора наследника и уопште слободу располагања у тестаменту (нужно наследно право, ограничење легата) створене крајем републике и почетком принципата — значи у времену када *testamentum calatis comitiis* више није био у употреби. Сличне установе у првобитном римском праву нису нам познате и врло је вероватно да их није ни било.

Из ове чињенице класична теорија, која преко Шмита и Данца (4) има међу својим присталицама и тако истакнуте романисте као што су Жиран и Моније и код нас проф. В. Коропец, извлачи закључак да је пре ових ограничења *de cuius* имао апсолутну слободу избора наследника.

„Отац је могао, по сили своје *patria potestas*, лишити *suus-a* његове својине, ексхередирати га, као што га је могао и убити, лишити га живота. Али да му имовина не би припала, *pater* га је морао лишити ње, морао га је из ње експроприсати. Пре тога је није могао предати другоме. То је логична последица карактера *sui heredes*. Њима овај захтев може користити: у време кад је тестамент прављен у форми закона предложеног од понтифа, — привући пажњу народа и свештенства, које би мање зачуло просто заборављање некога *suus-a* у тестаменту; док је тестамент био јаван — учинити да се *de cuius* предомисли због скандала који би изазвала неправична ексхередација; исто тако присилити га да више одмери своје разлоге пред својом савешћу, што не би урадио при прећутној ексхередацији, а нарочито пружити *suus-у* могућност да се позове на неки од разлога ништавости који су увек последица повреде правила о форми. Али ова установа није уведена само због ових користи, које су само могле допринети да се она задржи и доцније и у преторском праву прошири на *liberi*. Она је произашла из самог положаја *suus-a*. Зато она мора бити исто тако стара као и установа *suus-a*, досезати до првих комицидских тестамената, у којима се тражило од народа да специјалним законом отклони примену општег. То је експропријација која је у почетку вршена од самог народа на основу његове законодавне власти, а доцније када је ово право на њега пренето, од стране завештаоца.”(5)

f. „Ексхередација лишава потомка његовога својства *heres-a* и дозвољава *paterfamilias-у* да пуноважно располаже имовином које је

(4) A. Schmidt, *Das formelle Recht der Notherben*, Leipzig 1862. *Danz. Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, II, 1873.

(5) P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1924 p. 899.

ексхеридирани лишен, и то било у корист extraneus-a било у корист другог suus-a" (Girard, op. cit. стр. 901).

Исто мишљење заступа и Моније: (6) „Sui имају урођено право на наслеђе свога paterfamilias-a: да би могао располагати у корист некога другог, шеф породице је морао путем формалне ексхеридације претходно лишити наслеђа чланове своје породице...“ „Sui морају бити или именовани за наследнике или искључени из наслеђа.“

1. *Право ексхеридације sui је неспојиво са структуром римског друштва и римске породице.* Основни недостатак класичне теорије је у томе што је тако схваћена завешталачка слобода потпуно страна животним условима и схватањима Римљана у време када је testamentum calatis comitiis био у употреби и што ниједан од њених основних аргумената не стоји онако како га је она схватила.

Несумњиво је да нема ниједног прописа који је у овом времену ограничавао завешталачку слободу paterfamilias-a. Из тога, међутим, не треба закључити да је она била неограничена. Напротив, ограничења није било зато што Римљани тада нису могли имати претставу о таквој завешталачкој слободи каква се класичном римском праву појавила. Ту није у питању један или други могућ начин правног регулисања овога питања, већ могућност схватања која је друштвено условљена. Оно што се Римљанину из времена краја Републике и почетка Принципата чинило могућим или чак природним — напр. да чланове своје породице лиши наслеђа — Римљанину из времена Закона од дванаест таблица није могло ни пасти на памет. У условима под којима је живео, таква могућност њему, није могла бити позната. Његово време, његови услови су имали друго схватање завешталачке слободе. Зато није било забране, није било ограничења — јер није имало шта да се ограничи или забрани, пошто се такви случајеви нису дешавали, или се бар нису дешавали тако често да би могли скренути на себе пажњу. Степен развика Римљана, економска структура и односи у породици то нису дозвољавали.

У времену о коме говоримо римска породица је водила затворену кућну привреду, базирану на обрађивању сопствене земље и сопствених стада. Степен развика производних снага био је тако низак да је захтевао напоран рад више лица — свих чланова породице — да би се добила најнужнија средства за опстанак. Оне нису биле још ни толико развијене да би омогућиле масовно искоришћавање робовске радне снаге. То је нагонило све чланове породице на заједнички рад а истовремено условило чврсту повезаност свих њених чланова. Размена је била још увек врло слабо разви-

(6) P. Monier, Manuel élémentaire de droit romain, I, 1938, p. 620.

јена — употребљаван је *as rude* или *as signatum* уз помоћ *libripens-a*. Занати су исто тако били још неразвијени. Најамни рад слободног човека није још био раширен, а можда није био ни познат. И трговина и занати су били нерентабилан, ризичан и понижавајући посао којим су се бавили само ситни људи. Па и они нису могли живети само од тога, већ су морали имати и комад земље који су добијали тешком муком, после побуна, од државе и то само два југера, или жртвујући у извесној мери своју слободу и уз тешке услове експлоатације као клијенти у *pecunia* од патрона. Зато су чланови породице били до крајности упућени на породицу и породичну имовину. Ван ње они заиста нису могли наћи потребна средства за издржавање. Идеолошки одраз оваквога стања био је римски породични религијски култ оличен у породичном огњишту-жртвенику и обожавању мртвих предака — лара и пената, а његова правна надградња велика власт *paterfamilias-a* над члановима породице али и обавеза да чува породичну имовину наслеђену од предака (*paterna avitaeque*) за чију заштиту је још Закон од дванаест таблица предвиђао установу *cura prodigi*.

Под оваквим условима лишити некога члана породице учешћа у наслеђу имовине *de cuius-a*, значи лишити га могућности да опстане као слободан човек. Да би могао живети такав *suus* би био принуђен или да иде у ropство, или у клијенте или, у најбољем случају, у плебејце, али у сваком случају је био искључен из редова патрицијских породица. То значи да је лишити некога наслеђа било исто што и искључити га из породице, а то се могло десити само као тешка казна за тешки преступ, казна до које је по Закону од дванаест таблица, долазило тек после тога што је *filius* по трећи-пут учинио такву кривицу да је заслужио продају у *mancipium*. Право *paterfamilias-a* на кажњавање лица која се налазе под његовим *patria potestas*, пак, је нешто сасвим друго од „завешталачке слободе“ и „ексхередације“. Зато се не може, као што то раде присталице „класичне теорије“, позивати на *ius vitae ac necis paterfamilias-a* да би се доказало његово право ексхередације. Да се у тестаменту *calatis comitiis* могла изрећи оваква казна над члановима породице *de cuius-a*, Закон од дванаест таблица би то морао изрично поменути, као што је поменуо све друге казне и лишавања чланова породице њихових породичних права и права према породичној имовини — *emancipatio*, продаја у *mancipium*, турсорство, старатељство. Закон од дванаест таблица, међутим, нема такву одредбу нити ма на који начин прави алузију на право ексхередације.

II. Право ексхередације *sui* је непомирљиво са римском породичном религијом. — И стара римска религија је онемогућавала ексхередацију *sui* и именовање *extraneus-a* за наследника. У време када је религија играла огромну улогу у целокупном животу

Римљана (а то је несумњиво било у време употребе тестаментa *calatis comitiis*), центар свих збивања сваког грађанина је његово породично огњиште наслеђено од предака и породично гробље у коме су они сахрањени. Ту су приношене жртве мртвим прецима који су се претворили у породична божанства и од чије воље и расположења зависи срећа и успех у животу сваког Римљанина. Римљанин тада цео свој живот води заједно са прецима. Њима се обраћа у тешкоћама и верује да му они огромно помажу и да њима има да захвали за сваки свој успех. Он нема других божанстава којима би се обратио, јер државни богови се старају о државним пословима а не о бригама појединаца. Зато одвојити га од породичног огњишта — жртвеника и гробова предака значи оставити га да буде потпуно напуштен и беспомоћан.

Искључење из наслеђа повлачило би несумњиво такву последицу, јер је Римљанин могао основати свој породични жртвеник-огњиште само на тај начин што би пренео ватру са огњишта својих предака (као што се и нови град могао основати само ако се од метрополе добије овлашћење да се пренесе ватра са њеног огњишта-жртвеника), а то право било је везано за право наслеђа. Искључење из наслеђа би се зато приближавало *aquae et ignis interdictio* и претстављало једну од најтежих казни. Зато се оно не може никако претпоставити као редовно, нормално овлашћење *paterfamilias*-а при прављењу тестаментa *calatis comitiis*.

Са друге стране, римска религија је наметала *paterfamilias*-у бригу за продужење породице — обавезу да обезбеди наследнике који ће после његове смрти одржавати ватру на породичном огњишту и приносити жртве прецима-боговима, у чије ће редове и он ући после смрти. Он је то могао урадити или на тај начин што ће имати своје потомке, или ће адоптирати или адрогирати некога који на тај начин постаје *suus* и према томе обавезан да приноси жртве прецима нове породице. Пошто се то могло постићи и овим путем, све док је *paterfamilias* био жив за породично огњиште није постојала опасност да ће се угасити. Зато *ius vitae ac necis* није претстављало опасност за религију и она га је, ради задовољења других потреба због којих је оно установљено, помагала. Међутим, ексхередација у тестаменту, која треба да ступи у дејство тек после смрти *paterfamilias*-а, јесте нешто сасвим друго. Она би, због једног другог правила римске религије о коме ћемо мало ниже говорити, доводила до гашења породичног огњишта, што је за Римљанина који умире била највећа несрећа. Зато се право ексхередације *sui* и *ius vitae ac necis* не могу изједначити.

Најзад, по правилима старе римске религије не може се истовремено служити два *sacra privata*, два породична религијска култа. Због тога се при преласку из породице у породицу путем та-

nus-a или адопције није могло служити породичном култу нове породице пре ослобођења од ранијег породичног култа, па је саставни део формалности које су се обављале при извршењу ових аката био и *detestatio sacrorum* — ослобођење од ранијег породичног култа. Оваквог поступка није било код тестамената. *Heres* је неоспорно био обавезан да служи породичном религијском култу *de cuius*-a а ништа не доказује да је ма када *heres institutus* морао претходно бити ослобођен ранијег породичног култа. Чак један Лабеев текст изгледа да доказује супротно: *Isdem comitiis, quae „calata” appellari diximus, et sacrorum detestatio, et testamenta fieri solebant*(7). Два *et* (*et sacr., et test.*) указују прилично јасно да се ради о два разна акта, да формалности тестамената нису садржале у себи и *detestatio sacrorum*. Ако је тако, ако поступак прављења тестамената није садржао у себи *detestatio sacrorum*, нити се при прављењу тестамената предузимао *detestatio sacrorum* као самостални поступак, онда то служи као доказ да у старом римском праву није постојала пракса да се за наследника именује *extraneus*.

III. *Аргумент извучен из Закона од дванаест таблица.* — Ни основни аргументи класичне теорије не могу издржати критику. Она се ослања на два основна аргумента: 1. једном, извученом из Закона од дванаест таблица: одредба *uti legassit suae rei ita ius esto* према Помпонијевом тумачењу (8) потврђује или установљава апсолутну слободу завештања за *paterfamilias*-a; 2. другом, извученом из чињенице да је *querella inofficiosi testamenti* — тужба која је установила т. зв. материјално нужно наследно право у корист извесних сродника и тиме ограничила слободу располагања тестватора — створена у другој половини Републике, када више *testamentum calatis comitiis* није био у употреби.

Одредба Закона од дванаест таблица на коју се позивају присталице класичне теорије изазива једну специјалну тешкоћу која пре свега треба да буде отклоњена. Реч је о њеној реконструкцији. Оригинални текст Закона од дванаест таблица није сачуван, а његова реконструкција је извршена на основу цитата нађених у другим изворима. Овај текст налази се у изворима цитиран у три, међусобно различитим редакцијама.

Пову редакцију дају Гај, Помпоније и Јустинијанове Институције(9). По њима текст гласи: „*uti legassit suae rei, ita ius esto*”. Исти текст се налази и у Јустинијановим новелама (XXII, 2 pr.), само је у њему уместо *suae rei* речено *de sua re*.

(7) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XV, XXVII, 3

(8) D. L., 18, 120: „*uti legassit suae rei ita ius esto*” *latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque instituendi.*

(9) Gaius, *Inst.* II, 224; Pomponius, *Libro quinto ad Quintum Mucium*, D. L., 18, 120; *Inst.* II, 22, pr.

Друга редакција се налази код Улпијана¹⁰⁾ и гласи: „*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*”.

Трећу редакцију даје Цицерон¹¹⁾: „*paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit ita ius esto*”.

Очигледно је да сва три навода не могу истовремено бити тачни, јер сваки од њих указује на нешто другојачију садржину првобитнога римскога тестаментa. Који од њих највише одговара првобитном тексту Закона од дванаест таблица?

Цицеронову редакцију можемо, мислим, одмах одбацити из два разлога: 1. Тачно је да је Цицерон у својој младости учио напамет Закон од дванаест таблица — наша се позива Солаци (12), али ако се налазе у сукобу два цитата од којих је један само узгредно наведен у једном не правном спису а други наведен у два правна дела двојице правника, од којих је један коментатор Закона од дванаест таблица, онда логика од нас захтева да дамо преимућство другом цитату (13). 2. Цицеронов текст почиње речју *paterfamilias*. Ова реч је сувишна са гледишта стила Закона од дванаест таблица, који не означава субјекат чак ни у реченицама у којима би, са нашег гледишта, то било неопходно. Поред тога и сам Цицерон хвали Закон од дванаест таблица за *absoluta brevitatis verborum*(14). Сва два разлога нам дозвољавају да поверујемо у Аплетоново тврђење (15) да је Цицеронова редакција „очигледно једна парафраза, састављена од мешавине *uti legassit suae rei* из Закона од дванаест таблица и *familia pecuniaque* из формуле тестаментa *per aes et libram*”.

Ако упоредимо две преостале редакције, видећемо да је разлика између њих само у томе — што Улпијанова редакција садржи један уметак: „*super pecunia tutelave*”. Цео остали део текста је потпуно исти. Из тога очигледно излази да је овај део „*super pecunia tutelave*” или код Гаја избачен из оригиналног текста, или код Улпијана убачен у оригинални текст. Много је вероватнија друга претпоставка: текст Закона од дванаест таблица гласио је *uti legassit suae rei, ita ius esto*, а Улпијан му је додао још, као објашњење, и *super pecunia tutelave*. Овакав закључак оправдавају следећи разлози:

а) Помпонијев фрагмент у D. L, 16, 120: *Verbis legis duodecim tabularum his „uti legassit suae rei, ita ius esto” latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et legata et libertates dandi, tu-*

(10) Ulpiani liber singularis regularum XI, 14.

(11) Cicero, Ne inventione II, 50.

(12) Solazzi, Diritto ereditario I, p. 37.

(13) Cuq, Recherches historiques sur le testament per aes et libram, Revue historique X, 1886.

(14) Смирнов, нав. дело, стр. 93 пр. 1.

(15) Appleton, Le testament romain, p. 59 n. 1.

telas quoque instituendi. Из њега се пре свега види да је овлашћење које је ова одредба Закона од дванаест таблица давала било много шире него што је то Улпијан навео, јер обухвата и *heredes instituendi*¹⁶⁾ и *libertates dandi*, а и још нека друга овлашћења. Јер Помпоније овде само примерице набраја неке случајеве да би поткрепио своје тврђење да је речима „*uti legassit suae rei, ita ius esto*”, „*latissima potestas tributa*“. Поред тога овај фрагмент доказује да и оно што је Улпијан набројао није било садржано у оригиналном тексту Закона од дванаест таблица. Јер да је Закон изрично говорио о туторству Помпоније не би имао потребе да тумачењем изводи право именовања татора већ би једноставно навео текст Закона.

б) Гај наводи ову одредбу Закона од дванаест таблица баш са жељом да њоме докаже да је некада било дозвољено легатима и ослобођењима исцрпсти целу имовину а наследнику оставити само голо име (17). Њему би за ову прилику баш одлично послужило текст који садржи у себи „*rescunia*“. Тим пре ако је ова реч, како то Солаци тврди (18), употребљавана у Закону од дванаест таблица за означавање и *res mancipi* и *res nec mancipi*. Ако је, можда, Помпоније и збио оригинални текст Закона од дванаест таблица да би из њега извукао „*latissima potestas*“, како то Солаци мисли (ор. cit. стр. 39—40), Гај свакако није имао потребе да то уради. Сужавање текста би ишло само на штету његове аргументације. Чињеница да он ипак наводи сужен текст а из њега тек тумачењем извучи могућност располагања целокупном имовином, доказује да је он тако сужен био и садржан у Закону од дванаест таблица.

в) *Institutio heredis* је принцип који је одувек био *caput et fundamentum testamenti*. Дужности које је *heres institutus* добијао од завештаоца, чак и много доцније од Закона од дванаест таблица, биле су многобројне и нису се односиле само на имовину. Оне су биле опште познате и не свуда једнаке. Зато их није ни потребно набрајати. Израз „*suae rei*” имао је своје довољно одређено и јасно

(16) Ivo Milić, ор. cit. стр. 23, дозвољава могућност да је овај део Помпонијевог текста интерполиран при уношењу у Дигеста, као и да Помпоније није довољно познавао историју римскога права.

(17) Gaius, *Institutiones* II, 224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, quae cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset id ratum haberetur, his verbis: „uti legassit suae rei, ita ius esto”.*

(18) Супротне мишљење је изнео Cuq, (*Recherches historiques, Revue historique*, 1886, p. 540) а заступају га и Mittels (*Rom. Privatrecht*, S. 587, 555, 559). Из чињенице што Закон у истој табlici на једном месту употребљава реч *rescunia* а на другом *familia*, они закључују да им треба и придати различито значење, а разлику између *rescunia* и *familia* упоређују са разликом између *res mancipi* и *res nec mancipi*.

значење. Употребљен у једнини, он је означавао све оно о чему би *de cuius* могао говорити у тестаменту, све оно што је он имао право и могућност да у њега унесе, исто тако као што је израз *res publica* употребљен у једнини означавао државу и укупност свих њених права и дужности. Код примитивних људи то је врло честа, обична појава да се изрази за апстрактне појмове праве од назива појединих предмета. „Цео духовни речник примитивнога света је читав низ метафора (напр.: за мислити и мерити употребљава се иста реч)“ (19). Израз *suae rei* је дакле имао врло широко значење и заиста давао *latissima potestas* али само онакву каква се могла замислити у време доношења Закона од дванаест таблица, какву су условљавали тадањи материјални услови, економска структура, односи у породици, религијски прописи и схватања Римљана, а она је била утврђена и свима позната (20).

У нашој литератури је ово питање додирнуо К. Смирнов (21). За њега је „несумњиво да је наш текст дванаест таблица свакако морао садржати реч *tutelave*, јер није могуће да се реч *legassit* тумачи у смислу наименовања татора“. Ово тврђење К. Смирнова је неосновано јер да је такво тумачење могуће и чак да је употребљавано доказује баш цитирани Помпонијев текст. Осим тога ако би и било тачно да реч *legassit* није обухватала и право именована татора, то још не значи да је Закон од дванаест таблица морао садржати реч *tutelave*.

Из истих разлога морамо одбацити и Солацијеву хипотезу да је текст Закона од дванаест таблица гласио: „*uti legassit super familia tutelave...*“ (22). Она је у противречности са свим наводима

(19) P. Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sull origine dell eredita* (Buletino dell Istituto di diritto romano XXVII, 1915), p. 115.

(20) Супротно мишљење имају присталице т.зв. теорије легатског тестаментa чији је творац Ленел (Lenel Otto, *Zur Geschichte der heredis institutio*, у збирци: Vinogradoff, *Essays in Legal History*, 1916 год.) а коју у нашој литератури заступају Смирнов, (Поводом питања о завешталачкој слободи по римском праву, Архив за правне и друштвене науке, 1922 год.), и Иво Милић, (Око постанка опоруке, *Rad Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti*, 1951 год.). Они сматрају да израз *suae rei* има у виду конкретне ствари које сачињавају имовину *de cuius-a*, па из тога закључују да тестамент није садржао именоване *heres-a* него само располагање појединим деловима имовине путем легата. Јасно је да је Закон, ако је хтео то рећи, морао употребити овај израз у множини.

(21) Нав. дело, стр. 93 пр. 1.

(22) Нав. дело. Ево његове аргументације: „Децемвири су употребљавали реч *resunia* у значењу или ширем или бар истом као и *familia*“ (стр. 44). „*Familia* је у језику Закона од дванаест таблица означавала све телесне ствари, као што то потврђује Уллијан у D. L. 16, 195“ (стр. 42). Није тачно гледиште, заступано од више аутора, да је *resunia* означавала *res nec mancipi*, а *familia res mancipi* (стр. 40—41). „Оригинални текст табле V, 3 гласио је: *super familia tutelave*. Доцније, пошто више није било јасно имо-

римских правника. Осим тога по Солациу реч *familia* значи исто што и *rescunia*, па према томе све што је напред речено за *rescunia tutelave* вреди и за *familia tutelave*.

Закон од дванаест таблица је садржао дакле следећу одредбу која се односила на тестамент: *uti legassit suae rei ita ius esto*. Осим тога садржао је одредбу која је, регулишући интестатско наследно право, направила алузију на тестамент. То је: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*.

*

Да ли ове одредбе Закона имају у виду апсолутну завешталачку слободу, онакву каква је постојала у римском класичном праву и какву присталице „класичне теорије“ приписују и најстаријем тестаменту? Не. Оне претстављају једну целину и имају за задатак не да прогласе апсолутну завешталачку слободу *patetfamilias-a*, већ да учврсте његово право на прављење тестамена, да учврсте првенство тестаменталног наслеђивања над интестатским (23) и да регулишу однос агната и гентила према имовини *de cuius-a*. Оне, истина, ослобађају *de cuius-a* од контроле, притиска и претензија агната и гентила и дају му слободу при прављењу тестамена, али не неку апсолутну апстрактну слободу већ условљену тадашњим могућностима и тадашњим схватањима, који су били такви да нису омогућавали екскхередацију *sui*.

Тестамент је настао у времену када се *consortium* распадао и када се стварала индивидуална приватна својина. Он је помогао шефу породице, који се претворио у индивидуалног приватног сопственика, да обезбеди својој сопственичкој вољи утицај и после своје смрти. Стварање индивидуалне приватне својине нужно је уносило промене у дотадашњи ред наслеђивања. При гентилској својини, генс је наслеђивао имовину свих својих чланова; при својини *consortium-a* — агнатске породице — право генса на наслеђе бива потиснуто првенственим правом агната на наслеђе; при индивидуалној приватној својини, при моногамој породици, сопственик жели да обезбеди имовину за своје потомке, потискујући тестаментом права агната и гентила на наслеђе²⁴). „Овде видимо постепено продирање у гентилни обичај нових правних одредаба, проузрокованих повећаним богатством и моногамијом: првобитно једнако наследно право гентилних другова најпре је — свакако врло рано као што је горе поменуто — ограничено у пракси на

винско значење речи *familia*, писци су је заменили, један пут са *rescunia*, други пут са *familia rescuniaque*. *Epitome Ulpiani XI, 14* потиче из једног извора који је имао *super rescunia a Цицерон је научио од свога учитеља да каже: super familia rescuniaque*” (стр. 42).

(23) Супротно мишљење има И. Милић, нав. дело.

(24) Ову тезу усваја и М. Хорват, нав. дело стр. 138.

агнате, најзад на децу и њихове потомке по мушкој лози; у Закону дванаест таблица ово се јавља, наравно, у обрнутом реду”(25).

Разумљиво је да се гентили и агнати нису лако мирили с тим и да су услед тога често настајали сукоби, нарочито од појаве тестаментa који представља преокрет у наследном праву. То је разлог из кога је у Закону дванаест таблица посвећено доста одредаба — скупљених у таблицу V (по Жирану) — регулисању односа између гентила и агната са једне стране и *sui* са друге. Тако напр. одредба бр. 10 утврђује право чланова да захтевају деобу консорциума — *actio familiae erciscundae*; бр. 9 одређује судбину дугова и потраживања приликом деобе; број 7 регулише право агната и гентила на *cura furiosi*; број 6 регулише њихово право на туторство.

У низу ових одредаба налазе се, једна за другом као једна целина, и три одредбе које регулишу наследно право. Оне су исто тако имале за циљ да отклоне спорове око права *paterfamilias*-а на прављење тестаментa и тeстаторовог права да за наследнике именује *sui*, потискујући наследна права агната и гентила. Одредба *uti legassit...* прописује да *paterfamilias* има право да прави тестамент и слободно — без учешћа и контроле својих агнатских и гентилних сродника са којима је некада био у породичној заједници и који су га по ранијој пракси наслеђивали — одреди наследника и учини распоред своје имовине (*uti legassit suae rei ita ius esto*). Тек ако нема тестаментa (*si intestato moritur*) а то ће се десити ономе који нема *sui* (*cui suus, heres nec escit*), агнати имају право на наслеђе (*adgnatus proximus familiam habeto*) а тек ако нема њих (*si adgnatus nec escit*) гентили имају право на наслеђе (*gentiles familiam habento*) (26).

То је све што одредбе Закона од дванаест таблица говоре о наследном праву. Оне само учвршћују право *paterfamilias*-а да прави тестамент, учвршћују првенство тестаменталних наследника над интестатским, и прописују када тек агнати и гентили могу полагати право на имовину једног свог умрлог члана. У садржину тестаментa и садржину *hereditas*-а Закон се не упушта. То је „*sua res*”, то је „*familia*”, појмови чија садржина је тада била јасна, па нису захтевали никакво објашњење. Шта су они могли значити тада, да ли су могли обухватати „апсолутну“ завешталачку слободу *paterfamilias*-а, „право на ексхередацију“ *sui* и право *paterfamilias*-а да имовину остави *extraneus*-у, видели смо напред анализирајући укратко тадању економску структуру, породицу и религију Римљана. Помпонијево тумачење овога текста Закона (D. L, 16 120:

(25) Енгелс, Порекло породице, стр. 124.

(26) Аргументацију за овакво тумачење овог текста Закона дванаест таблица не износим јер је она предмет посебног рада од кога узимам само закључак.

„Verbis legis XII tabularum his... latissima potestas tributa videtur... Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium”, стварно ништа не мења. Оно је, очигледно, само Помпонијево тумачење овога текста, које му је било потребно, а коме је прибегао по познатој навици римских правника да настоје да својим мишљењима прибаве ауторитет Закона од дванаест таблица.

IV. *Аргументи извучен из Querela inofficiosi testamenti.* — Други ослонац класичне теорије јесте querela inofficiosi testamenti. Најстарији правни текстови који помињу ову тужбу су из времена Гаја а они се позивају на конституције из времена Трајана (27), али се у делима неких историчара и оратора још много раније помињу тестаменти који су нападнути због тога што су противни officium pietatis. Тако Valerius Maximus (28) помиње такав случај пре 49 и 48 године пре н.е., а Quintilianus (29) после 5 године н.е. Према резултатима истраживања она је постала пред крај Републике или почетком Принципата и резултат је праксе колегије центумвира (30). Присталице класичне теорије сматрају да је увођење ове тужбе прво ограничење завешталачке слобода и да је оно настало „у моменту када су тестаменти, противни officium pietatis, почели вређати јавно мњење” па је колегија центумвира „дошла на мисао да прибегне једном средству које јој је можда сугерирала слична пракса грчких судова, да би заштитила интестатске наследнике, за које јој се чинило да су неправедно лишени наслеђа” (31). Пре тога је постојала апсолутна завешталачка слобода, коју није ограничавала ни обавеза de cuius-а да помене у тестаменту чланове своје породице и за коју извесне присталице класичне теорије (нарочито Жирар) сматрају да је постојала још у време Закона од дванаест таблица. Јер „... слобода остаје потпуна иако је њено коришћење подвргнуто формалностима: обавеза наметнута шефу породице да претходно лиши имовине sui да би могао оно што би њима припало дати другоме, не сужава његову слободу да их ексхередира, као што ни обавезна употреба свечаних речи при именовану наследника не сужава његову законом установљену слободу да именује кога хоће; као што ни обавеза да претходно именује наследника да би могао чинити легате, ослобођења, именовање татора не сужава његову законом установљену слободу да именује кога хоће; као што ни обавеза да претходно именује наследника да би могао чинити легате, ослобођења, именовање татора не сужава његову слободу да одреди легате, врши ослобођења и именује таторе“³²).

(27) D. V, 3, 7.

(28) V. M. VII, 7, 2; VII, 8, 2.

(29) Inst. or. 9, 2, 9, 23.

(30) Cf. Girard 909; Monier p. 624 et suiv.

(31) Girard, op. cit. p. 909.

(32) Girard, op. cit. p. 900 n. 2.

Чињеница да је т.зв. нужно наследно право као и ограничење легата настало тек пред крај Републике, никако не доказује да је у римском праву Закона од дванаест таблица постојала апсолутна завешталачка слобода, односно да је постојала раширена пракса да *paterfamilias* искључи чланове своје породице из наслеђа и за наследника постави *extranei*. Из којих разлога би се „схватање јавног мњења” да ексхередација *sui* претставља „повреду *officium pietatis*” појавило тек пред крај Републике, ако је и пре тога, постојала пракса ексхередације? Из којих разлога би овакви поступци пред крај Републике претстављали атак на *officium pietatis* и вређали јавно мњење, а у време Закона од дванаест таблица не?

У другој половини Републике то је била много мања неправда према члану породице, него у време Закона од дванаест таблица, јер је таквом сину тадашња економска структура давала пуно могућности да као слободан човек, не умањујући свој друштвени ранг прибави потребна средства за живот. Могао је ступити у војску, која је тада била професионална; ступити у другу државну службу — нарочито у провинцијама; узети у закуп део државне земље, ступити у ортаклук са финансијером и предузети неки трговачки посао или узети у закуп државне радове, узети новац на зајам од банкара и предузети самостално неки посао, бити финансиран од другог при избору за магистрата итд. Све ове могућности нису постојале у време Закона од дванаест таблица. Укратко, у време када се *querela inofficiosi testamenti* појавила, зависност чланова породице од наслеђене породичне имовине је много мања него у време тестаментa *salatis comitiis*, па би њихово искључење из наслеђа, ако би се таква пракса појавила у време Закона од дванаест таблица, знатно више претстављало повреду *officium pietatis* и знатно више вређало јавно мњење него у време центумвира.

Реч је о томе да се *querela inofficiosi testamenti*, као и ограничење располагања легатима, заиста појавила као реакција на повреду *officium pietatis* коју је изазивала пракса ексхередације *sui*. Али баш то доказује да су пракса ексхередације и право *paterfamilias*-а да за наследника постави *extraneus*-а, настали пред крај Републике и да раније нису постојали. Јер је ексхередација *sui* била одувек, откад се у пракси појавила, повреда *officium pietatis*. Она је по својој суштини таква да мора одмах изазвати реакцију и бити ограничена. Особито у време Закона од дванаест таблица, када би оваква пракса, видели смо, била не само повреда *officium pietatis*, него и најтежа казна за чланове породице, поступак који нормалном Римљанину тога времена заиста није лако улазио у главу.

Пред крај Републике ексхередацију су омогућавали развијена трговина, релативно лака могућност набавке робова и добијања државне земље, развијено занатство и груба експлоатација провин-

ције, с једне стране, а дезагрегација римске породице (која је у овом времену узела маха), потпуно попуштање старог патријархалног морала и луксузан, беспослички, готово разблудни живот римских робовласника, који се почиње увлачити са почетком распаѓања робовласничког друштва и контактом са Истоком с друге стране.

Но истовремено баш у овом времену масовна појава ексхередиције *sui* и именовање *extranei* за наследнике преставља специјалну опасност за нобиле, који су се тада налазили у оштрој борби за опстанак са новим слојем робовласника еквестрима, који су производ нове економске структуре Рима. Јер за једног нобила, чија се економска база налазила у наслеђеном средњем земљишном поседу и наслеђеном породичном угледу који је омогућавао избор за магистрата, а чије је упориште био сенат, искључење из наслеђа значило је принудити га да се бави трговином, занатством или другим занимањима која су таквог човека водила у еквестре или популаре, или чак у пролетере. То је пак значило слабење нобила у борби за очување својих позиција.

Укратко, за интервенцију у овом питању, за ограничење слободе избора наследника и располагања имовином, постојали су сви они разлози који су изазвали и кадукарне законе, и забрану сенаторима да именују за наследнике жене, и ограничење броја ослобођених робова. И ова интервенција, ограничење слободе избора наследника и располагања имовином, дошла је чим су се такви случајеви почели у пракси појављивати, и то најпре у виду формалног нужног наследног права, затим у виду *querela inofficiosi testamenti* и *lex Furia testamentaria*, *lex Voconia* и *lex Falcidia*. У старом праву оваквих ограничења и забране није било јер није било ни таквих случајева па није имало шта да се ограничи или забрани.

•

De *cuius*, дакле, није у првобитном римском праву могао искључити чланове своје породице (*sui*) из наслеђа, нити именовати за наследника некога странца (*extraneus-a*).

Др. Драгомир Стојчевић
