

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ТРОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

Година VI

Април—Јун 1958

Број 2

TABULAE CERATAE HERCULANENSES И EXPENSILATIO

За разлику од Помпеја, који су затрпани кишом ужареног пепела који је носио са собом пламен и палио све што је могло горети, Херкуланум је потопљен дебелим слојем лаве, која је истина била довољно течна да продре у све шупљине града и унутрашњост кућа, али није носила са собом пламен и није изазивала пожар. Због тога су у Помпејима само у неколико случајева сачувани дрвени делови кућа и дрвени предмети а само на једном месту сачувала се збирка дрвених таблица премазаних воском (*tabulae ceratae*), на којима су Римљани писали (1). У Херкулануму су истина ископавања врло тешка и скупа, јер се лава временом претворила у чврсту камену масу у коју је узидан град, али зато, насупрот Помпејама, у њему је правило да су сачувани дрвени делови зграда, више или мање карбонизирани под дејством влаге (2), па су зато налазишта приватних архива писаних на таблицама премазаним воском много чешћа. Досад већ, располаже се доста богатом збирком таблица пронађених у кућама људи врло различитог економског и друштвеног положаја. С обзиром да је досад откопан само мали део града и то не онај централни, пословни, и с обзиром да је техника откопавања веома усавршена а руковођење радовима поверено испробаним стручњацима, потпуно је оправдана нада да ће будућа откопавања огромно обогатити збирку овог тако драгоценог материјала за упознавање живог римског грађанског права (нарочито облигационог), које се примењивало у свакодневном животу при ситним и крупним пословима пословних људи и обичних грађана (3). Оне ће несумњиво допринети да се још више попуне празнине у нашем познавању римског права у његовом најважнијем периоду (класичном) у коме-

(1) 153 „apoche Iucundianae” откопане у кући банкара Caecilius-a. Iucundus-a.

(2) А не топлоте. Тако мисли Мајури (Amadeo Maiuri: *Tabulae ceratae Herculanenses*, „La parola del passato”, 1946 стр. 373—379) који руководи ископавањима Херкуланума и који је несумњиво највећи стручњак у овој области. Њему дугујемо највећи број информација о ископинама Херкуланума и таблицама изнетих ода.

(3) Јер без материјала овакве врсте ми познајемо углавном правне прописе (тј. право какво би законодавац желео да буде примењивано у пракси) и случајеве расправљане у делима правника (тј. случајеве који су били спорни, омогућавали различито тумачење). Свакодневну живу нормалну правну праксу која није изазивала спорове уствари познајемо само посредно или из релативно оскудног материјала пронађеног у таблицама трансилванских рудника и Помпеја и египатским папирусима.

је оно достигло свој врхунац и обезбедило себи славу која још увек траје и која ће несумњиво још дуго трајати.

Прве *tabulae ceratae* пронађене су у Херкулануму још у XVII веку, заједно са славним папирусима на којима су писана дела филозофа епикурејаца. 19 октобра 1752 у дневнику ископавања забележено је да је ископано шест, а 24 фебруара 1754 „фрагменти од око 23 таблице”. Али тада, поред сензације коју је изазвао проналазак папируса са делима епикурејаца, нико није обраћао пажњу на таблице, тако да им се не налази нигде никакав траг. Отада па скоро за два века чак се ни у записницима ископавања не помиње да су пронађене таблице.

Тек приликом ископавања извршених почев од 1930 под руководством Амадеуса Мајурија, нађено је у неколико кућа неколико стотина таблица. Неке од ових кућа су станови трговаца и пословних људи, смештени уз магацине и радње, неке су луксузни станови богатих људи а друге станови људи средњег сталежа невезани за пословне просторије. Заједничко им је свима (изузев једног случаја) да су пронађени (као и у Помпејима) у задњим деловима стана, на горњем спрату и у просторијама више или мање тесним и неудобним са оскудним намештајем. То даје могућност да се претпостави (4) да је старање о породичној архиви овакве врсте било обично поверено робовима или ослобођеницима.

Различитом друштвеном положају власника потпуно одговара шаренило у погледу форме и садржине таблица. Највећи број су, наравно, триптици (три листа-таблице спојене и преклопљене једна преко друге) али их има и од 5-8 листова-таблица. Међу њима има и неколико примерака, за чији се изглед досад знало само из описа у једном египатском папирусу из IV века (5). Њихови дрвени листови су тако танки да цела таблица од 8 листова није дебља од 12-13 mm, а празнине између листова, да се восак разних листова не би додиривао, добијена је тако што је остављан на сваком листу неиздубљен рам и један квадрат у центру. И начин писања је врло различит. Поред елегантног *ductus* писма очигледно професионалних писара, срећу се (чак и у богаташкој отменој великој кући као што је *casa di Bicentenario*) текстови писани од неуке руке која показује низак културни ниво писаца (6). У другим случајевима брзо и енергична рука пословног човека само је назначила слова кратким правим потезима разне јачине. На највећем броју таблица налази се на полеђини, спољној страни, која није премазана воском, једне од таблица кратка белешка писана *altramentum*-ом о врсти докумената, име лица на које се односи и сума новца која је у питању.

(4) Maiuri: op. cit.

(5) Писац папируса ставља у задатак брату да му купи у Александрији, између осталог: „правоугаону таблицу великих димензија, од 10 танких листова а између њих се налази мало дрво да се не би восак листова додиривао” — Arangio-Ruiz: *Les tablettes d'Herculaneum*, „Revue internationale de droit de l'Antiquité”, 1948, стр. 9—25.

(6) Giovanni Pugliese-Carratelli: *Tabulae Herculaneenses II*, „La parola del passato”, 1948, стр. 165—166.

Стање у коме се таблице налазе је врло рђаво и њихово читање и дешифровање ствара огромне тешкоће. Карбонизирано дрво се налази у крајње ломљивом стању; велики притисак дебелог слоја лаве оштетио је или потпуно деформисао велики број таблица; топлота лаве је истопила восак (7) а карбонизација дрвета под дејством влаге га је усисала у дрво, тако да је или сасвим нестао или је сведен на крајње танак слој који онемогуђује читање. Срећом, у неколико случајева невешта рука писца запарала је јаче *graphium*, пробила восак и оставила траг на дрвету, тако да се та места лакше читају. Исто тако много се лакше читају спољашње стране таблица које нису биле премазане воском, него су на њима сведоци ставаљани, потписе или власник, као *scriptura exterior* или *indices*, стављао белешке мастилом. Али и ту велику тешкоћу при читању и дешифровању задају разноврсни рукописи и разноврсна техника који су употребљавани при писању. Због свега тога морамо се помирити са тиме да ће подаци добијени са таблица бити скромни но ипак изванредно значајни с обзиром на чињеницу да таквог материјала имамо врло мало.

Читање и дешифровање таблица ипак напредује захваљујући не само стручности и залагању него и изванредном проналазачком духу који у њега уносе проф. Ђовани Пуљезе-Каратели, филолог и историчар, и проф. Вићенцо Аранђо-Руиз, правник и романиста. Захваљујући њима досад су објављени у часопису *La parola del passato* (8) читљиви делови текста са 87 таблица. Садржина таблица односи се на најразличитије правне послове — једва се нађу две таблице које се односе на исти правни посао. Зато се већ из објављених текстова види да је то збирка докумената много богатија од збирке из трансилванских рудника и свега што су досад дали папируса.

Међу дешифрованим и објављеним таблицама налазе се две (9) које се односе на *expensilatio*. О овом једином и врло необичном и интересантном литералном контракту римскога права, због недостатка података, врло мало знамо, па нас многа питања муче. Због тога ове две таблице привлаче пажњу, а помоћ коју нам оне пружају, иако врло скромна, ипак је врло драгоценна. Нажалост код обе ове таблице могла се прочитати само спољна страна писана мастилом, са идентичним текстом (изузев имена и сума) у обе таблице који гласи: *chir [ographum] L. Comini Primi* [односно *L. Antonii Corisci* у другој табlici] *ex nomine facto*, и десно од првог реда износ дуга. Те таблице су, дакле, биле писана изјава дужника (*chirographum*) којом потврђује постојање једног дуга *ex nomine facto*, тј. који је на-

(7) Тако мисли Arangio-Ruiz: *op. cit.* За доказ наводи полицу пронађену у једној кући на којој се налазило двадесетак таблица и неколико родни папируса и на којима се виде трагови воска који је текао од таблица према папирусима.

(8) „La parola del passato”, III, 1946, стр. 373—385, 12 таблица; VIII, 1948, стр. 165—184, 18 таблица; XXXIII, 1953, стр. 455—463, 28 таблица; XXXIV, 1954, стр. 54—74, 17 таблица; XLV, 1955, стр. 448—477, 12 таблица.

(9) Таб. III и X објављене у „La parola del passato” III, 1946:

стао уписом у повериочеве рачунске књиге (*expensilatio*). Усто на једној од њих се виде јасно трагови да је била залепљена за лист папируса, због чега Аранђо-Руиц (10) с правом верује да је поверилац био спојио заједно *chirographum* дужника и лист свога *codex-a accepti et expensi* или можда *adversaria*, на коме се налазио одговарајући упис тога потраживања.

Какве нам закључке дозвољава овај скромни текст таблица?

Проф. Аранђо-Руиц је већ истакао да он преставља „непобитни доказ да форма прописана за литерални контракт није била довољна да пружи доказ на суду да дуг постоји и да је зато требало снабдети са другим доказом” (11). Овим таблицама смо, дакле, добили доказ да је неосновано мишљење Момзена, и његових присталица „да је уписивање у *codex* код *expensilatio* исто што и доказна снага трговачких књига (коју познају нека савремена права): реч човека који има репутацију поштеног грађанина не само да има снагу против њега него и у његову корист” (12). У том погледу таблице не престављају тако велико откриће јер смо и досад располагали са три сведока који су то врло убедљиво доказивали. Први је Цицерон који изрично каже да се не може без подозрења цитирати сопствени *codex* као основ дуга и пита се да ли се икад видело да је брат затворених очију примио оно што је записано у кодексу његовог брата (13). Други је Сенека (који је писао приближно у исто време из кога потичу и херкуланумске таблице) који говори доста о тешкоћама поверилаца да обезбеде доказ за своја *nomina* (14). Најзад трећи је Аулус Гелиус који говори о тешкоћама судије пред којим се налази поштен човек који нема никакав доказ против лупежа, и наводи најчешће практиковане начине да се поверилац унапред осигура против оваквих дужника (15).

Несумњиво је, дакле, следејући сва ова сведочанства, да сâм упис у повериочеве књиге није био довољан доказ пред судом да дуг постоји и да је поверилац био принуђен да тражи друга, допунска, сигурнија доказна средства. Нама овакав закључак у првом моменту смета, јер смо, као што су то већ истакли Аперт и Аранђо-Руиц (16), навикли да у писмену видимо доказно средство *par excellence* па у трговачком пословном свету чак и онда када је упис у

(10) Arangio-Ruiz: op. cit.

(11) Op. cit.

(12) Mommsen: *Histoire romaine*, III, стр. 331.

(13) Cicero: *Pro Roscio comoedo* § 1—2: „Suum codicem testis loco recitare admodum arrogantiae est [...] Si tabulas C. Fannius accepti et expensi profert suas, in suam rem suo arbitrato scriptas, quo minus secundum illum iudicetis, non recusos. Quis hoc frater fratri, quis parens filio tribuit, ut, quodcumque rettulisset id ratum haberet?”

(14) L. Annaei Senecae: *De beneficiis* II, 23 i III, 15.

(15) Aulus Gellius XIV, 2. Он наводи ове могућности: узети сведоке, тражити да се прегледају дужникове књиге, јер у њима може бити трага о постојању дуга, или се може нотирати дуг код *pagarii* (за које се претпоставља да су банкари — види Girard: *Manuel*, 8 изд., стр. 530, пр. 1; *Mitteis: Trapezitika, Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 19 (1898), стр. 242; *Cuq Manuel*, стр. 423). Интересантно је да међу њима не наводи хирографум, тј. начин који је, као што видимо, практикован у Херкулануму. Он је само примецице наводио па је, можда, овај начин случајно изоставио.

(16) Appert: op. cit. 619—620; Arangio-Ruiz: op. cit., стр. 15.

књиге извршио сам поверилац. Али морамо имати на уму да уписивање у повериочев *codex* код *expensilatio* није било акт обезбеђења доказа него конститутивни акт који је стварао облигацију. Показујући свој *codex* суду поверилац доказује само да су испуњене формалности нужне на настанак облигације, али му још увек остаје да свим другим доказним средствима којима располаже доказује, ако то дужник оспори, да је на упис имао право и да је уписао баш онако како је имао право.

Међутим, из свих горе наведених извора као и из херкуланумских таблица, највише што се може закључити то је да се упис у сопствене књиге не може употребити као доказ у периоду од Цицерона и даље, дакле у времену када је и поверилац из стипулације (која је несумњиво настајала само изговарањем речи и за коју сигурно знамо да у ранијем периоду није задавала никакве тешкоће повериоцу при доказивању, иако није имао сведоке или писмену исправу) имао исте тешкоће и био принуђен да обезбеди писмени доказ — *instrumentum*. Никакав закључак у том смислу се не може из њих извући за период пре Цицерона а нарочито не за право периода Закона од дванаест таблица. Напротив, целокупна структура римског друштва и римског права периода „краљевства” и прве половине републике, велика улога религије и магије и свечаних гестова и речи и ритуала сваке врсте у животу Римљана тог периода, све оно што знамо да се из основа изменило после Пунских ратова, мењајући са собом и правне обичаје и правна схватања и стварајући средину у којој је *instrumentum* и *chirographum* нужан да се доказује чак и постојање и садржина стипулације и експенсилације, а нарочито упоређење са историјом стипулације која нам је позната, дозвољавају претпоставку (чак и веровање) да је уписивање у *codex* код *expensilatio*, као и изговарање свечаних речи код *stipulatio*, у својим првим деценијама и вековима било довољно осигурање за повериоца, без икаквих других допунских доказних средстава.

Осим тога што доказују да у одређеном периоду упис у кодекс код експенсилације није био довољан доказ пред судом о постојању дуга, мени се чини да херкуланумске таблице дозвољавају и друге закључке који могу помоћи да се ослободимо извесних теорија и претпоставки и тиме још више прокрчимо видик према тој тако интересантној а нашем оку још далекој и нејасној установи римскога права.

(Пре свега таблице намећу (или бар дозвољавају) закључак да за настанак контракта уписом у повериочев *codex* није био нужан одговарајући упис у дужников *codex*, нити какав други акт сагласности дужникове воље. Против тезе да је за настанак литералног контракта био потребан и одговарајући упис у дужникове књиге, изнето је досад доста аргумената које није потребно понављати. Сам Аулус Гелиус (17) нам каже да поверилац може доказивати своје

(17) Aulus Gellius XIV, 2.

право на тај начин „што може бити трага о потраживању у дужниковим књигама”. Ако је за настанак контракта био нужен одговарајући упис у књиге дужникове, онда би се поверилац на време побринуо да тај упис буде извршен. Тада не би била реч о евентуалном трагу него о упису, а дужник је морао, то се већ из Гелиусовог текста види, показати своје књиге на захтев *iudex*-а. Гелиус даље сматра траг у дужниковим књигама самосталним доказом и доказом једнаке вредности као и доказ сведоцима или уписом код *pararii*. Према томе, ако је упис у дужникове књиге морао бити извршен, не би био потребан никакав други доказ повериоцу (јер се несумњиво непоказивање књига од стране дужника на позив *iudex*-а сматрало признањем да упис постоји) па ни дужников *chirographum*. Изузев ако је можда у питању претерано опрезан поверилац који се обезбедио од сваке евентуалности. Ова претпоставка није сасвим искључена. Најзад, пошто је *expensilatio* закључиван најчешће *inter absentes* (18), двоструки упис би компликовао поступак, што није својствено Римљанима, и лишио повериоца свих, као што ћемо доцније видети, огромних преимућстава које му је *expensilatio* пружала (19). У склопу свих тих (и дургих познатих) околности употреба *chirographum*-а код литералних контракта, потврђена херкуланумским таблицама, може се узети као још један аргумент за гледиште да је за настанак контракта *expensilatio* био довољан само упис у повериочев кодекс. Из истих разлога и са истом аргументацијом се да закључити да за настанак контракта није било потребно, није се захтевало, никакво садејство сведока. Јер, у присуству службених сведока повериоцу не би био потребан дужников *chirographum*, а ако би се и правила нека писмена исправа онда то не би био *chirographum* него *syngrapha*.

Најзад, херкуланумске таблице посредно доказују да за настанак литералног контракта *expensilatio* није био потребан пристанак, изјава воље дужника, односно сагласност воља странака у класичном значењу тога израза. *Chirographum* садржан у таблицама није изјава сагласности воље дужника, него је *ex nomine facto*, тј. односи се на већ перфектан контракт закључен *litteris* (20). Ако је за настанак контракта била потребна сагласност воље дужника, онда је она, пошто је контракт закључиван *inter absentes*, могла бити дата само писменим путем. У том случају повериоцу не би био потребан *chirographum* о већ закљученом контракту, јер би располагао писмено сагласношћу воље дужника као потпуно довољним доказом. Према томе пракса, потврђена херкуланумским таблицама, да поверилац тражи *instrumentum* од дужника *ex nomine*, посредно доказује да поверилац при упису у *codex* није морао имати изјаву сагласности воље дужника.

(18) Gaius II, 138: „sed absenti expensum ferri potest”.

(19) Appert: *op. cit.*, стр. 621.

(20) Израз „*ex nomine facto*” у класичном и Јустинијановом речнику указује на литерални контракт *expensilatio*.

Овакав закључак нас може у првом моменту изненадити јер смо, почевши од касног класичног римског права до данас, навикли да у сагласности воља странака видимо елемент без кога не може бити контракта и да дефинишемо контракт као сагласност воља странака. Међутим, не треба заборавити да је тек Педиус (21) приметио да облигације које су закључене *sive re sive verbis* почивају на сагласности воља странака. Она је постојала и раније, али је римски правници нису примећивали, нису јој придавали значај. Зато се у преторском едикту не прави разлика између контрактних и деликтних облигација (22) него се све облигације деле (23): на оне које *agantur*, тј. које су настале из неког материјалног акта (*verbis sive re*) односно изговарањем свечаних речи или давањем ствари; на оне које *gerantur*, тј. оне које су настале *sine verbis* (уства-ри деликтне); и на оне које *contrahantur*, тј. оне „које Грци називају синалагма” — овим изразом се, дакле, не указује на сагласност воља него на узајамност потраживања (24). Из истих разлога Гајус (25), а слично њему и Јулианус и Улпианус (26), не прави разлику између правно неоснованог богађења и контракта, него их све заједно сврстава у групу „контракти”, којим именом назива облигације настале из свих дозвољених радњи, за разлику од деликата који су настали из недозвољених радњи.

Ако је сагласност воља као основни конститутивни елемент уговорних облигација тако тешко крчила себи пут у време великих правника периода принципата, може се лако веровати да правници периода Закона од дванаест таблица и првих векова републике (тј. периода у коме је у праву царовала симболика, свечане речи и гестови и формализам, који је својим значајем покрио и потиснуо у задњи план и саму вољу странака и њихов економски циљ и подигао себе на степен *causae* дужникове обавезе) нису имали никакву преставу о том, доцније најзначајнијем, конститутивном елементу контракта. Да се то илуструје довољно је анализирати три основна правна посла тога времена: *mancipatio*, *in iure cessio* и *stipulatio*.

Суштина *mancipatio* и *in iure cessio* састоји се у томе што прибавилац својом једностраном изјавом воље (наравно уз прописани

(21) D. II, 14, 1, 3: „Nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem sive re sive verbis fiat”. J. C. Van Oven (D. II, 14, 1, 3: Quid dixit, quid sensit Peditus?, „Iura”, 1953, стр. 114—123) чак мисли да је тај текст интерполиран и да није Педиус, него да су то каснији правници констатовали.

(22) По мишљењу Момзена (Mommsen: Droit pénal I, стр. 11, пр. 3 и II, стр. 223, пр. 3) ј Ф. Девишера (F. De Visscher: Etudes de droit romain, 1931, стр. 270—271), је први приметио Sabinus да изванредан број облигација имају заједничко то што су настале из недозвољених радњи, а по мишљењу А. Де ла Шевалерија (A. De la Chevallerie: Observations sur la classification des obligations chez Gaius, „Revue internationale de droit de l'Antiquité”, 1952, стр. 379—384) чак Гајус.

(23) Ulpianus-ов фрагмент који се позива на Labeo-a, D, L, 16, 19.

(24) У истом значењу употребљава се овај израз и у D, IV, 5, 2, 1 и D, XLIV, 7, 57. — Види Collinet: Comment le mot „contractus” a pris le sens de „contrat”, Комуникација одржана на састанку Société d'histoire de droit 1931, приказана у „Revue historique”, 1931, стр. 787.

(25) Gaius Inst. III, 88.

(26) D, XII, 6, 33; D, L, 17, 19.

ритуал) постаје сопственик ствари. И у једном и у другом случају морао је бити присутан „преносилац”, тј. онај коме је раније припала ствар. Али његова улога у оба случаја је пасивна — никакав акт његов није био потребан да би правни посао био ваљан. Од њега уопште ваљаност правног посла не зависи. Ми данас у тој његовој пасивној улози хоћемо да видимо „прећутну сагласност воље” као нужни елемент за ваљаност „преноса” својине. Међутим, ништа од тога: његово присуство у оба посла било је уствари нужно само зато да му се пружи могућност да својим изјавама спречи прибавиоца да његовом једностраном радњом (*re*) постане сопственик ствари. Ако он (или сваки други који је то могао право учинити — напр прави сопственик ствари) то у том моменту није учинио, готово је, *mancipatio* и *in iure cessio* имају „апстрактно” дејство: прибавилац остаје сопственик без обзира на то да ли је „воља” „преносиоца” била „манљива” и без обзира на то да ли је „преносилац” био заиста сопственик ствари.

Код стипулације би на први поглед изгледало да ствари стоје другачије. У питању повериоца и одговору дужника видимо сагласност воља странака. Међутим, ту нема никакве сагласности воља, она је постигнута раније али она нема никакав значај у тадашњем римском праву, она служи само за то да се на основу ње предузме церемонија стипулације, односно тачније речено да на основу ње странке пристану да приступе церемонији манципације. При самој церемонији, истина, и поверилац има активну улогу али дужник остаје обавезан не зато што је постигао сагласност воље са повериоцем, не чак ни зато што је примио противчинидбу од њега, него само зато што је изговорио магиску реч *spondeo* (27) којом се обавезао боговима да ће испунити оно што је обећао, или због тога што је поновио повериоцеве речи — *congruentia* (28). И овде уствари облигација настаје једностраним обећањем дужника. Зато је и стипулација „апстрактни правни посао”, који обавезује дужника без обзира да ли је примио противчинидбу па чак и онда ако је изговорио те речи без озбиљне намере да закључи контракт.

За Римљане, дакле, у времену када је *expensilatio* настала и била примењивана, није било ништа необично да облигациони однос настане једностраном изјавом воље једне странке. За настанак контракта *expensilatio* био је, дакле, довољан једностран упис у повероцев *codex*, без учешћа сведока, без одговарајућег уписа у дужников *codex* и чак без изјаве ма у којој форми сагласности воље дужника (29). Овакав начин настанка облигације једностраним повериоцевим

(27) Düll: Zur römischen Stipulatio, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung”, 1951, стр. 191—216.

(26) H. Lévy-Bruhl: La „congruentia” dans la stipulation, Studi Pringsheim, 1953, стр. 49—53.

(29) Само по себи се разуме да то не треба схватити буквално—тако да је сваки грађанин могао по својој вољи, без икаквог основа или ван и преко свога права уписивати људе у свој *codex* и претварати их у дужнике. Поверилац је морао имати основ за упис и тај основ је пред судом морао, ако га дужник оспори, доказати. Тај основ је могао бити врло различит: претходни споразум странака који се уписом „прецизира” (како мисли

актом, ма да на први поглед изгледа врло необичан, није био једини случај у старом *ius civile*: *peritum* уствари није ништа друго. И он је настајао једностраним изговарањем, уз одређени ритуал, *damnatio* од стране повериоца. Дужник је ту присутан, као и код манципације „преносилац”, само зато да евентуално спречи дејство дамнације или, ако то не уради, да послужи као објект церемоније. Ни трага од његове улоге странке. Ипак је био обавезан да испуни облигацију и то под претњом одласка у ропство без *manus iniectio*. Али овде је дужник бар био присутан и имао могућности да спречи настанак обавезе. Код *expensilatio* изгледа није било ни тога јер се могла закључивати и *inter absentes*. Зато се морамо запитати да ли се и како дужник осећао обавезним да испуни овакву облигацију, зашто је судија сматрао оправданим да присили дужника да је испуни и како се дужник бранио од евентуалних злоупотреба повериоца?

Пут за одговор на ова питања даје нам Ивлен (30). Због тога мислим да херкуланумске таблице оживљавају његову хипотезу: да се уписивање у *codex* вршило одређеним речима са магиском снагом, које су повериоца чиниле одговорним пред боговима за основаност и тачност уписа а дужника чиниле обавезним да оно што је уписано испуни (31). По Ивлелу упис повериочев у *codex* је уствари врста *devotio* коју су стари Римљани употребљавали у односу на своја породична божанства и уопште божанства нижег ранга (*dii inferii*). То је био више магиски него религијски ритуал (за разлику од *vota*) и састојао се у томе што је грађанин једностраним актом, изговарањем или писањем одређених формула, обавезивао божанства да раде или понашају се на одређени начин. Њихов основ налази се у веровању да је судбина унапред установила извесну равнотежу у односима између људи и место сваког човека у друштву. Човек сме мењати свој положај али не сме мењати равнотежу. То значи да може учинити нешто у своју корист само онда ако има право да то учини на штету неког другог — ако му то онај други дозволи или ако је то право стекао тиме што се одрекао нечега, дао нешто или учинио у корист тог другог лица. Тој претстави Грци дају име *nemesis* (32). Она се доцније претворила у божанство које треба да чува равнотежу између позитивних и нега-

Appert: op. cit., стр. 621); пречишћавање и салдирање претходних разних пословних односа (transcriptio a re in personam који наводи Гајус); претварање у контракт заштићен тужбом неког *nudum pactum*-а, итд.

(30) Ifuvelin: Les tablettes magiques et le droit romain, Macon, 1901; Cours II, 1929, стр. 61.

(31) Придавање натприродне магиске моћи писму врло је раширена појава код примитивних народа (О томе постоји велика литература — де поменем само оне које је Ifuvelin цитирао — Wessely: Ephesia grammata, стр. 12; Ph. Berger: Histoire de l'écriture dans l'antiquité, Paris, 1892, стр. 348; итд.) па и код народа на нешто вишем ступњу развитка. До недавно (а можда и данас) у нашој земљи било је случајева да болесник иде код хоце (и то не само муслимани него и хришћани) да му да „запис” на лепињу па да га поједе, или на нешто друго па да га носи уза се да би оздравио.

(32) Види Ed. Tournier: Némésis et la vengeance des dieux, Paris, 1863; Hartkness: The scepticism and fatalism of the common people of Rome as illustrated by the sepulchral inscriptions, Boston, 1899.

тивних елемената у животу људи. Код Римљана то су *numina* (33). Према томе, ако је неко примио од другог нешто, или самовољно узео, или оштетио га деликтном радњом, он је пореметио равнотежу у њиховим односима и дужан је да је успостави давањем одговарајуће противчинидбе. Ако то не уради, *nemesis* ће ту равнотежу успоставити својом осветом. Довољно је да друга странка (поверилац) једнострано изврши усмену или писмену *devotio* којим ће означити личност (34) према којој *nemesis* треба да делује. Ако је формула добро изабрана и добро употребљена, богови су њеном магиском снагом принуђени да делују механички. Али потребно је да онај који чини *devotio* има право на то, тј. да га је стекао тиме што је дао или учинио дужнику нешто, или га је он оштетио деликтном радњом. Ако то није случај, онда он састављањем *devotio* квари равнотежу у односима, вређа *nemesis* и ова ће, опет механички, успоставити равнотежу осветом на састављачу девоције.

У оваквој *devotio* Ивлен види порекло експенсилације. Наравно, то је хипотеза и ја немам ниједан нови документ или извор да наведем који би непосредно потврдио њену основаност, али ми се чини да неке, иначе познате, чињенице посредно говоре у њену корист.

То је, пре свега, чињеница да је *expensilatio* као и *stipulatio* (која је несумњиво почивала на религиским и магиским основама) рађала апстрактну обавезу *stricti iuris*. Познат је фрагмент Валериуса Максимуса (35) који то непосредно потврђује. Он износи следећи случај: Један Римљанин, мислећи да ће умрети, дозволи једној жени да га у свој кодекс упише као дужника за суму новца коју је желео да јој поклони *mortis causa*. Међутим, он не умре, а жена га тужи на основу контракта који је настао уписом. Она је била одбијена али не зато што је контракт проглашен ништавим, него зато што је њено тражење извршења тог контракта проглашено неморалним (36). Дужник је, дакле, обавезан чим је упис извршен без обзира на мотиве из којих је извршен, — важно је да је у моменту уписа он био основан. Уписивање, исто као код стипулације изговарање речи *spondeo*, само по себи рађа обавезу апстрактну, независну од мотива и економског циља, каузе (37). Друга је ствар што је у овом случају суд прогласио неморалним њено тражење. Случај се десио у времену већ развијеног римског права које је водило рачуна о *bona fides* странака. Кратко време пре тога *bona fides* није била правна уставна и према томе није могла помоћи претходницима Валериусовог штићеника кад су се нашли у сличном положају.

(33) Види Bréal: L'origine des mots désignant le droit et la loi en latin, „Revue historique de droit français et étranger“, 1883, стр. 611.

(34) Отуда у свим магиским таблицама које су сачуване име личности игра важну улогу у формули.

(35) Valerius Maximus VIII, 2, 2.

(36) Треба обратити пажњу на ову мотивацију пресуде која очигледно доказује да нису у праву они (напр. Besnier: Cours II, стр. 104) који овај фрагмент узимају као аргумент против апстрактности експенсилације.

(37) Уствари, *causa* дужникове обавезе је овде, као и код стипулације, сам упис-форма закључења. Види Стојчевић: Римско облигационо право, II изд., стр. 26—27 и 33—34.

Овакво апстрактно дејство имали су сви правни послови старог *ius civile*. Али оно је и код манципације, и нексума, и *in iure cessio*, и *traditio*, могло почивати на јавности акта и на присуству сведока и јавних органа, — значи на могућности да дужник и присутни добро размисле и проуче околности под којим наступа дејство правног посла. Могућности злоупотреба ту су, такође, искључене. Присуство сведока и јавних органа ту је утицало и на морал дужника, на формирање његовог осећања да је обавезан, да је дужан, да треба да испуни облигацију и уопште поштује последице правног посла, јер ауторитет државе још није довољан да му то осећање наметне (38). Међутим *stipulatio* и *expensilatio* су имале исто такво дејство, иако се за њихов настанак није тражило ни присуство сведока, ни учешће јавних органа. Морала је постојати нека гаранција и заштита од узајамних злоупотреба, нешто што је повериоца, с једне стране, спречавало да упише без основа или да упише више, а код дужника, с друге стране, стварало осећање да је дужан, да мора испунити. У времену у коме је *expensilatio* била у пуној употреби и у условима у којима је била закључивана, једино је религија (и магија) могла то успешно обезбедити, јер знамо како огроман утицај је она имала на материјални и психички живот Римљанина тога времена. *Devotio*, пак, до те мере одговара експенсилацији да изгледа као да је за њу створена. Уосталом и Цицерон (39) каже да је у његовом времену (онда када више религија нема различити значај у правном животу и када су се морална схватања Римљана прилагодила великој, јакој и организованом правној држави са развијеном трговином) била „срамна” за грађанина свака неколектност у садржини кодекса.

Друга позната чињеница на коју скрећем пажњу јесте чињеница да перегрини нису могли бити странке у експенсилацији. Гајус (40) то изричито каже. То што Нерва и Сабинус имају друго мишљење указује само на напор правника да, у време када је романизација перегрина била већ далеко одмакла и када је већ почела да сазрева идеја њиховог потпуног изједначења са *cives*, омогуће перегринима учешће и у овом послу. Ипак Нерва им признаје право само да туду дужници у њему, а Сабинус им то право признаје за *transcriptio a re in personam*. Ово право перегринима очигледно није било ускраћено да би се тиме „спречио грађанин да овим путем стипулише интерес, који су перегрини могли конституисати” — како мисли Кик (41), нити зато што перегрини нису имали кодекса (јер је био велики број

(38) Познато је да примитивни народи имају осећање дате речи и поштења које се влада по сасвим другим правилима од правила цивилизованог човека и које иде у две супротне крајности: реч дата, примљена обавеза под одређеним условима вреди више од живота свога и своје породице; у другим условима дата реч не вреди ништа а убити, опљачкати из заседе и преваром и уопште преварити странца, то је херојство. Литература нам даје безброј примера и илустрација. Довољно је да се сетимо шта значи „беса” код Шиптара.

(39) Cicero: *Pro Roscio comodo*, § 1—2.

(40) Gaius: *Instit.* III, 133.

(41) Cuq: *Manuel*, стр. 423, пр. 6.

богатих peregrina који су несумњиво водили врло уредно своје пословне књиге), него зато што њима, као и код *sponsio*, није била дозвољена употреба форме која је имала за порекло и основ римски религијски церемонијал. Peregrin се не може служити магичким речима прописаним за *expensilatio* зато што је то спадало у *ius civile*, које је било забрањено за њих, али и зато што у његовим рукама оне неће производити магичко дејство и што са друге стране, он неће поштовати, неће се повиновати њиховом дејству јер у њих, као припадник друге религије, не верује. Тако се, чини ми се, Ивленовом хипотезом успешно објашњава и ово правило везано за *expensilatio*.

Ако је суштина експенсилације онаква како смо је горе изнели, намеће се питање: Какву улогу је имао *chirographum* пронађен међу херкуланумским таблицама? Зашто је он био потребан повериоцу? То је питање историје овога контракта коју нам у извесној мери и саме таблице помажу да расветлимо.

Мени се чини да је потпуно неосновано сматрати да је *expensilatio* настала крајем V и почетком VI века а. у. с. односно пред крај републике. Против таквог схватања говоре пре свега изрази *af* и *abs* који су употребљавани при његовом закључењу, како нам сведоче Цицерон и Лонгинус (42). У Цицероново време ови изрази нису више постојали у живом језику и код експенсилације су се несумњиво задржали из давних времена (43). Чињеница да Плаут први помиње овај контракт, на коју се позивају неки аутори (44), највише што може потврдити то је да је у његово време контракт постојао, али никако не доказује да пре њега није постојао. Напротив, целокупна структура овог контракта указује на период далеко старији од Плаута, на период у коме је религија имала велики утицај на правни живот Римљана, када је *devotio* била употребљавана са убеђењем и када је веровање у магичко дејство изговорених или написаних речи било живо. За увођење оваквог контракта пред крај републике, када су већ постојале многе друге развијене и практичније правне установе, које су омогућавале регулисање свих компликованих трговачких и банкарских операција, заиста се не може наћи довољно разлога. Могуће је да је он давао неке олакшице банкарима при раччишћавању рачуна са клијентима и при закључењу контракта *inter absentes* (45), али је много основаније веровати да су они користили већ постојећу стару установу, него да је једна оваква установа створена зато да задовољи ове њихове потребе. Извесну тешкоћу несумњиво задаје питање да ли су Римљани пре Плаута водили своје кодексе и *adversaria*. Вероватно не. Али, да ли је *expensilatio* морала од свог постанка бити закључивана уписом баш у *codex* или *adversaria*? Није ли можда она некада настајала уписом на посебним „магичким та-

(42) Cicero: De orat., 47, 158; Longinus: De orthogr., 60.

(43) R. Monier: Manuel II, стр. 126.

(44) В. напр. Appert: op. cit., стр. 628.

(45) На шта се позива Appert: op. cit

блицама" које су, као што знамо, употребљаване у многе сличне сврхе? (46)

У сваком случају у времену када је експензијација настала и у првим деценијама (или вековима) њене примене ни поверилац ни дужник, као и код стипулације, нису имали разлога да се плаше од злоупотреба, нити да се унапред обезбеђују сведоцима или писменим исправама. Обезбеђивало их је веровање у магиску снагу девоције, које је постајало и код једнога и код другог а које је било довољно јако да обезбеди миран сан обојици, на исти начин на који су слична веровања и други религиски прописи и ритуали обезбеђивали, добрим делом, нормално функционисање римског друштва и поштовање воље владајуће класе у том периоду у коме је њен државни апарат био још недовољно развијен а њен ауторитет још недовољно велики да би могла сопственим снагама обезбедити поштовање правног поретка који је установила.

Међутим, познато је како су велике промене доживеле, почев од Пунских ратова, све стране друштвеног живота Римљана под дејством наглог ширења државе и корених промена у економској и друштвеној структури Рима. Прве и највеће ударе примила је римска религија, односно њена улога у правном животу Римљана. Она није више могла обављати своју ранију функцију, јер се њена моћ простирала само на њене вернике, тј. на узани круг старих римских генсова, који је сада претстављао само врло мали део римског друштва и незнатан проблем за велику и сложenu римску државу, која је требала да решава тешке проблеме међу робовима и покореним народима — тамо где римска религија није могла ништа помоћи. Истовремено је и државни апарат довољно ојачао да би могао сопственим снагама интервенисати и у домену приватног права и свакодневних правних односа појединаца. Држава зато не осећа тако велику потребу као раније да се ослони на религију. И многе још друге познате промене, које не можемо све овде понављати (47), десиле су се под дејством многих нових услова који су створени у римској држави друге половине републике. Али најважније од свега у овом моменту је то да се у свести људи променио однос према религиским и магиским формулама, и самим тим према стипулацији и експензијацији које су на њима почивале. Странке се више не осећају довољно везане изговореним или написаним формулама, јер не верују више у њихово магиско дејство. Зато покушавају да ситуацију искористе свака у своју корист. Дошло је

(46) Магиска писма су гравирана у камену или воску или сликама на папирусу. Али много чешће су стављане на четвртасте оловне плочице, пошто је то метал са магиском снагом посвећен смрти. Оловне плоче су савијене у ролну или као обична писма и прободена са једним или више ексера, који их затварају, али у исто време повећавају магиску снагу (ексер, нарочито од бронзе, јесте амблем *necessitas*-а: он везује вољу као што прикива предмете).

(47) Читаоца упућујем на одељак „Економски и друштвени услови под којима се развијало римско право” у мојој књизи „Римско право,” I део; на одељак „Основне линије развитка римског облигационог права” у књизи „Римско облигационо право”; и на чланак „Римљани и право” у „Аналима Правног факултета у Београду” бр. 2 за 1957.

време у коме се, како каже Цицерон (48), „не може без извесног подозрења цитирати сопствени *codex* као основ дуга“; у коме више „ни брат затворених очију не прима оно што је записано у кодексу његовог брата“; у коме, како нам то Аулус Гелиус и Сенека (49) причају, повериоци имају доста муке да обезбеде доказе за своја *nomina* а судије имају муке са поштеним странкама које их нису на време обезбедиле; и у коме, како је то изванредно лепо рекао Аранђо-Руиц (50), „формалности које је захтевало *ius civile*, напр. за стипулацију и *in iure cessio*, биле су довољне да пренесу својину или створе облигацију, али тешко повериоцу или прибавиоцу који је заборавио да позове сведоке а благо ономе који их је замолио да метну своје печате на *testatio*“. Отуда се и *stipulatio* и *expensilatio* дегенеришу и претварају само у захтеве форме, нужне да би се обезбедило право на тужбу. Зато у свакодневну праксу продире *cautio* или *instrumentum stipulationis* или друга средства обезбеђења која саветује Гелиус (51), а ето наш опрезни грађанин из Херкуланума узео је (ко зна из којих разлога му је баш то конвенирало) *chirographum* од дужника и налепио га на *codex* или *adversaria* да, у случају потребе, са та два документа докаже да је потраживање и са формалне и са материјалне стране исправно.

Др. Драгомир Стојчевић

КОРЕНИ БОГИШИЋЕВОГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА*

До недавно је црногорско друштво било потпуно сељачко. Оно је био свој законодавац у широком оквиру односа сеоских и племенских. За те односе нису му кројили законџе ни држава ни каква законодавна претставничка тела, него су се закони израђивали на селу и у племену. Народске скупштине племенске и сеоске само су их убличавале и санкционисале. Упоредо са стварањем каквих нових односа друштво им је израђивало и правне прописе. То је бивало континуелним процесима. Једном дугом радњом, коју слободно можемо назвати законодавна, црногорско друштво је било већ створило највећи део оних прописа, које је Богшић унео у свој Имовински законик, нарочито прописа о односима у селу и племену.

Само у једном друштву са јако израђеном правном свешћу закони су могли да буду овако пластични, да се стално могу стварати и мењати. Црногорско друштво је имало такву свест, јер у својој историји није било само објекат у процесу стварања правног реда,

(48) Cicero: Pro Roscio, § 1—2.

(49) Aulus Gellius, XIV, 2; Seneca: De benef., 2, 23 и 3, 15.

(50) Arangio-Ruiz: op. cit. стр. 17.

(51) Aulus Gellius: loc. cit.

* Говор одржан на свечаном састанку Социолошког друштва поводом педесетогодишњице смрти Валтазара Богшића, на дан 24 априла т. г. на Правном факултету у Београду (Примедба Уредништва).