

*Mr Samir Aličić, asistent-pripravnik
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS U GAJEVIM INSTITUCIJAMA: FORMA ILI NAČIN KONVALIDACIJE TESTAMENTA?

Sažetak: *Institut bonorum possessio secundum tabulas Gaj ne shvata kao nasleđivanje po osnovu testamenta sačinjenog u formi koju propisuje pretorsko pravo, budući da je tek nekoliko godina pre objavlivanja Institucija doneta konstitucija imperatora Antonina Pija kojom je nasleđivanje po pretorskom pravu steklo prednost nad nasleđivanjem po civilnom pravu. Bonorum possessio secundum tabulas se u Institucijama javlja samo kao naknadno osnaženje nevažećeg testamenta per aes et libram, pri čemu Gaj u prvom redu ima u vidu testamente nevažeće zbog nedostatka forme. Osnaženje se ostvaruje u skladu sa pretpostavljenom voljom testatora, pri čemu se postižu efekti slični, ali ne i identični onima koje bi posao imao da je bio ab initio validan. Osnaženje ne nastupa ipso iure, nego po zahtevu zainteresovanog lica i odlukom pretora. Posao ostaje nevažeći po civilnom pravu jer se njegova „konvalidacija“ ostvaruje u okviru drugog pravnog sistema-pretorskog prava.*

Ključne reči: *bonorum possessio secundum tabulas, testament, konvalidacija, forma, Gajeve Institucije, rimsko pravo*

1. Uvod

Jedan od opštih principa rimskog prava je da pravni posao koji je ništav zato što od početka ima neki nedostatak ne može biti osnažen samim protekom vremena. Ovaj princip formulisan je i kao regula:

D.50.17.29 Paul iz osme knjige o Sabinu: *Ono što od početka ima nedostatak, ne može se protekom vremena osnažiti.*¹

Takođe, u rimskom pravu je važio princip da nije moguće da se pravni posao koji je od početka ništav osnaži na osnovu ma kakve činjenice koja bi kasnije nastupila. Ovo znači ne samo da posao ne može postati važeći samim protekom vremena, nego se ne može osnažiti ni na osnovu promenjenih okolnosti. Taj princip je formulisan već u čuvenoj reguli Katona Mlađeg koja kaže da će legat koji je nevažeći u momentu sastavljanja testamenta ostati nevažeći, ma u kojem momentu da je testator umro.² Isti princip je važio i za druge pravne poslove, a ponavljaju ga u svojim regulama i pravnici klasičnog perioda.³ Ovo se odnosi, između ostalog, i na pravne poslove koji imaju neki formalni nedostatak, budući da su oni nevažeći od samog početka.

Međutim, u klasičnom periodu postoje veoma brojni izuzeci od ovih pravila. Tumačenjima pravnika, senatskim odlukama i konstitucijama imperatora su pronađeni različiti načini da posao koji je nevažeći ipak proizvede iste ili bar slične efekte na planu civilnog prava kao da je pravilno zaključen. Zbog toga nije nikakvo čudo što Celz za čuvenu Katonijanu kaže da *u ponečem nije istinita (in quibusquam falsa est - D.34.7.1.pr)*.

Još je značajnija aktivnost pretora na ovom planu, posebno u pogledu sanacije nedostatka forme. Obeležje pretorskog prava uopšte je da je manje formalizovano od *ius civile*-a. U većem broju slučajeva pretor pruža pravnu zaštitu u situaciji kad je stranka napravila grešku u proceduri zaključenja posla koju predviđa *ius civile*, pa čak i onda kada je propisana forma sasvim izostala. Tada posao ne bi proizveo nikakve efekte po *ius civile*-u. Međutim, pretor omogućava da se ovakvi poslovi održe na snazi ako su ispunjene neke druge formalnosti, po pravilu manje nego one koje zahteva *ius civile*. Ovakvi poslovi će po pretorskom pravu proizvesti ako ne iste, ono makar slične efekte onima koje bi proizveli da su bili zaključeni na način propisan pravilima civilnog prava. Međutim, stare forme *ius civile*-a nisu ukinute, samo su pored njih uvedene nove. Rimljani nisu osećali potrebu da zastarela pravila civilnog prava zamene

¹ D.50.17.29 Paulus libro octavo ad Sabinum: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

² D.34.7.1.pr. Celsus libro trigesimo quinto digestorum: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facit tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocum que decesserit, non valere. Quae definitio in quibusquam falsa est.*

³ Npr: D.50.17.210 Licinnius Rufinus libro secundo regularum: *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.*

novim, već su stvarali nova pravila pretorskog prava kojima je stari sistem derogiran, i primenjivao se u onim situacijama kad se stranke nisu pozivale na norme pretorskog prava. U skladu s tim, poštovanje formi *ius civile*-a je i dalje uslov da bi pravni posao važio po civilnom pravu, ali ne znači da pravni posao u kome su propisane formalnosti izostavljene neće proizvesti nikakav pravni efekat. Jedino u slučaju da ne ispunjava ni uslove koje zahteva pretor, posao će biti potpuno nevažeći.

Nove forme su bile posledica zahteva razvijene tržišne privrede kasnog pretklasičnog i klasičnog razdoblja. Ipak, postojali su i drugi razlozi. Na primer, razlog za olakšavanje postupka za oslobađanje robova je verovatno bio posledica primene principa *favor libertatis*.

Iako su stare forme gubile trku sa novima, one su se ipak održavale. Ne samo zbog *reverentia antiquitatis*, nego i zbog toga što su pravni efekti posla zaključenog na način koji propisuje pretor bili po pravilu slabiji nego efekti posla zaključenog u civilnoj formi. Tako, rob oslobođen u formama koje predviđa *ius civile* postaje rimski građanin, a ako je oslobođen po pretorskom pravu, postaje Latin.

Iako su pretorske inovacije postepeno „erodirale“ civilne forme, što je na kraju rezultiralo njihovim nestajanjem, može se postaviti pitanje da li je to bila njihova prvobitna namera? Naime, ponekad se može uočiti da je namera pretora bila ne da propiše nove forme, kojima će biti zamenjene postojeće civilne, već samo da omogući da pravni posao koji je stranka pokušala da zaključi u formi koju propisuje civilno pravno, pa u tome nije uspela zbog neke greške u proceduri zaključenja, proizvede dejstvo. U ovakvim slučajevima se pre radi o intenciji pretora da ne dopusti da pravni posao ostane bez ikakvog dejstva zbog neke sitne greške u proceduri zaključenja, nego da stare forme sasvim ukine i zameni ih novima.

U vezi sa ovim, može se postaviti pitanje kako su pravници u klasično doba, kada su stare i nove forme egzistirale uporedo, shvatali pretorske inovacije? Da li su smatrali da se radi o alternativnim formama ili o osnaženju poslova koji imaju pravni nedostatak?

Jedno od najinteresantnijih pitanja je pitanje testamenta. U ovom radu bavićemo se institutom *bonorum possessio secundum tabulas* u Gajevim Institucijama. Pokušaćemo da damo odgovor na pitanje da li je Gaj smatrao da se u slučaju primene ovog instituta radi o nasleđivanju po osnovu testamenta sačinjenog u formi koju propisuje pretorsko pravo, ili o osnaženju testamentu u slučaju nedostatka forme koju propisuje civilno pravo? Takođe, nastojaćemo da odgovorimo na pitanje kako je Gaj shvatao pravnu prirodu sukcesije po osnovu *bonorum possessio secundum tabulas*, i u čemu je razlika u pravnim posledicama u odnosu na nasleđivanje po civilnom testamentu?

2. Vladajuće teorije

Problem „pretorskog testamenta“ već duže vreme zaokuplja pažnju romanista, a bio je osnova za brojne debate. Najkraće rečeno, postoje dva osnovna pristupa ovom problemu. Evo tih teorija sa njihovom osnovnom argumentacijom.

Po tradicionalnom stanovištu, pretorski testament⁴ je u klasično doba potpuno autonomna forma testamenta, koja se kao takva suprotstavlja civilnom testamentu, tj. testamentu *per aes et libram*. Pretorski testament je posebna forma testamenta, i oni koji prave ovakav testament po pravilu nemaju ni nameru da on važi po *ius civile*-u. Uslovi forme koji su propisani za njegovu važnost nisu minimum forme testamenta *per aes et libram*, nego su sasvim drugačiji. Pretorsko pravo zahteva da testament bude sačinjen u pisanoj formi i da bude overen pečatima sedam svedoka. Pristalice ovog stanovišta uglavnom polaze od pretpostavke da *tabulae signatae* nemaju značaj *ad substantiam* kod testamenta *per aes et libram*, nego samo *ad probationem*, dok su za pretorski testament *conditio sine qua non* postojanja posla.⁵

Po novijoj teoriji, „pretorski testament“ kao posebna pravna figura u klasičnom pravu ne postoji. Razlikovanje između civilnog i pretorskog testamenta kao dve autonomne forme testamenta nastalo je u postklasično doba, od kada vodi poreklo i adekvatna terminologija. Klasični pravnici nisu nikada govorili o dva testamenta, pretorskom i civilnom, nego uvek i samo o testamentu, koji, zavisno od okolnosti, važi ili *iure civili* ili *iure praetorio*. No prava forma testamenta je u svesti pravnika klasičnog perioda bila samo forma *per aes et libram*. Rimljani ovog doba testirali su samo u formi predviđenoj civilnim pravom i nikome nije padalo na pamet da sačini testament u pisanoj formi bez mancipacije i nunkupacije. *Bonorum possessio secundum tabulas* predstavlja samo osnaženje testamenta koji ne važi po *ius civile*-u.⁶

3. Terminologija

Pre nego što se pozabavimo detaljnije gore navedenim teorijama i njihovom argumentacijom, moramo da pomenemo jednu činjenicu oko

⁴ Zagovornici ove teorije pišu *pretorski testament* bez navodnika.

⁵ Od novijih dela u kojima se brani ovakvo stanovište vidi npr. P. Voci: *Testamento pretorio*, Labeo 13/3, Napoli 1967., str. 319- 347.

⁶ Npr., Amelotti, M.: *Le forme classiche di testamento I, Lezioni di Diritto romano raccolte da Remo Martini*, Torino, str 1. i dalje.; G. G. Archi: *Testamentum civile, testamentum praetorium*, Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., str. 770-808.

koje u današnjoj nauci nema ni najmanjeg spora. U klasičnim tekstovima nikad se ne sreće izraz *testamentum praetorium*. Antinomija *testamentum civile-testamentum praetorium* karakteristična je za postklasično pravo i nije starija od kraja trećeg i početka četvrtog veka nove ere.⁷ Budući da je izraz „pretorski testament“ uobičajen u romanistici, može se koristiti, ali bi bilo bolje da se, bar kada se radi o klasičnom periodu, stavlja u navodnike. Istini za volju, u klasičnim tekstovima ne sreće se ni izraz *testamentum civile*. U izvorima se govori samo o testamentu, koji *valet iure civili* ili *valet iure praetorio*.

Ali, dok imamo izraz *testamentum per aes et libram*, koji je nesumnjivo tehnički termin za testament u formi koju predviđa civilno pravo, ne postoji adekvatan izraz za testament po pretorskom pravu.⁸ Jedini pravi tehnički izraz za ovaj institut je *bonorum possessio secundum tabulas*. A on nikako ne ukazuje da su ga klasičari shvatali kao posebnu formu testamenta.

4. „Pretorski testament“ u praksi klasičnog perioda

Pored toga što u klasičnom pravnom rečniku nema adekvatnog izraza za „testament u formi koju propisuje pretorsko pravo“, argument u prilog činjenici da Rimljani u klasičnom periodu ne smatraju *pretorski testament* za posebnu formu testamenta je to što u sačuvanim testamentima rimskih građana iz klasičnog perioda redovno postoji konstatacija da su izvršene mancipacija i nunkupacija, dakle sačuvani rimski testamenti do prvih decenija trećeg veka su uvek *per aes et libram*.⁹ Drugo je pitanje

⁷ Za upotrebu ovih izraza u rimskom pravu vidi posebno: Archi, *op. cit.* Vidi i Amelotti, *op. cit.*, str. 5.; Albanese, B.: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982., str. 128.; Biondi, B.: *Successione testamentaria. Donazioni.*, Milano 1943., str. 50-55.

⁸ Neke izraze pojedini autori predlažu kao moguće rimske pravnotehničke izraze za tzv. *pretorski testament*, ali ni jedan od tih izraza u klasičnim rimskim tekstovima nema precizno pravnotehničko značenje. To što se u izvorima govori o *testamentum iure honorario* (Albanese, *op. cit.*, str. 128.) ili čak o *testamentum utroque iure perfectum* (Voci, *op. cit.*, str. 329-330.) kazuje samo da se testament vrednuje po tome da li važi po pretorskom ili po civilnom pravu. No to ne kazuje da je testament koji važi *iure praetorio* za Rimljane testament sačinjen u formi koju predviđa pretorsko pravo. Naprotiv, radi se o testamentu *per aes et libram* koji zbog greške u formi ili nekog drugog razloga ne ispunjava uslove potrebne da bi važio po civilnom pravu, ali ispunjava uslove koje zahteva pretor. Isto tako, termin *tabulae signatae* koji predlaže Voči (Voci, *op. cit.*) nije ekskluzivni naziv za nekakvu formu testamenta propisanu od pretora. U stvari se misli na *tabulae* koje su sačinjavane uz testament *per aes et libram*. Radi ilustracije, podsetimo da se u izvorima govori o *bonorum possessio secundum tabulas*, ali isto tako i o *bonorum possessio contra tabulas*. Očigledno je da se u oba slučaja misli na tablice civilnog testamenta.

⁹ Amelotti, *op. cit.*, str. 214.

da li su ove formalnosti zaista i poštovane ili se radilo samo o stilskoj klauzuli u ostaviočevoj izjavi zapisanoj na tablicama testamenta. Ono što je važno jeste da su rimski građani smatrali da testament nije moguće sačiniti bez njih. Testament u čisto pisanoj formi uz pečate svedoka srećemo samo kod peregrina u istočnim provincijama, a kod rimskih građana tek nakon *Constitutio Antoniniana* i priliva provincijalaca sa Istoka u njihove redove. I tek tada se počinje govoriti o civilnom i pretorskom testamentu. Do danas nije razjašnjeno šta je ova antinomija, koja se provlači kroz skoro čitavo postklasično doba, tačno značila.¹⁰

5. Uslovi za važenje testamenta po pretorskom pravu

Forma tzv. “pretorskog testamenta” je u stvari uprošćena forma testamenta *per aes et libram in scripta redactum* u obliku u kome se on najčešće javlja u praksi klasičnog perioda. U sedam pečata svedoka nije teško prepoznati pečate *familiae emptor*-a, *libripens*-a i petorice *testes* koji su prisustvovali mancipaciji i nunkupaciji koja joj je sledila.¹¹ Po Gaju se i *libripens* računa u svedoke:

*2.107 Za libripensa smatramo da važi sve ono što je rečeno za svedoke; jer i on se ubraja u svedoke.*¹²

Nema razloga da se sumnja da je svedočenje o autentičnosti ostaviočeve volje smatrano za osnovnu dužnost i *familiae emptor*-a. Treba napomenuti da pečačenje tablica po *ius civile*-u nije bilo neophodno za punovažnost testamenta, ali je bilo toliko uobičajeno, da je na kraju *de facto* postalo i osnovna dužnost svedoka.

6. Područje primene instituta *bonorum possessio secundum tabulas* u Gajevim Institucijama

U izvorima se *bonorum possessio secundum tabulas* pominje samo vezano za slučaj kada je stranka pokušala da sačini testament *per aes et libram*, pa on iz nekog razloga ne bude važeći po *ius civile*-u. I samo u tom slučaju se raspravlja da li testament eventualno važi po pretorskom pravu. Da vidimo šta o tome kažu Gajeve Institucije.

¹⁰ Archi, *op. cit.*, str. 771-808, Talamanca, M.: *Istituzioni di Diritto romano*, Milano 1990., str. 723, Biondi, *op. cit.*, str. 52-55.

¹¹ Albanese, *op. cit.*, str. 128.

¹² 2.107. *De libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.*

U paragrafima 2.119-122 Gaj ukratko izlaže režim *bonorum possessio secundum tabulas*. Upadljivo je da o ovom institutu govori nakon što je objasnio koji su uslovi potrebni za punovažnost testamenta *per aes et libram*. Iz početka paragrafa 119 deluje kao da Gaj saopštava da pretor propisuje posebnu formu testamenta:

*2.119 Pretor pak, ako je testament zapečaćen pečatima sedam svedoka, upisanim naslednicima daje bonorum possessio na osnovu tablica testamenti*¹³

Ali nastavak teksta pokazuje da nije tako:

*2.219 i ako ne bude nikog kome bi zaostavština intestatski pripala po zakonu, kao što je brat rođen od istog oca ili stric ili brat od strica, tada naslednici upisani (u testament) mogu zadržati zaostavštinu. A isto se pravilo primenjuje i kada testament ne važi iz nekog drugog razloga, kao u slučaju kada nije obavljena (formalna) prodaja imovine ili kada testator nije izgovorio reči svečane izjave.*¹⁴

Pored toga što Gaj govori o *bonorum possessio secundum tabulas* samo u slučaju da testament *per aes et libram* ne važi *iure civili*, iz navedenog teksta se može uočiti još nešto. Autor Institucija saopštava da je *bonorum possessor* mogao zadržati zaostavštinu po pretorskom pravu samo ako nema naslednika po civilnom pravu, ni testamentarnih ni intestatskih. U protivnom, imao je samo *bonorum possessio sine re*. To znači da mu je državina dobara mogla biti oduzeta ako bi bilo ko polagao pravo na zaostavštinu po civilnom pravu.

Isto možemo uočiti i u sledećem tekstu:

*2.148 Oni pak koji na osnovu tablica testamenti, koje ili od početka nisu sačinjene u skladu sa pravom, ili su sačinjene u skladu sa pravom pa posle toga bile poništene ili obesnažene, dobijaju državinu dobara, ako mogu da dobiju zaostavštinu, imaće državinu dobara "sa stvari" (cum re), a ako im zaostavština može biti oduzeta, imaće državinu dobara "bez stvari" (sine re).*¹⁵

2.149 Jer ako je neko imenovan za naslednika po civilnom pravu bilo prvim bilo kasnijim testamentom, ili ako bude bio zakonski intestatski naslednik, on

¹³ 2.219 Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur,

¹⁴ 2.119 et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenerit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.

¹⁵ 2.148 Qui autem secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sunt aut iure factae postea ruptae uel inritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re; si uero ab his auocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re.

može od njih da zahteva zaostavštinu; a ako niko ne bude naslednik po civilnom pravu, mogu sami da zadrže zaostavštinu, i prema njima kognati nemaju nikakvo pravo, jer im nedostaje osnov po civilnom pravu.¹⁶

Institut *bonorum possessio sine re* poznat je u još nekim slučajevima. U slučaju da dođe do intestatskog nasleđivanja po civilnom pravu naslednici iz daljih naslednih redova imaju pravo da traže od pretora zaostavštinu, ali im se dodeljuje državina *bez stvari*:

3.35 Pored toga, ponekad se državina dobara daje tako, da onaj, kome je data, ne poseduje zaostavštinu; za koju državinu dobara se kaže da je bez stvari. 3.36 Jer ukoliko primera radi naslednik imenovan u testamentu koji je sačinjen u skladu sa pravom svečano primi nasleđe, ali neće da zahteva državinu dobara po osnovu tablica testamenta, zadovoljan time što je postao naslednik po civilnom pravu, ništa manje onaj, koji biva pozvan na nasleđe kada nije napravljen testament, nema pravo da zahteva državinu dobara; ali njemu pripada (državina) bez stvari, jer naslednik imenovan u testamentu može da traži zaostavštinu svojinskom tužbom. 3.37 Isto je pravo, ukoliko neko umre bez testamenta, pa njegov naslednik (*suus heres*) neće da zahteva državinu dobara, zadovoljan pravom po osnovu zakona (XII tablica). Razume se (?) agnatu svakako pripada državina dobara, ali bez stvari, budući da *suus heres* može zahtevati zaostavštinu svojinskom tužbom. I u skladu s tim, ako agnatu pripadne nasleđe po civilnom pravu i ako on prihvati nasleđe, ali neće da zahteva državinu dobara, i kognat zahteva (državinu dobara), imaće (kognat) državinu dobara bez stvari iz istog razloga. 3.38 Postoje i drugi slični slučajevi, od kojih smo neke izložili u prethodnoj knjizi.¹⁷

Na osnovu ovog teksta se može zaključiti da u slučaju intestatskog nasleđivanja civilni nasledni red ima prednost nad pretorskim. Kako smo videli, i nasleđivanje po osnovu nevažećeg testamenta moguće je samo

¹⁶ 2.149. *Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare; si uero nemo sit alius iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.*

¹⁷ 3.35 *Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is, cui data sit, non optineat hereditatem; quae bonorum possessio dicitur sine re.* 3.36. *Nam si uerbi gratia iure facto testamento heres institutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure ciuili heres sit, nihilo minus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona uocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos [hereditas] pertinet, cum testamento scriptus heres euincere hereditatem possit.* 3.37. *Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo iure. Scilicet (?) agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia euinci hereditas a suo herede potest. et illud conuenienter dicitur: si ad agnatum iure ciuili pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, et si quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem.* 3.38. *Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.*

ukoliko nema nasljednika po civilnom pravu. Međutim, na osnovu sledećih Gajevih tekstova možemo da zaključimo da je na osnovu jedne konstitucije Antonina Pija, o kojoj inače ne znamo ništa detaljnije, *bonorum possessor* mogao da odbije zahtev nasljednika po civilnom pravu putem prigovora prevare i da zadrži zaostavštinu (*bonorum possessio cum re*):

2.120 *Ali, da vidimo da li i preživeli brat ili stric imaju prednost nad upisanim naslednicima. Naime, reskriptom imperatora Antonina ustanovljeno je da oni, koji bi zahtevali državinu dobara na osnovu tablica testamenta koji nije sačinjen u skladu sa pravom (testamenti non iure factas) mogu da se odbrane putem prigovora prevare od onih koji zahtevaju zaostavštinu intestatski.*¹⁸

2. 149a *Nekada, ipak, kao što smo gore istakli, upisani naslednici imaju prednost u odnosu na one po osnovu zakona (tj. po civilnom pravu), kao što je slučaj kad testament nije valjan zato što testator nije izvršio formalnu prodaju porodične imovine ili zato što nije izgovorio reči svečane izjave: jer ukoliko agnati budu zahtevali nasleđe, mogu ih (imenovani naslednici) odbiti prigovorom prevare na osnovu konstitucije imperatora Antonina.*¹⁹

Dakle, pošto se smatra da su Institucije napisane krajem vladavine Antonina Pija, onda je jasno da je tek malo pre njihovog objavljivanja omogućeno da *bonorum possessor secundum tabulas* zadrži zaostavštinu. Ako se uzme da je „pretorski testament“ nastao verovatno oko sredine prvog veka pre nove ere, onda je jasno da se ovaj institut u toku prva dva veka svog postojanja primenjivao samo u slučaju da nema ni jednog nasljednika po civilnom pravu!²⁰ Eto još jednog „klina u kovčeg“ teoriji o

¹⁸ 2.120 *Sed uideamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

¹⁹ 2.149a *Aliquando tamen, sicut supra quoque notauimus, etiam legitimis quoque heredibus potiores scripti habentur, ueluti si ideo non iure factum sit testamentum, quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit: nam cum agnati petunt hereditatem, per exceptionem doli mali ex constitutione imperatoris Antonini summoveri possunt.*

²⁰ Ranije su neki autori tvrdili da je navedena konstitucija Antonina Pija samo učvrstila pretorski sistem nasleđivanja tako što je *bonorum possessor*-u na raspolaganje dat *exceptio doli* kako bi odbio *hereditatis petitio* nasljednika, ali su, prema ovim autorima, i ranije postojala neka sredstva zaštite propisana od strane pretora po osnovu kojih je *bonorum possessor* mogao odbiti zahtev nasljednika i zadržati zaostavštinu. (Npr. P. Bonfante: *Corso di Diritto romano, Volume sesto, Le successioni, Parte generale*, Milano 1974., str. 517.) Ovo stanovište je uglavnom posledica toga što romanisti dugo nisu želeli da prihvate kao istinito da jedan naizgled tako važan institut, *bonorum possessio secundum tabulas*, u stvari u rimskom pravu nije imao veći značaj sve do pred kraj klasičnog perioda. Međutim, o fantomskim *pretorskim sredstvima* kojima bi *bonorum possessor* mogao da odbije zahtev nasljednika po civilnom pravu u izvoriima nema nikakvih podataka. Naprotiv, izvori govore samo o *exceptio doli* kao sredstvu kojim

„pretorskom testamentu“. Jer, ko bi bio toliko neoprezan da pravi testament u „formi pretorskog prava“, odnosno u vidu pisanog akta sa pečatima sedam svedoka, bez mancipacije i nunkupacije, kad takav testament može da bude nevažeći ako postoji makar jedan naslednik (testamentarni ili intestatski) po *ius civile*-u! *Bonorum possessio secundum tabulas* je od strane pretora bila zamišljena ne kao nova forma testamenta, već kao osnaženje nevažećeg testamenta *per aes et libram*, i to samo u slučaju da testator uopšte nema nijednog naslednika po civilnom pravu. Tek od navedene konstitucije Antonina Pija dobio je *pretorski testament* jaču snagu od nasleđivanja po civilnom pravu.

Dakle, sve do nekoliko godina pre izdavanja Institucija, ovaj institut nije imao naročito veliki značaj, budući da je *bonorum possessor* mogao zadržati zaostavštinu samo ako se niko nije pozivao na nasleđe po civilnom pravu. Konstitucija Antonina Pija je značajno proširila primenu ovog instituta. U više situacija *bonorum possessor* sada ima prednost pred naslednicima po civilnom pravu. U prvom redu se ima u vidu situacija kada je propuštena ili pogrešno izvršena neka formalnost. Gaj pominje, primera radi, izostanak pravilnog imenovanja naslednika ili nepravilno izvođenje mancipacije i/ili nunkupacije.²¹

Gaj je obećao da *čemo videti (videbimus)* da li se ova odluka primenjuje i na testament koji je nevažeći zbog toga što žena nije pribavila saglasnost tutora:

se *bonorum possessor* može odbraniti od zahteva naslednika (pored Institucija, vidi i PS.4.8.1=CO.16.3.1). Zbog toga se danas poklanja više vere Gajevoj tvrdnji da je tek od pomenute konstitucije Antonina Pija *bonorum possessio secundum tabulas* stekla prednost nad nasleđivanjem po civilnom pravu (npr. Biondi: *op. cit.*, str. 52.).

²¹ 2.219 ...*Isto se pravilo primenjuje i kada testament nije punovažan iz nekog drugog razloga, kao u slučaju kada nije obavljena prodaja imovine ili kada testator nije izgovorio reči svečane izjave.* 2.221 *Jasno je da se ovo primenjuje na testamente muškaraca kao i na žene koje ne sastave punovažan testament, kao, primera radi, kada ne obave formalnu prodaju (mancipatio familiae) ili kada ne izgovore svečane reči nunkupacije...* 2.149a *Nekada, ipak, kao što smo gore istakli, čak i u odnosu na civilne naslednike imaju prednost oni imenovani u (nevažećem) testamentu, kao što je slučaj kad testament nije valjan zato što nije izvršena formalna prodaja porodične imovine (mancipatio familiae) ili zato što testator nije izgovorio reči svečane izjave (nuncupatio)...* (Nedostaje 2 reda.) 2.119. ...*nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.* 2.121. *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod uerbi gratia familiam non uendiderint aut nuncupationis uerba locutae non sint...* 2.149. *Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare; si uero nemo sit alius iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.*

2.121 *Jasno je da se ovo primenjuje na testamente muškaraca; isto tako žena, koje nisu sastavile punovažan testament (non utiliter testatae sunt), jer, primera radi, nisu izvršile prodaju porodične imovine, ili nisu izgovorile reči nunkupacije; videćemo da li se ova odluka primenjuje i na testamente žena koji su sastavljeni bez odobrenja tutora.*²²

Autor Institucija je na ovo izgleda zaboravio, ili se odgovor nalazio u delu rukopisa koji nije sačuvan. Ipak, iz narednog paragrafa reklo bi se da je odgovor pozitivan.

2.122 *Govorimo naime o onim ženama, koje nisu pod zakonskim tutorstvom predaka ili patrona, nego koje imaju neku drugu vrstu tutora, koji i protiv svoje volje mora dati saglasnost. Inače je opšte poznato da roditelj ili patron ne mogu biti izostavljeni u testamentu bez svoje saglasnosti.*²³

Ovde se kaže da se ne može osnažiti testament u slučajevima kada žena nije mogla da prinudi tutora na davanje saglasnosti. *A contrario*, možemo da zaključimo da je putem odredaba pretorskog prava i navedene konstitucije mogao da se osnaži testament u slučaju da žena nije pribavila saglasnost tutora, iako ga je mogla prisiliti na davanje saglasnost. Razlog je možda taj što je u ovom slučaju saglasnost tutora smatrana za zahtev forme.

U svakom slučaju, institut *bonorum possessio secundum tabulas* se ne primenjuje kada je testament izgubio pravnu snagu zbog umanjnja statusa testatora:

2.147 *Ali, ako je testament obesnažen jer je, primera radi, testator izgubio građanstvo ili isto tako slobodu ili je sebe dao u usvojenje pa je u momentu smrti bio pod vlašću adoptivnog oca, ne može imenovani naslednik tražiti državinu dobara na osnovu tablica testamenta.*²⁴

Na osnovu svega što smo do sada naveli, možemo da zaključimo da *bonorum possessio secundum tabulas* u Gajevim Institucijama, kao i u klasičnom pravu uopšte, ne predstavlja nasleđivanje po osnovu testamen-

²² 2.121 *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod uerbi gratia familiam non uendiderint aut nuncupationis uerba locutae non sint: an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, uidebimus.*

²³ 2.122. *Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed [de his] quae alterius generis tutores habent, qui etiam inuiti coguntur auctores fieri. alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summoueri palam est.*

²⁴ 2.147 *nam si ideo inritum factum sit testamentum, quod puta ciuitatem uel etiam libertatem testator amisit aut quia in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptiui patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

ta u formi koju predviđa pretorsko pravo, već osnaženje nevažećeg testamenta *per aes et libram*. Osnovna svrha ovog instituta jeste da sanira testament *per aes et libram* koji je *non iure factum*, i to posebno u slučaju nedostatka forme propisane *ius civile*-om.

7. Gajevo shvatanje osnaženja testamenta po pretorskom pravu.

Pošto smo zaključili priču o „pretorskom testamentu“ kao „posebnoj formi testamenta“, ostaje pitanje šta je za Gaja (i druge klasične pravnike) *bonorum possessio secundum tabulas*?

Analizirajmo paragraf 2.147. Na početku se kaže:

*2.147 Nisu ipak potpuno nevažeći oni testamenti koji ili od početka nisu sastavljeni u skladu sa pravom ili su sastavljeni u skladu sa pravom, pa posle obesnaženi ili poništeni.*²⁵

Dakle, po Gaju može se desiti da testament (misli se, naravno na testament *per aes et libram*) koji je nevažeći po *ius civile*-u (odnosno ako je *non iure factum, ruptum* ili *inritum*) ipak ne bude potpuno bez pravnog dejstva (*non per omnium inutilis*). Jer u tim slučajevima pretor daje državinu dobara po osnovu tablica testamenta:

*2.147 Jer ako su testamenti zapečaćeni pečatima sedam svedoka, može imenovani naslednik da traži (od pretora) državinu dobara na osnovu tablica (possessio bonorum secundum tabulas), ukoliko je preminuli testator bio i Rimljanin i svojevlastan u vreme smrti.*²⁶

Testament koji je nevažeći po *ius civile*-u može da proizvede dejstvo na planu pretorskog prava. Ovakvi testamenti nisu potpuno bez dejstva (*non per omnia inutilia testamenta*).

Prema tome, *bonorum possessio secundum tabulas* za Gaja nije konverzija nevažećeg testamenta *per aes et libram* u nekakav „pretorski testament“, već osnaženje testamenta *per aes et libram* nepunovažnog po civilnom pravu putem primene pravila pretorskog prava. Nigde u Institucijama (a ni u drugim izvorima) se ne kaže da će se u tom slučaju smatrati da je zaključen neki drugi pravni posao. Kaže se da testament koji je *non iure factum, ruptum* ili *inritum* nije u svemu bez pravnog dejstva, da je

²⁵ 2.147 *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita facta aut rupta sunt.*

²⁶ 2.147 *Nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et ciuis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit.*

non per omnium inutilis. Dakle, *bonorum possessio secundum tabulas* predstavlja konvalidaciju nevažećeg testamenta putem pravila pretorskog prava.

8. Pravne posledice sukcesije na osnovu *bonorum possessio secundum tabulas* i razlike u odnosu na nasleđivanje po civilnom testamentu.

Ono o čemu najpre treba voditi računa jeste da se osnaženje posla ne ostvaruje u okviru istog pravnog sistema. Testament ostaje nevažeći na planu civilnog prava, ali dobija pravnu snagu na planu pretorskog prava.

Nevažeći testament osnažuje, ali ne proizvodi efekte koje je stranka prvobitno nameravala. Razlika ima više.

Po osnovu pretorskog prava se dodeljuje samo državina dobara na osnovu tablica testamenta, dok se po osnovu civilnog testamenta stiče kviritiska svojina. Moguće je da su, analogno rečenom, i neimovinske odredbe testamenta imale slabije dejstvo. Npr. robovi oslobođeni u testamentu koji važi *iure praetorio* verovatno nisu dobijali *civitas* već samo *latinitas*, i sl.

Sledeća razlika je u tome što se na osnovu testamenta koji važi po civilnom pravu nekad po samom pravu (*ipso iure*) stiče svojstvo naslednika, a nekad uz nasledničku izjavu. Sa druge strane, ukoliko se zahtevaju stvari iz zaostavštine u državinu po pretorskom pravu na osnovu tablica testamenta, zainteresovana lica se moraju obratiti pretoru sa zahtevom da im se stvari dodele u državinu. Pretor zatim izdaje dekret kojim se tim licima dodeljuje *bonorum possessio*.²⁷ Dakle, nevažeći testament se naknadno osnažuje, na osnovu zahteva pravno zainteresovanog lica i odlukom magistrata.

Zatim, kako smo videli, sve do perioda Antonina Pija *bonorum possessor* nije mogao stvari zadržati u državini ako je postojao makar i jedan naslednik po civilnom pravu.

Najzad, pošto *tabulae signatae* nisu bile smatrane za pravi testament niti je nasleđivanje po pretorskom pravu shvatano kao nasleđivanje u pravom smislu, testamentom važećim po pretorskom pravu nije se mogao poništiti ranije načinjeni civilni testament.

Sve u svemu, efekti testamenta koji važi po pretorskom pravu su slabiji nego onog koji važi po *ius civile*-u. Zbog toga, Gaj ne smatra da je

²⁷ Tek u Justinijanovom pravu lica koja se pozivaju na nasleđe po pretorskom pravu postaju sukcesori *ipso iure*, jer tek tada je prestalo biti neophodno da magistrat izdaje *decretum* kojim im dodeljuje državinu dobara. Bonfante: *op. cit.*, str. 517-518.

sukcesija po osnovu pretorskog prava nasleđivanje u pravom smislu, niti se sukcesori kojima pretor dodeljuje državinu dobara mogu zvati naslednicima.

Evo jednog teksta našega Gaja koji izražava suštinu njegovog shvaćanja nasleđivanja po pretorskom pravu:

3.32 *Lica pak koja pretor poziva na nasleđe ne postaju naslednici po samom pravu, jer pretor ne može nekoga učiniti naslednikom. Putem zakona, naima, ili sličnog opšteg akta, kao što je senatska odluka ili princepsova konstitucija, postaju naslednici. Ali, kada im pretor dodeli državinu dobara (bonorum possessio), dobijaju položaj naslednika.*²⁸

Dakle, lica koja dobiju stvari iz zaostavštine u državinu na osnovu odluke pretora za Gaja nisu naslednici. Segment Gajeve rečenice iz navedenog paragrafa *praetor heredes facere non potest* kasnije je postao poznat kao pravna maksima.

Ali, testamentom *qui valet iure praetorio* se ipak postižu slični, mada ne identični, efekti onima koje bi testament imao da važi po *ius civile*-u. U pitanju su efekti koje bi i testator verovatno želeo, i pretorska konvalidacija nevažećeg testamenta je bila usmerena na to da se ispoštuje *voluntas* testatora. Zato Gaj kaže da lica koja dobijaju stvari iz zaostavštine u državinu imaju *loco heredum*, što znači da se nalaze u praktično istom pravnom položaju kao da su naslednici po civilnom pravu.

9. Zaključak

Institut *bonorum possessio secundum tabulas* Gaj ne shvata kao nasleđivanje po osnovu testamenta sačinjenog u formi koju propisuje pretorsko pravo, nego kao naknadno osnaženje nevažećeg testamenta *per aes et libram*, pri čemu u prvom redu ima u vidu testamente nevažeće zbog nedostatka forme.

Tome u prilog govori pre svega Gajeva terminologija, odnosno nepostojanje pravnotehničkog izraza za „formu testamenta po pretorskom pravu“, za razliku od civilne forme za koju se koristi izraz *per aes et libram*. Zatim, uslovi koje pretor zahteva da bi dodelio državinu dobara na osnovu tablica testamentata predstavljaju u stvari uprošćenu formu pisanog civilnog testamentata, u obliku u kome se on javlja u praksi klasičnog

²⁸ 3.32. *Quos autem praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, uelut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.*

perioda. Položaj lica koja dobijaju državinu na osnovu odluke pretora toliko je različit od položaja univerzalnih sukcesora po civilnom pravu, da ih Gaj ni ne smatra za naslednike u pravom smislu. Područje primene instituta *bonorum possessio secundum tabulas* je od strane pretora bilo postavljeno dosta usko. Nasleđivanje po osnovu pretorskog prava u vreme kada je uspostavljeno nije derogiralo pravila *ius civile*-a, nego je predstavljalo alternativu u slučaju da nema ni jednog naslednika po civilnom pravu. Tek od jedne konstitucije imperatora Antonina Pija nasleđivanje po pretorskom pravu je dobilo prednost nad *ius civile*-om. Kako je ova konstitucija doneta malo pre objavljivanja Institucija, nije bilo dovoljno vremena da testament sačinjen u prisustvu sedam svedoka bez mancipacije i nunkupacije postane prihvaćen u praksi. Svi sačuvani testamenti iz klasičnog perioda su sačinjeni u formi *per aes et libram*. To je razlog zašto Gaj razmatra samo *bonorum possessio* na osnovu tablica nevažećeg civilnog testameta, a ne pominje testamente koji bi, eventualno, bili namerno sačinjeni na način koji propisuje pretor.

Za testament koji ne važi po civilnom pravu, ali važi po pretorskom, Gaj kaže da nije potpuno nevažeći (*non per omnium inutilis*). Uprkos tome, na osnovu Gajevog izlaganja se zaključuje da on ovu situaciju smatra za naknadno osnaženje nevažećeg posla. Osnaženje ne nastupa *ipso iure*, nego po zahtevu zainteresovanog lica i odlukom pretora. Posebno treba napomenuti da testament ostaje nevažeći po civilnom pravu jer se njegova „konvalidacija“ ostvaruje u okviru drugog pravnog sistema - pretorskog prava, pri čemu se postižu efekti slični, ali ne i identični onima koje bi testament imao kada bi bio validan po civilnom pravu.

*Samir Aličić, LL. M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

***Bonorum possessio secundum tabulas* in the institutes of Gaius: a form or a method to validate a will?**

Abstract

Gaius do not treat the institute of *bonorum possessio secundum tabulas* as succession based on a will drawn in the form required by the praetorian law, since the Constitution of the Emperor Antoninus Pius had been passed only a couple of years before the Institutes were published, in which the succession under the praetorian law gained advantage over the succession under the civil law. *Bonorum possessio secundum tabulas* appears in the Institutes only as subsequent validation of an invalid will *per aes et libram*, where Gaius refers above all to wills invalid for the reason of the lack of form. Validation is implemented in compliance with the assumed will of testator, where the similar, but not identical effects are achieved with those that the transaction would have had it been valid *ab initio*. Validation does not operate *ipso iure*, but upon request of an interested party and decision of the praetor. The transaction would remain invalid under the civil law, since its “validation” is implemented within another legal system – the praetorian law.