

*Dr Magdolna Sič, vanredni profesor  
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

## KUPOVINA PREDMETA ZALOGE OD STRANE ZALOŽNOG POVERIOCA PREMA PAPINIJANU (Fragm. Vat. 9)

**Sažetak:** U Vatikanskom fragmentu postoji jedan tekst o tome da poverilac valjano kupuje predmet zaloge od svog dužnika za cenu koja je određena glavnicom duga i kamatama (Fragm. Vat. 9). Prema njegovom autoru tekst je uzet iz Papinijanove treće knjige odgovora (Papin. III respons). Mada ovaj tekst nije unet u Justinijanova Digesta, u literaturi se ipak ne osporava da je njegov autor Papinijan. Na ovom mestu želimo da preispitamo Papinijanovo autorstvo teksta: da li ovaj tekst odgovara Papinijanovim stavovima, i uopšte klasičnom shvatanju o prodaji zaloge založnom poveriocu; kao i pitanje: zašto ovaj fragment nije preuzet u Digesta?

**Ključne reči:** *Fragm. Vat. 9, prodaja zaloge založnom poveriocu, lex commissoria, zaloga, klasično rimsko pravo*

### O *Fragm. Vat. 9* i o njegovom autoru

*Fragm. Vat. 9 (Papin. III respons)*<sup>1</sup>: “Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenerit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non solute creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.”

---

<sup>1</sup> U daljem tekstu, F. V. 9.

„Poverilac valjano kupuje zalogu (*pignus*) od dužnika, bilo da je to ugovoreno pri zaključenju ugovora bilo kasnije; ne smatra se prodajom za neodređenu cenu, ako se saglase, da ako novac dat na zajam nije vraćen poverilac svojinu zadržava na osnovu prava kupovine, /cena/ je određena glavnicom i količinom kamata od dana garantovane isplate novca.“

Mišljenje, da poverilac valjano kupuje založenu stvar od svog dužnika za cenu koja je određena glavnicom duga i kamatama sačuvano je jedino preko kasnije postklasične zbirke, koja je poznata kao Vatikanski fragment<sup>2</sup>. Anonimni pravnik koji je uvrstio ovaj tekst u zbirku poziva se na to, da ga je uzeo iz treće knjige Papinijanovih odgovora (*Papin. III responsa*).

Mada klasična autentičnost ovog fragmenta u literaturi nije osporavana, ona nije ni potvrđena i stoga se postavlja pitanje: da li ovaj tekst zaista prezentuje Papinijanovo stanovište?

Prema Šulcu, a to se smatra i opšte prihvaćenim mišljenjem, sastavljači Vatikanskog fragmenta su samo skraćivali tekstove klasičnih pravnika. Oni su jednostavno eliminisali deo teksta koji su smatrali suvišnim, ali druge izmene nisu činili u tekstu. Međutim, takođe se smatra, da sastavljači nisu koristili originalne, nego u prethodnom vremenu već donekle prerađene tekstove klasičnih pravnika<sup>3</sup>.

Ne obazirajući se na ove okolnosti, autentičnost Papinijanovog teksta se smatra potvrđenom fragmentom Trifonina koji je sačuvan u Digestama<sup>4</sup>. Prema ovom fragmentu (D. 20, 5, 12 pr.), Papinijan je kao carev službenik *a libellis* (sekretar za molbe građana) formulisao carev reskript u smislu da poverilac može da kupi zalogu (*pignus*) od dužnika:

D. 20, 5, 12 pr: “*Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*”

---

<sup>2</sup> Vatikanski fragment (*Cod. Vat. 5766*) je među vatikanskim rukopisima otkrio Kardinal Andelo Maj (Cardinal Angelo Mai) 1821. godine, na palimpsestu čiji prvobitni tekst, koji potiče iz četvrtog ili petog veka, bio natpisan i zaklonjen tekstom pisanim u osmom veku. Pravnik koji je mogao biti autor rukopisa ostao je nepoznat. Ova zbirka je sačinjena unošenjem fragmenata iz knjiga klasičnih pravnika: Papinijana, Paula i Ulpijana; kao i carskih konstitucija. Originalni tekst Vatikanskog fragmenta je bio sačinjen nešto posle 318. godine. Više o tome, F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1967, str. 310 – 311.

<sup>3</sup> To je potvrđeno u pogledu Ulpijanovih tekstova sadržanih u Vatikanskom fragmentu. O tome, F. Schulz, nav. delo (*History*), str. 213.

<sup>4</sup> Na primer, E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar, 1956, str. 188; F. Peters, *Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht*, Studien im römischen Recht, Berlin, 1973, str. 142 – 144. Navodeći *Fragm. Vat. 9* ni drugi autori ne ispituju klasičnu autentičnost teksta.

„Bilo je određeno u reskriptu imperatora, sačinjenog od strane Papinijana kao sekretara za molbe, da poverilac može da kupi pignus od dužnika, jer je ostao u dužnikovoj svojini.”

Poslednji deo rečenice «*quia in dominio manet debitoris*» ukazuje na to da ovo ne može da se čini u slučaju fiducije, jer je u tom slučaju poverilac već vlasnik zaloge (P. S. 2, 13, 3 /= Brev. P. S. 2, 12, 6/: »*Debitor creditori vendere fiduciam non potest...*” /Dužnik ne može da proda fiduciju poveriocu.../)<sup>5</sup>. Ovaj deo teksta je po Biskardiju interpolacija<sup>6</sup>. Mi smatramo, da to ipak ne mora biti interpolacija, jer se radi o pozivanju na jedno od opštih pravila klasičnog prava: niko ne može da kupi stvar na kojoj već ima svojinu (“*neque emptio...rei sue consistere potest*” Ulp. D. 50, 17, 45), na koje se poziva i sâm Papinijan (D. 13, 7, 41 „*rei sue nulla emptio est*“)<sup>7</sup>.

Papinijan je zaista bio u službi *procurator a libellis* u vreme vladavine Severa u periodu od 26. septembra 194. godine do 12. februara 202 (prvo Severa, a zatim Severa i Karakale)<sup>8</sup>. Međutim, nismo našli konstituciju Karakale na koju ukazuje Trifonin, već samo one o ugovoru o kupoprodaji sa klauzulom o *lex commissoria*, ali i ove konstitucije potiču iz vremena kada Papinijan više nije bio u carskoj službi.

Prema jednom Karakalinom reskriptu, za koji Biskardi pretpostavlja da je taj na koji se poziva Trifonin<sup>9</sup>, ako kupac ne ispati kupovnu cenu na vreme izgubiće kaparu (*arra*). Ova sankcija se može smatrati istom sankcijom kao i plaćanje kamate od strane založnog dužnika koji nije vratio dug na vreme.

<sup>5</sup> Prema nekim mišljenjima, u slučaju fiducije, nije ni bilo potrebno da poverilac kupi predmet fiducije od dužnika, jer je *lex commissoria* (o pribavljanju svojine) već izvorno bio uključen u *fiducia cum creditore contracta* (literatura o tome u: A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, Giappichelli, 1951, str. 16. n. 2), ili po drugom mišljenju poverilac je mogao da prisvoji definitivno fiduciju ako je *lex commissoria* bio predviđen u *pactum fiduciae* (literatura o tome u A. Burdese, nav. delo. 17. n. 1.); Prema Freci (P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, parte III, *Garanzie reali delle obbligazioni*, Pisa, 1958, str. 59): „*la fides, puo essere qui invocate per negar fede all'una come all'altra opinione*”; takođe, C. Longo, *Corso di diritto romano*, La fiducia, Milano, Giuffrè, 1933, str. 55 – 56.

<sup>6</sup> A. Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, Studi in onore di Emilio Betti, vol. II, Milano, Giuffrè, 1962, str. 584.

<sup>7</sup> Takođe, A. Biscardi, nav. delo (*Lex commissoria*), str. 588.

<sup>8</sup> Nije poznato u kojoj službi je bio u periodu od februara 202. godine do januara 205. godine, ali se zna da je od 205 do 211. godine bio prefekt pretorija u službi Septimija Severa, da je 211 otpušten od strane Karakale i pogubljen 212. godine. Detaljnije, T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2. izd. Oxford, Clarendon press, 1994, str. 73 – 81 i 190.

<sup>9</sup> A. Biscardi, *Lex commissoria*, p. 584.

C. J. 4, 54, 1 (216): *Imperator Antoninus*, „*Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emprix arras perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est*“.

„Ako bi po ovom zakonu (*lex commissoria*) prodao zemlju, da, osim ako u određeno vreme cena bude isplaćena, kupcu bi propala kapara, a svojina bi pripala tebi, ugovor treba ispuniti u skladu sa *fidesom* (tj. ugovoreno treba poštovati).“

Ovaj reskript, međutim, ne može biti reskript sačinjen od strane Papinijana na koji se Trifonin poziva, ne samo zbog toga što se ne odnosi na kupovinu zaloge od strane poverioca, nego ni zbog toga što je datiran sa 216. godinom, a poznato je, da je Papinijan pogubljen od strane Karakale 212. godine. Pored toga, postavlja se i pitanje da li je kapara (*arra*) već imala kazneni karakter početkom III veka, ili je reč o interpolaciji<sup>10</sup>?

Detaljnijom analizom F. V. 9 otkrivaju se oni delovi teksta koji odgovaraju, a takođe i oni koji ne odgovaraju u potpunosti klasičnim pravilima.

Nije sporno da u tekstu izloženo pravilo štiti interes poverilaca (*creditoris causa cavetur*), isto kao i ugovaranje *lex commissoria* uz ugovor o kupoprodaji<sup>11</sup>. Određuje da poverilac valjano zadržava zalogu u svojini na osnovu kupovine (*iure empti dominium retineat*) ako dužnik ne isplati svoj dug na vreme (*emptio conditionalis*)<sup>12</sup>. U ovom slučaju uslov je odložni: poverilac stiče svojину na predmetu zaloge tek ako dužnik ne isplati dug na vreme. Međutim, svojinu ne stiče direktno jednostavnim zadržavanjem predmeta zaloge u svojini u slučaju *pignus datum*, niti bi mogao da zahteva predaju zaloge u državinu svojinskom tužbom u slučaju *pignus conventum* (*hypotheca*). To je u skladu sa pravilima klasičnog prava. U ovom slučaju svojina se ne zadržava na osnovu *lex commissoria*, već se može steći jedino derivativnim putem, na osnovu volje prethodnog vlasnika (dužnika), koja je izražena u nekom pravnom poslu koji je usmeren

---

<sup>10</sup> Gaj o kapari govori samo kao o znaku da je ugovor zaključen (Gaj *Inst.* 3, 139), u Justinijanovim Institucijama (Just. *Inst.* 3, 23, pr.) kapara, prvenstveno pod uticajem grčkog prava, dobija kazneni karakter (*arra poenalis*). Istina, postoje i drugi tekstovi u Digestama koji takođe predviđaju kazneni karakter kapare, na primer, Scevola, D. 18, 3, 6; 8.

<sup>11</sup> O vezanosti porekla *ius vendendi* za *lex commissoria* u klasičnom pravu u cilju zaštite interesa poverilaca videti: A. Burdese, *Lex commissoria*, str. 110 – 118; P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni, corso di diritto romano*, vol. II, *Garanzie reali*, Padova, 1963, str. 225 – 227. Kritika ovog mišljenja u: M. Kaser, *SZ* 67 (1950), str. 562; F. Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, str. 162 – 163.

<sup>12</sup> A. Burdese, *Lex commissoria*, str. 121 i dalje; A. Biscardi, *Lex commissoria*, str. 584.

na prenos prava svojine (*iusta causa traditionis*), putem predaje stvari *res nec Mancipi*<sup>13</sup>, koja može da bude i „predaja kratkom rukom“<sup>14</sup> (u slučaju ako se radi o *pignus datum*). Ako bi založena stvar bila *res Mancipi*, poverilac bi stekao bonitarnu svojину. Kao osnov pribavljanja svojine označen je ugovor o kupovini i prodaji (*iure empti dominium retineat*)<sup>15</sup>.

Prema mišljenju Biskardija, ni u slučaju prodaje ugovaranjem klauzule o *lex commissoria* ne bi se moglo prihvatiti mišljenje, da je u klasičnom periodu poverilac stekao svojину direktno na osnovu klauzule, tj. ispunjenja uslova «da cena nije isplaćena na vreme», jer je reč o kontraktu, a ne o translativnom aktu. Smatra, da bi poverilac i u ovom slučaju stekao svojину na predmetu garancije na osnovu kupovine (*iusta causa traditionis*) putem tradicije<sup>16</sup>.

Pravo prodaje predmeta zaloge od strane založnog poverioca (*ius vendendi*) u klasičnom periodu je postalo prirodni element *pignusa*, a u Justinijanovom pravu čak *essentialia negotii*, koje se ne može isključiti ni voljom stranaka<sup>17</sup>. Slučajevi prodaje zaloge od strane dužnika samom poveriocu su atipični u odnosu na ova klasična pravila. Ipak, na osnovu klasičnih tekstova nije sporno da je poverilac mogao da kupi predmet zaloge od svog dužnika. Posmatrajući fragmente klasičnih pravnika o kupovini predmeta zaloge od strane poverioca unete u Digesta, sem Trifoninog fragmenta u kom se poziva na reskript koji je sastavio Papijan i Marcijanovog mnogo diskutovanog fragmenta (D. 20, 1, 16, 9)<sup>18</sup>, u ostalim tekstovima je reč o problemima koji su se javljali u praksi usled kupovine predmeta založenog u korist više poverilaca, od strane jednog od poverilaca<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Gaj, *Inst.* 2, 19 – 20; Paul, D. 41, 1, 31, pr. *Paulus libro 31 ad edictum*.

<sup>14</sup> Gaj, D. 41, 1, 9, 5.

<sup>15</sup> Takođe, A. Biscardi, *Lex commissoria*, str. 589.

<sup>16</sup> A. Biscardi, *Lex commissoria*, str. 589.

<sup>17</sup> O ovom razvoju: J. H. Wigmore, *The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas III*, *Harvard Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1897, str. 28 – 30; R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996, str. 223 – 224; A. Földi – G. Hamza, *A római jog története és institúciói*, Budapest, 1996, str. 436.

<sup>18</sup> Pored tekstova klasičnih pravnika kupovina predmeta zaloge od strane poverioca razmatrano je i u nekoliko Dioklecijanovih reskriptata (na primer, C. J. 8, 27, 10, 1). Prema ovim reskriptima to je bilo dozvoljeno uz ostvarenje principa *bona fides*. Međutim, prema drugim Dioklecijanovim reskriptima poverilac je bio ovlašćen samo za sticanje poseda založene stvari radi prodaje iste (C. J. 8, 27, 9; 20).

<sup>19</sup> Usled sve većeg siromaštva mase stanovništva slučajevi višestrukog zalaganja iste stvari nisu bili retki. Prodaja zaloge jednom poveriocu (koji nije morao da bude prvi), pored pitanja pravne dogmatike (o tome: H. Ankum, *Rescripts of Roman emperors promulgated until the end of the reign of Diocletian in 305 A. D.* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Collected Papers), XL, 1/2006, Novi Sad, str. 9 – 18.; H. Anku-

Marcijanov<sup>20</sup> fragment (D. 20, 1, 16, 9) potvrđuje Papinijanovo mišljenje o mogućnosti poverioca da kupi predmet zaloge.

D. 20, 1, 16, 9: “*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, /iusto pretio tunc aestimandam/ : hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio, et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*”

„Pignus ili hipoteka mogu se ustanoviti i na taj način da, ako u određenom roku novac ne bude isplaćen, založni poverilac će po pravu kupca posedovati založenu stvar /koju treba pravično proceniti/. Smatra se da se u ovom slučaju zaključuje, u neku ruku, uslovna prodaja. To su u svom reskriptu odlučili božanski Sever i Antonin.”

Marcijan, slično Papinijanu (*iure emptoris*) koristi izraz *iure empti*. Međutim, dok po Papinijanu poverilac zadržava svojину na osnovu prava kupovine (*iure empti dominium retineat*), prema Marcijanu, on će samo posedovati stvar na osnovu prava kupca (*iure emptoris possideat rem*). Kako ćemo dalje videti ova razlika u formulaciji nije zanemarljiva.

Prema Ebrardu ceo Marcijanov fragment je «*unheilbar interpoliert*» (neizlečivo interpolisan)<sup>21</sup>. Kao prvo, reč hipoteka je kasniji dodatak fragmentu<sup>22</sup>. Prema vladajućem mišljenju deo teksta „*iusto pretio tunc aestimandam*“ je takođe dodat kasnije u postklasično, ili Justinijanovo vreme<sup>23</sup>. Deo fragmenta u kom se poziva na reskript Severa i Karakale (u čije vreme Papinijan je bio u carskoj službi *a libellis*) takođe se smatra interpoliranim i nije pronađen ni „fantom“ reskript koji dozvoljava poveriocu da prisvoji zalogu *iure emptoris* ako dužnik ne isplati svoj dug<sup>24</sup>.

---

m, Consequences of a pledge extinguished by merger in classical roman law, in *Ex iusta causa traditum* (Essays in honour of Eric H. Pool, Pretoria, 2005, str. 3 – 20.), otvarala je i probleme praktične prirode: mogućnost za *potentiores* da naplate svoja potraživanja primenom sile, probleme vezane za naplatu potraživanja više poverilaca, kao i tzv. zakonske hipoteke, a pre svega naplate javnog duga, prvenstveno poreza fisku. Detaljnije o tome, M. Sič, Aktue-Inost zabrane prodaje zaloge založnom poveriocu poznog Rimskog carstva, *Pravni život*, Beograd, Udruženje pravnika Srbije, br. 10/2006, str. 613- 637.

<sup>20</sup> *Marcianus Aelius* je delovao krajem prve polovine trećeg veka, posle Karakaline vladavine.

<sup>21</sup> Na osnovu F. Peters, nav. delo, str. 143. n. 18.

<sup>22</sup> Videti, F. Peters, nav. delo, str. 143 i literaturu u n. 15.

<sup>23</sup> O literaturi, videti: A. Biscardi, nav. delo (*Lex commissoria*), str. 585. n. 26. F. Peters, nav. delo, str. 145. i n. 28.

<sup>24</sup> F. Peters, nav. delo, str. 143. n. 18. poziva se na Ebrarda. Iz navedenog vremena (tačnije iz 194. god n. e.) postoji samo jedan reskript, koji se odnosi na cesiju založene stvari poveriocima, C. 8, 13, 1: *Impp. Severus et Antoninus AA. Timotheo. “Debitor, qui pignori-bus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur.”* (Dužnik, koji se poziva na to da je zalogu preneo na poverioce, nipošto se ne oslobađa obaveze). Peters ovaj reskript zajedno sa reskriptom C. J. 8, 34, 1 iz 222. god. tumači kao slučaj *datio in solutum* uključujući i

Vreme nastanka ovog pravila je početak III veka nove ere, vreme poznih klasičara, kada se već manifestovala ekonomska kriza, i usled toga su nastale teškoće naplate potraživanja, a takođe i pronalaženja adekvatnog kupca zaloge.

Prema *Fragm. Vat.* 9, kupovina zaloge od strane poverioca može da se ugovori kako u vreme ustanovljavanja zaloge, ali i kasnije (*in continenti* i *ex intervallo*). Prema pravilima klasičnog prava, pakti koji na neki način pogoršavaju položaj dužnika (na koje dužnik nema interes da se u postupku poziva putem prigovora) mogli su biti dodati *bonae fidei* ugovorima, po pravilu, samo pri zaključenju ugovora (*in continenti*), ali ne i kasnije<sup>25</sup>. Mada Papinijan, prema Onoreu, pripada liberalnijoj grupi pravnika koja prihvata promene<sup>26</sup>, prema Ulpijanovom saznanju, u ovom slučaju je i Papinijan mišljenja da naknadno dodati pakti rađaju samo prigovor, što znači da su valjani samo ako umanjuju obavezu dužnika<sup>27</sup>. Stoga, kasnije ugovorenu

---

*ius vendendi* i smatra da je ovaj problem identičan sa slučajem u D. 46, 3, 45 pr. (F. Peters, nav. delo, str. 156 – 158). Ne obraća pažnju na to da u ovim reskriptima zaloga služi kao obezbeđenje potraživanja više poverilaca (*creditoribus cedere; cessurum creditoribus*). Prema ovim reskriptima dužnik prenosi zalogu na svoje poverioce da bi oni putem njene prodaje namirili svoja potraživanja. U postklasičnom periodu *cessio bonorum* je shvaćen i kao *cessio rei* (o tome, M. Sič, *Cessio bonorum rimskog prava /na temu ličnog bankrota savremenog prava/*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2009, Novi Sad, 2009, str. 259 – 279). Pitanje kupovine zaloge od strane jednog poverioca nije predmet razmatranja u ovim reskriptima. Na okolnost da je u ovim reskriptima reč o više poverilaca ni Burdeze ne obraća pažnju, mada je u dilemi o tome o kom institutu je u ovom slučaju reč (A. Burdese, *Lex comm.* str. 125). Po našem mišljenju, ove konstitucije se ne odnose na prodaju zaloge založnom poveriocu, nego na isplatu barem dela duga putem cesije dobara na poverioce. O cesiji dobara, videti, S. Segura, *La cessio bonorum, Etude comparée de droit romain et de droit suisse*, Schulthess Zurich, 2005, str. 46 i dalje; N. Lewis, *The Humane Legislation of Septimius Severus*, *Zeitschrift für Alte Geschichte*, Vol. 45, No. 1 (1st Qtr., 1996), str. 104-113, <http://www.jstor.org/stable/4436409>; F. de Zulueta (prikaz): L. Guenoun, *La Cessio Bonorum*, u *The Classical Review*, Vol. 35, No. 7/8 (Nov. - Dec., 1921), str. 176, <http://www.jstor.org/stable/697364>.

<sup>25</sup> Ulpijan, D. 2, 14, 7, 5: “*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur...*” (Ponekad, naprotiv, i goli pakt stvara tužbu, na primer, kod sporova *bonae fidei*. Uobičajeno je, naime, da kažemo da su dodatni pakti obuhvaćeni tužbama *bonae fidei*. Ali ovo treba shvatiti tako, da ako su pakti pridodati istovremeno (*in continenti*), oni su obuhvaćeni zahtevom tužioca (iz osnovnog ugovora), a ako su zaključeni kasnije (*ex intervallo*), nisu obuhvaćeni, niti će oni važiti ako se povede spor, niti iz pakta nastaje tužba...); Takođe, C. J. 4, 54, 8.

<sup>26</sup> T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, str. 20 i dalje. Takođe, H. Ankum, *Pap. D.* 21, 2, 65: *The legal position of two heirs who sold a thing mortgaged by the deceased*, u: *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a ferran valls i taberner*, Barcelona, 1989, str. 2811 i not. 9.

<sup>27</sup> Ulpijan, D. 2, 14, 7, 5 “...*Idem responsum scio a Papiniano* (D. 18, 1, 72 pr), *et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex*

prodaju zaloge poveriocu možemo da prihvatimo samo kao davanje umesto ispunjenja (*datio in solutum*)<sup>28</sup>. Pored toga, postavlja se i pitanje, da li je u ovom slučaju uopšte reč o dodatnim paktima uz ugovor o zalozi?

Imajući u vidu provincijsku praksu, postoji i mišljenje da se ovaj Papi-nijanov tekst odnosi na fiduciju poznatu u provincijama<sup>29</sup>. Nejasna formula-

---

*empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*” (Takođe mi je poznat Papi-nijanov odgovor, da ako posle kupovine *ex intervallo* nastaje bilo kakav sporazum koji nije bio sastavni deo ugovora, po ovom osnovu ne može da se tuži iz kupovine, prema istom pravilu, po kom se iz pakta ne rađa tužba. To se odnosi na sve *bonae fidei* tužbe. Međutim, na strani dužnika ima mesta paktu, jer i pakti koji su kasnije dodati po pravilu omogućuju prigovor).

<sup>28</sup> Gaj, *Inst.* 3, 168: „*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est.*” (Obligacija se gasi u prvom redu izvršenjem onog što je dugovano. Otud se postavlja pitanje: u slučaju - da neko uz saglasnost poverioca izvrši što drugo umesto dugovanog, da li se obligacija gasi po samom zakonu, kako drže učeni pravnici naše škole, ili će ostati na snazi obaveza iz ugovora, ali se može istaći prigovor prevare protiv zahteva, kako smatraju predstavnici druge škole). Takođe, Diocl. i Max. C. J. 8, 13, 13; Diocl. i Max. C. J. 4, 51, 4.

<sup>29</sup> A. Burdese, *Lex commissoria*, str. 125. n. 1; E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, str. 188, n. 176. Prema Stehlo (Z. Szehlo, *Az egiptomi papyruszok - és a római jog*, Miskolc, 1938, str. 43 i dalje), u papirusima iz Egipta pisanim na grčkom jeziku nalazimo jednu vrstu zaloge koja je slična rimskoj fiduciji (Heidelberg num 1278 Z /1-11. god. s. e./; A P. Lips. I. /104. god. s. e./ u vezi sa P. Grenf. II. 28 /103. god. s. e.). Ova vrsta zaloge je nazvana “oné en pister” (fiducijarna kupovina). U ovom slučaju dužnik prenosi pravo svojine zaloge (prodaje premet zaloge) na poverioca pod raskidnim uslovom, da ukoliko isplati svoj dug, ponovo stiče pravo svojine na predmetu zaloge. Videti takođe, A. Biscardi, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, Cisalpino-Goliardica, - 1976, str. 183; R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri*, 2, Warszawa, 1955, str. 272 – 275; Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, str. 114 – 119. Drugi papirusi su sačuvali od ovoga suprotne poslove, u smislu da će poverilac s-teći svojinu na predmetu zaloge tek ako dužnik ne isplati dug na vreme (Verfallspfand). Ova vrsta zaloge je bila najčešća. Ona je bila u primeni i u slučaju državinske zaloge (P. Fay. 12. 109.; P. Magd. 13.; P. Oxy. I. 114.; P. Oxy. III. 530; C. P. R. 12. /93. god. n. e./), kao i u slučaju bezdržavinske zaloge – hipoteke (P. Fior. I. /153. god. n. e./; P. Oxy. III. 506; P. E. R. 1444; B. G. U. II. 445; P. Lond. II. 311; P. Lond. III. 1166; P. Oxy. III. 507; P. Lond. III. 168). Prema papirusima, i prema shvatanju Stehloa uz klauzulu o *lex commissoria* svrha im je bila *datio in solutum*. Ovu vrstu obezbeđenja prema Stehloa možemo naći u rimskom pravu kao prodaju pod odložnim uslovom. (D. 20, 1, 12 pr. *Paulus libro 68 ad edictum*. “- *Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse P-omponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur /scilicet si vicinum fundum habeat/ et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, v-endere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est*”). O tome Z. Szehlo, nav. delo, str. 45. Stehlo smatra da se ova vrsta zaloge kasnije razvila (mada se tačno vreme ne zna) u smislu da je poveriocu omogućeno pravo prodaje zaloge



cija teksta pruža povod za takvo mišljenje. Deo teksta: da poverilac *iure empti dominium retineat* (na osnovu prava kupovine zadržava svojinu) uz formulaciju za određivanje cene «*nec incerti pretii venditio videbitur...*» i „*cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*” dovodi do nejasnoća i teškoće tumačenja. Smatramo, da u ovom slučaju nejasnost teksta nije posledica Papinijanove koncizne, ali pravno tehnički ispravne formulacije teksta<sup>30</sup>, nego činjenice da su kompilatori Vatikan-skog fragmenta skratili izvorni tekst, ili su više Papinijanovih mišljenja spojili u jedno. Nije neosnovano ni to, da su ove promene izvršene već u prethodnom vremenu. Po našem mišljenju, ovaj tekst pokriva najmanje dva posebna slučaja, koje ćemo ovde rekonstruisati.

Rekonstrukcija prvog slučaja: “*Creditor a debitore pignus recte emit, ...nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non solute creditor iure empti dominium retineat...*”

„Poverilac valjano kupuje pignus od dužnika, ...ne smatra se prodajom za neodređenu cenu, ako se saglase, da ako zajam sa kamatom nije isplaćen, poverilac svojinu zadržava na osnovu prava kupovine...”

Ako poverilac ugovori kupovinu zaloge pri ustanovljavanju zaloge za određenu cenu (*certum pretium*), koja obuhvata procenjenu vrednost stvari i kamatu (*pecunia fenoris*, a ne besplatni zajam – *mutua pecunia*), ugovor o kupovini se odmah i realizuje. To znači da je dužnik (zajmoprimac – zalogodavac, koji je u ovom slučaju i prodavac) dobio na zajam cenu založene (prodate) stvari umanjenu sa kamatom i predao je stvar zajmodavcu – poveriocu – koji je sada kupac (*pignus datum*). On je dobio na zajam manju sumu nego što stvar vredi. Prodaja je uslovna. To znači da dužnik može da vrati (otkupi<sup>31</sup>) predmet zaloge ako plati ukupnu vred-

(*ius vendendi*). Nije dokazano da li se to dogodilo pre ili tek posle širenja rimskog uticaja u - Egiptu. Stehlo (Z. Sztehlo, nav. delo. str. 46) takođe konstatuje, da pravo prodaje zaloge od strane poverioca postoji samo u onim papirusima koji ne sadrže `verfallklausel` (*lex commissoria*): P. Petr. III. 57b; P. Eleph. 27a; O ovoj vrsti zaloge, takođe, J. H. Wigmore, *The Pl-edge-Idea*, III, str. 24: „*Fiducia* is the sale-for-resale form.“; O vezanosti fiducije za mancipaciju ili injuecesiju, kao i za mancipaciju u izmenjenoj formi, videti, B. Noordraven, *Die Fiduzia im Römischen Recht*, J. C. Gieben, Amsterdam 1999. str. 117; 143 i dalje; M. Sič, *Fiducia and Pignus in Sources of Post-Classical Roman Law - Synonyms or Terms Utilized for Different Kinds of Pledges?* (drugi deo), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2008, Vol. 42, No. 3, str. 143 – 172.

<sup>30</sup> Nejasnost Papinijanovih tekstova se, po pravilu, pripisuje njegovom stilu: sažetom izlaganju pravno tehnički ispravnih pravila. O tome, H. Ankum, *Pap. D. 21, 2, 65: The legal position of two heirs who sold a thing mortgaged by the deceased*, u: *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a ferran valls i taberner*, Barcelona, 1989, str. 2810 – 2811 i n. 89.

<sup>31</sup> Prema A. Biscardi, *Lex commissoria*, str. 589.

nost stvari tj. ne samo iznos duga, nego i kamatu. Prema tome, reč je o zajmu sa kamatom koji je obezbeđen zalogom (*pignus datum* rimskog prava) i pokriven kupoprodajom (*Verfallspfand* provincijske prakse<sup>32</sup>). Ako želi da otkupi zalogu plaća punu vrednost stvari tj. pored glavnice duga i kamatu. Papinijan u tekstu unetom u *Digesta* takođe iz treće knjige odgovora kao da razmišlja baš o ovom slučaju.

D. 13, 7, 40 pr: *Papinianus libro tertio responsorum*. “*Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.*”

“Dužnik ne može valjano da kupi *pignus* koji je dao poveriocu, jer je kupovina sopstvene stvari nevažeća; ako bi ga kupio za manju cenu od iznosa duga i zahtevao bi *pignus* ili bi vindicirao njegovu svojinu, poverilac nije obavezan da mu vrati posed pre nego što ponudi isplatu duga u celini.”

Prema Papinijanu nije ispravno da dužnik kupuje zalogu (*pignus*) koju je poveriocu predao, jer je on njen vlasnik. Međutim, u nastavku teksta ne osporava da isplatom celokupnog duga dužnik u suštini otkupljuje zalogu, što neće postići «ako bi je kupio za manju cenu» (*si minoris emerit*). Pored pravno tehničke neispravnosti ovog teksta, koja je najverovatnije posledica njegovog skraćivanja<sup>33</sup>, ostaje nejasno i to: da li Papinijan u ovom slučaju pod celokupnim dugom podrazumeva i kamate?

Prema F. V. 9, ako ne bi isplatom duga i plaćanjem kamate otkupio predmet zaloge, poverilac bi stekao svojinu na predatoj stvari na osnovu kupovine. Ugovor će biti perfektan i proizvodiće dejstvo tek po ispunjenju uslova („*pecunia fenoris non solute creditor iure empti dominium retineat*“). Znači da je prodaja predmeta zaloge u ovom slučaju zaključena pod odložnim uslovom<sup>34</sup>. Ne može biti reči o fiduciji rimskog prava, jer se u slučaju fiducije prenos svojine obavlja putem mancipacije ili injurecesije, a ovi načini prenosa ne mogu biti uslovljeni.

Rekonstrukcija drugog slučaja: “*Creditor a debitore pignus recte emit, sive ita convenerit ... postea; nec incerti pretii venditio videbitur, ...cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*”

„Poverilac valjano kupuje *pignus* od dužnika, i onda ako se o tome saglase ... kasnije; ne smatra se prodajom za neodređenu cenu, ako je ona

---

<sup>32</sup> Videti napomenu u ovom radu, n. 29.

<sup>33</sup> U ovom slučaju ili je Papinijan bio neprecizan, što nije izvesno, ili je došlo do skraćivanja teksta izostavljanjem fiducije (*emerit et fiduciam/pignus petat aut dominium/pignori vindicet*).

<sup>34</sup> *Verfallspfand*.

određena glavnicom i količinom kamata dospelih od vremena određenog za isplatu novca.“

U ovom slučaju može biti reči kako o *pignus datum*, a takođe i o hipoteci (*pignus conventum*). Dužnik – zajmoprimac dobio je na zajam procenjenu vrednost stvari umanjenu sa iznosom redovne kamate. Ako ne vrati dug na vreme poverilac kupuje od njega predmet zaloge za iznos duga i kamata, što znači da je cenu već unapred platio a dužnik je dužan, da plati i zateznu kamatu, a ako je reč o hipoteci, takođe, da mu preda predmet hipoteke. Po kom osnovu će poverilac da zahteva od dužnika zateznu kamatu? Kako ćemo dalje videti, prema Papinijanu (D. 20, 1, 1, 3<sup>35</sup>), na to može dužnika obavezati posebnom stipulacijom.

Isplata duga ovim putem može da se ugovori između dužnika i poverioca i kasnije, što bi u suštini bio slučaj davanja umesto ispunjenja (*datio in solutum*) u vidu prodaje predmeta zaloge.

Kako se dâ primetiti, F. V. 9 ništa nije rečeno o poveriočevoj obavezi da dužniku vrati razliku vrednosti predmeta zaloge koja bi ostala odbijanjem glavnice duga i kamata (*superfluum*)<sup>36</sup>. Vigmor ukazuje na razvoj shvatanja o ovoj poveriočevoj obavezi i konstatuje, da je poveriočeva obaveza na povraćaj razlike između vrednosti zaloge i duga bila opšte prihvaćena u klasičnom periodu<sup>37</sup>, ali sve do Justinijana postojala je i mogućnost da se ugovori suprotno<sup>38</sup>. Na primer, prema konstituciji C. 8, 28, 20, (294) "*si nihil specialiter convenit,...de superfluo competit actio*". Justinijan, imajući u vidu, da zaloga služi ne samo za obezbeđenje naplate duga iz zajma, nego kao opšte sredstvo obezbeđenja potraživanja, pri čemu vrednost založene stvari ne odgovara uvek i vrednosti duga (i eventualnih kamata), ovu obavezu poverioca određuje striktno<sup>39</sup>.

Kakav je bio Papinijanov stav o *superfluum*?

Prema fragmentu koji je unet u Digesta iz iste treće knjige odgovora iz koje potiče i sporni Vatikanski fragment (D. 13, 7, 42), Papinijan takođe insistira na povraćaju razlike između vrednosti zaloge i duga.

<sup>35</sup> D. 20, 1, 1, 3: „...cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores - usurae stipulanti recte promitti potuerint.“ (ako manji interes nije bio isplaćen u dogovorenom roku, stipulatrou može valjano da se obeća viša zakonom određena kamata).

<sup>36</sup> To konstatuje i Freca (P. Frezza, Le garanzie, parte III, /1858/, str. 318), “- Papiniano (FV. 9), considerando come prezzo l'amountare del debito e delle usure, mostra di ignorare la clau-sula della restituzione del superfluum.” Prema Burdezeu (A. Burdese, Lex commissoria, str. 199), precizniji termin za *superfluum* je grčka reč “*hyperocha*”.

<sup>37</sup> J. H. Wigmore, The Pledge-Idea, III, str. 26 – 27 i napomene.

<sup>38</sup> J. H. Wigmore, The Pledge-Idea, III, str. 27. n. 1.

<sup>39</sup> C. J. 8, 33, 3 iz 530. godine.

D. 13, 7, 42 *Papinianus libro tertio responsorum. Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituit, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.*

„Poverilac u sporu, pokrenutom povodom date zaloge, primoran je po samom pravu, da vrati (dužniku) razliku između vrednosti zaloge i ostvarene cene (*superfluum*) zajedno sa kamatama, i neće moći da izbegne ovu obavezu, tražeći da kupac stupi na njegovo mesto, mada je prodaja koja je povodom toga izvršena u suštini poveriočev sopstveni posao“<sup>40</sup>.

Prema Fenstri, na osnovu F. V. 9 ne možemo zaključiti da dužnik nije imao pravo na *superfluum*, jer to nije bio predmet razmatranja u ovom fragmentu<sup>41</sup>. Slažemo se sa njegovim mišljenjem, u toliko, što Papinijan problem povraćaja zajma posmatra imajući u vidu zaštitu interesa poverioca. Obzirom na to, da poverilac procenjuje vrednost predmeta zaloge kada daje zajam i da mu Papinijan priznaje pravo na kamatu, on će se truditi da predmet zaloge pokrije sve njegove zahteve. U ovom fragmentu ne samo da nije reč o obavezi poverioca da pri kupovini vrati višak vrednosti zaloge, nego ni o njegovom pravu, da ako zaloga ne može da pokrije glavnicu i kamate, da ovu razliku zahteva od dužnika. Po našem mišljenju, kako smo napred ukazali na to, na ovu razliku se nije ni računalo, jer je vrednost založene stvari u F. V. 9. trebalo da odgovara iznosu duga i kamata, tj. ceni založene stvari.

Prema jednom Papinijanovom tekstu, koji se odnosi na ugovor o kupoprodaji uz klauzulu o *lex commissoria*, ako je poverilac izabrao da će primeniti *lex commissoria*, posle toga ne može da zahteva isplatu cene.

D. 18, 3, 4, 2: „*Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.*“

„Papinijan ispravno piše u trećoj knjizi odgovora, da čim je ustanovljena komisorna klauzula, prodavac treba da odluči da li će poništiti prodaju, ili će zahtevati cenu, stoga ako je izabrao primenu komisorne klauzule, posle toga to ne može da izmeni.“

Reskript Aleksandra Severa (222–234) ovo pravilo precizira u toliko, da je primena komisorne klauzule inkompatibilna sa zahtevom kamata<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Takođe, Ulpijan, D. 13, 7, 24, § 2.

<sup>41</sup> R. Feenstra, ZSS für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, tom. 64, Weimar, 1957, str. 514.

<sup>42</sup> C. J. 4, 54, 4: *Imperator Alexander Severus. „Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei elige-*

Ovi tekstovi o *lex commissoria* mogu takođe da ukazuju na rešenje prihvaćeno u Vatikanskom fragmentu koji ne predviđa pravo dužnika na povraćaj viška vrednosti založene stvari, jer ona odgovara dugu sa kamata.

Kupovina zaloge od strane poverioca, je prema Biskardiju, u suštini obrnuti slučaj ugovora o kupoprodaji uz klauzulu o *lex commissoria*. U slučaju ugovora o kupoprodaji uz klauzulu o *lex commissoria*, ako kupac ne plati cenu u ugovorenom roku za njega stvar nije kupljena. U slučaju zaloge, ako dužnik, koji je opteretio stvar u korist poverioca zalogom, u ugovorenom roku ne plati dug, za poverioca će zaloga biti kupljena. Prema Biskardiju ugovor o kupoprodaji uz klauzulu o *lex commissoria* može takođe da služi obezbeđenju potraživanja<sup>43</sup>, imajući u vidu, da je novčani dug u suštini cena predmeta prodaje. Smatra da je *emptio-venditio in casusam obligationis* (koji se od *pactum de retroemendo* razlikuje samo po strukturi<sup>44</sup>) je jedan od načina realnog obezbeđenja potraživanja (*obligatio rei*)<sup>45</sup>.

Prema Petersu ova inverzija *lex commissoria* u slučaju kupoprodaje: „*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*“<sup>46</sup>, u *lex commissoria* u slučaju zaloge: „*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus emptus sit*“ učinjena je tek kasnije u toku postklasičnog perioda, a preciznije putem prakse Dioklecijanovog vremena<sup>47</sup>.

Vrsta posla predviđena u F. V. 9 je bliža praksi srednjeg veka<sup>48</sup>, nego klasičnom rimskom pravu, mada ne možemo negirati, da je bila prisut-

---

*re, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.* Uzimanje kamata je zabranjeno i u slučaju *impetratio dominii*, CJ. 8, 33 (34), 2 (238): Imperator Gordianus. „*Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.*“

<sup>43</sup> Prema Biskardiju (A. Biscardi, *Lex commissoria*, str. 589) i *lex commissoria* se može smatrati vrstom realnog obezbeđenja: „*la lex commissoria in funzione di garanzia, o per melio dire, la emptio-venditio in causam obligationis – che non doveva poi differire un gran che, nella struttura, dal pactum de retroemendo...è uno dei negozi, coi quali si può classicamente porre in essere un'obligatio rei.*“

<sup>44</sup> C. J. 4, 54, 2; 7; D. 19, 5, 12.

<sup>45</sup> A. Biscardi, *Appunti*, str. 182 – 192.

<sup>46</sup> Pomp. D. 18, 3, 2.

<sup>47</sup> F. Peters, *nav. delo*, str. 166.

<sup>48</sup> U toku srednjeg nije bila zabranjena prodaja predmeta zaloge založnom poveriocu. Postojale su razne varijante zaloge (videti, R. József, *Európa jogtörténete*, Budapest, 2002, str. 311 – 320) *wette, vadium*, na francuskom *gage*: u ovom slučaju zalogodavac je predao poveriocu predmet zaloge, uz uslov da ako ga ne otkupi u određenom roku, gubi svojinu; *mortgage*: predaja zaloge se obavljala pred sudijom ili gradskim većem (uz saglasnost dužnikovih naslednika), založni poverilac je na osnovu zaloge mogao da ubira plodove (umesto kamata), a ako dužnik nije platio dug ova zaloga bi trajala večno. Po pravilu se smatra, da je ubiranje plodova i sticanje svojine predmeta zaloge od strane poverioca, ako du-

na u provincijskoj praksi, a najverovatnije i u praksi Rima u slučaju zajma obezbeđenog zalogom<sup>49</sup>) već u klasičnom periodu<sup>50</sup>.

žnik ne plati dug, u srednjem veku korišćeno radi izigravanja zabrane uzimanja kamata. O tome, R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996, str. 170; O. Stanojević, *Zajam i kamata*, Beograd, 1966, str. 166 i dalje, kao i str. 192; R. József, nav. delo, str. 314. Ova zabrana bazirana na Svetom pismu (na primer, Sv. Luka, 6, 35: „*mutuum date nihil inde sperantes*”) ima svoje korene još u antičko doba (O. Stanojević, nav. delo, str. 153; Nikejski sabor, 325. god.; Lav Veliki /papa od -440-445/). Međutim, energičnija borba bila je započeta tek kasnije u IX veku, kada je crkva ojačala svoj uticaj. Tako je kanonom br. 17. za vreme pape Lava IX, na saboru u Remsu - odlučeno: „*ne quis clericus vel laicus usuras exerceret*” (prema, O. Stanojević, nav. delo, str. 153, detaljnije R. Zimmermann, nav. delo, str. 170). U praksi srednjeg veka postojali su načini da se pravična pravila koja su štítala dužnika izigravaju. Tome su mogle da posluže i tzv. hartije od vrednosti koje su glasile na donosioca (*inhaberpapiere*). Ovim načinom je omogućeno izigravanje i zabrane cesije potraživanja na *potentiores* (*patrocinium* odn. *cessio in potentiores*), o tome, I. Babják, *Bemutatóra szóló értékpapírok a Frank- Római magánokirati világban*, *Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensium*, Tom. 1/1, fasc. 2, Miskolc, 2002, str. 29 i n. 16 i 17). Prema Babjaku, čitav niz isprava o dugu bazira se na langobardskoj ispravi iz 796. godine (I. Babják, nav. delo, str. 31. ukazuje na *Codex diplomaticus Longobardiae*, col. 128, Nr. 69), u kojoj je konstatovan dug iz zajma od 90 srebrnih denara sa kamatama. Po ovoj ispravi, ako dužnik ne bi platio dug na vreme, poverilac ili (donosilac isprave) mogao je da uzme u posed zalogu u odgovarajućoj vrednosti, ili ako ne nađe odgovarajuću zalogu, onoliko stvari koliko odgovara vrednosti duga, uz mogućnost, da ove stvari dužnik otkupi iz zaloge u roku od 30 dana. U ovim dokumentima se čak spominje da se isprava o dugu (*cautio*) pretvara u ispravu o prodaji (*carta venditionis*). Prema Rusolju, prvenstveni cilj zaloge nije bio da poverilac naplati svoje potraživanje, nego da dužnik ispuni obavezu – dužnik ispunjavajući obavezu mogao je da otkupi predmet zaloge u roku od 20 dana ili čak 3 meseca, ako to nije učinio, poverilac je stekao svojину na predmetu zaloge (J. Ruzsoly, nav. delo, str. 312). U istom cilju je korišćena i „većita zaloga“. U slučaju „većite zaloge“ (*Nutzungspfand, mortgage*) zalagodavac je mogao bez vremenskog ograničenja da otkupi zalogu, poverilac nije mogao da stekne pravo svojine, ali dok dužnik - zalagodavac nije isplatio dug, poverilac je mogao da ubira njene plodove. Papa Aleksandar III. 1163. godine zabranu uzimanja kamata proširio je i na *mortgage* u nameri da je pretvori u *vifgage*, u smislu da se vrednost plodova uračuna u dug. Ovo nastojanje, međutim, retko je bilo poštovano (J. Ruzsoly, nav. delo, str. 314 – 315). Na primer, u Mađarskoj u XIII veku nepokretnost se davala u zalogu uz pravo korišćenja u korist zalogoprimalca (kao posledica zabrane uzimanja kamate za hrišćane), a ako dužnik u određenom roku nije platio dug, shodno uobičajenoj klauzuli ugovora o zalozi (ispravi o zalozi), poverilac – zalogoprimalac bi stekao pravo svojine na predmetu zaloge (Zichy Codex, I. k. 49. 1; I. Hajnik, *A magyar jogélet az Árpádok alatt*, Pest, 1872, str. 337). Slično, prema dokumentu iz 1283 o ponovnom zalaganju predmeta zaloge zbog nemogućnosti isplate duga uz klauzulu da ako zaloga ne bude iskupljena prelazi u poveriočev (ili njegovih naslednika) većiti posed zajedno sa koristima (plodouživanjem) i pripadcima. (A magyar jogtörténet - forrásai – Szemelvénygyűjtemény, uredio B. Mezei, Budapest, 2000, str. 160-161.). O tome takođe, M. Szűcs (Sič), "A modern telekkönyv megjelenésének előzményei", u knjizi: »Ingatlan-nyilvántartás» u izdanju: Vajdasági Magyar Tudományos Társaság, Novi Sad, 2002, str. 112 – 158.

<sup>49</sup> Mada je o tome jedini neposredni dokaz ovde razmatran F. V. 9.

Obzirom na to da F. V. 9 daje pravo poveriocu da zahteva i kamate, postavlja se pitanje: kakav je bio Papinijanov stav o kamatama?

Prema analiziranom Vatikanskom fragmentu, cena predmeta zaloge je određena glavnicom i kamatama od dana dospelosti duga (*pretii venditio ...cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*)<sup>51</sup>.

Obzirom na to da je reč o zajmu sa kamatom (*pecunia fenoris*<sup>52</sup>), pored redovne kamate, u slučaju docnje, imajući u vidu rekonstrukciju drugog slučaja F. V. 9, zajmoprimac je dugovao i zateznu kamatu. Uopšteno posmatrano, klasično rimsko pravo prihvata kamate u zakonom određenim granicama<sup>53</sup>, a samo izuzetno i iznad određenog redovnog maksimuma<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Videti, A. Burdese, *Lex commissoria*, p. 197; O nepostojanju prava na povraćaj viška vrednosti zaloge u grčkom pravu, videti, J. H. Wigmore, *The Pledge-Idea*, III, str. 19.

<sup>51</sup> Biskardi (A. Biscardi, *Appunti*, str. 189.) u pogledu *«pretium certum cum usuries»* se poziva na Ulpijanov fragment, koji se odnosi na ugovor o kupoprodaji uz klauzulu o *lex commissoria*: D. 18, 3, 4 *pr: Ulpianus libro 32 ad edictum*. „*Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fietur, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. Et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.*“ (Ako je zemlja prodana uz klauzulu o *lex commissoria*, to jest, da ako cena nije isplaćena u određenom roku, ona nije kupljena, da vidimo, na koji način prodavac može da zahteva zemlju, i ubrane njene plodove, kao i štetu koju je kupac načinio na zemlji. Mada je kupovina ugašena: ali je već odlučeno, reskriptima cara Antonina i božanskog Severa, da se može zahtevati putem tužbe iz prodaje). U ovom slučaju prodaje zemlje uz ugovaranje *lex commissoria*, zemlja je i predata kupcu. Kupac nije isplatio cenu u ugovorenom roku, tako da se smatra da zemlja nije kupljena (ugovor je zaključen pod raskidnim uslovom). Prema tome kupac je obavezan da vrati zemlju prodavcu sa svim njenim plodovima, kao i da nadoknadi eventualnu štetu. Ako kupac nije isplatio ni deo cene, ova odluka je pravična. Tekst ne razmatra problem: da li bi prodavac imao pravo da zahteva nadoknadu vrednosti plodova koji su nastali u vremenu od zaključenja ugovora do isplate cene, ako bi kupac isplatio cenu na vreme. Po našem mišljenju, ovaj primer nije dobar za opravdanje kamata za dati zajam. U slučaju F. V. 9 zalogodavac je prodavac a zalogoprimac je kupac založene stvari. U ovom slučaju prodaja je zaključena pod odložnim uslovom, ali je kamata uračunata unapred u cenu, tako da zajmoprimac/zalogodavac plaća kamatu bez obzira na to da li vraća zajam na vreme ili ne, a ako nije vratio zajam na vreme, pored toga što će izgubiti predmet zaloge, treba da plati i zateznu kamatu.

<sup>52</sup> O kamatama prvenstveno u bankarskim poslovima i o mogućnošću ugovaranja kamata i prostim paktom, videti, A. Petrucci, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza Romana*, u: *L'usura ieri ed oggi*, a cura di Sebastiano Tafaro, Bari, 1997, str. 63 – 97.

<sup>53</sup> *Usura* (kamata) je u suštini kompenzacija za upotrebu novca ili drugih zamenljivih stvari (od *usus – uso del capital* /Fuenteseca, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, str. 248/). Ona je civilni plod stvari, koji se može zameniti sa prirodnim plodovima ili korišćenjem stvari datih u zalogu (Ulpijan, D. 22, 1, 34; Paul, D. 20, 2, 8: *Paulus libro secundo sententiarum* „*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.*“; Dioklecijan, C. J. 4, 49, 5 /290/)

Papinijan takođe prihvata obavezu plaćanja kamata, ili mogućnost ubiranja plodova umesto kamata, u zakonom određenim granicama.

D. 20, 1, 1, 3: *Papinianus libro undecimo responsorum*. „*Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerint.*“

„Paktom je bilo ustanovljeno da ako u određenom roku nije bila isplaćena kamata plodovi hipotekom opterećene stvari<sup>55</sup> kompenzuju kamatu u zakonom određenim granicama. Mada u originalnoj stipulaciji su se sporazumeli o manjoj stopi, odlučeno je, da iako klauzula nije bila nevažeća, ako manji interes nije bio isplaćen u dogovorenom roku, stipulaciu može valjano da se obeća viša zakonom određena kamata.“

U klasičnom periodu postoji mogućnost naplate kamate i zadržavanjem zaloge od strane poverioca<sup>56</sup>.

C. J. 4.32.4 *Imperatores Severus, Antoninus*. „*Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est et rationem habet, cum pignora condicione pacti etiam usuris obstricta sint.*“

„Zadržavanjem zaloge mogu da se pokriju i kamate o čijoj naplati je postignut sporazum, bez obzira na to što to nije ugovoreno stipulacijom, to je ustanovljeno i opravdano je, jer u slučaju zaloge kamate se mogu uglaviti takođe i neformalnim sporazumom /paktom/“<sup>57</sup>.

---

videti o tome: H. Wagner, Remarks on the history of interest on loans, *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a ferran valls i taberner*, Barcelona, 1989, str. 2815 – 2825; Mod. D. 20, 1, 23: „*Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit.*“ (Postoji sumnja da je tekst interpolisan); Marc. D. 20, 1, 11, 1: „*cum in usuras fructus recipiat*“; Sev. C. 4, 24, 1; C. J. 4, 32, 17; O tome, takođe, V. Korošec, *Rimsko pravo*, I. del, 2005, str. 210. O kamati sa aspekta nekadašnjeg i sadašnjeg stava crkve, R. Coppola, *Il problema dell'usura nella visione e nell diritto della chiesa*, *L'usura ieri ed oggi*, a cura di Sebastiano Tafaro, Bari, 1997, str. 250– 258.

<sup>54</sup> O zalozi nad zemljom uz mogućnost zalogoprimca da ubira prirodne plodove zemlje (antihreza) koji su neodređeni i samim tim omogućuju da vrednost plodova bude iznad zakonske kamate, videti, P. Thomas, *Antichresis, Hemiolia, and the Statutory Limit on Interest in Gerard Noodt's de Fenore et usuris*, Beograd, 2008, str. 8. [www.alanwatson.org/philipthomas.pdf](http://www.alanwatson.org/philipthomas.pdf)

<sup>55</sup> Ovde može biti reči o civilnim plodovima, ako bi se mislilo na prirodne plodove tada je to teško ostvarivo u slučaju hipoteke.

<sup>56</sup> P. Thomas, nav. delo, str. 13.

<sup>57</sup> Takođe, Ulpijan, D 13 7 11 3; C. J. 4.32.22 *Imperatores Diocletianus, Maximianus*. „*Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc iure constituto, cum huiusmodi nullo interposito pacto tantum certae summae poenam praestari convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam*



Međutim, ni zadržavanjem zaloge ne može da se ubira kamata iznad zakonskog maksimuma, što je u skladu i sa Papinijanovim mišljenjem da zaloga ne može da pokriva protivpravnu kamatu, čak ni u slučaju pomorskog zajma.

D. 22, 2, 4 *Papinianus libro tertio responsorum*. pr. „*Nihil interest, traiectica pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur.*”

“Nije od nikakvog značaja da *traiectica pecunia* kada je ona primljena ne podleže riziku *poverioca*, ili će ona pasti na njegov rizik posle određenog vremena, ili ispunjenjem određenih uslova, i prema tome, u svakom slučaju ne duguje se viša interesna stopa od zakonom određenog. U prvom slučaju nikad ne može da se zahteva veća stopa; u drugom slučaju kada je rizik postao stvaran, ni *pignus* ni hipoteka ne može da se zadrži radi uzimanja veće kamatne stope.”<sup>58</sup>

### **Zašto navedeni Papinijanov fragment (*Fragm. Vat. 9*) nije unet u Justinijanova Digesta?**

Po našem mišljenju tzv. Papinijanov fragment (*Fragm. Vat. 9*) obuhvata dva posebna slučaja. Prvi slučaj, uopšteno posmatrano, može da se tumači u smislu zajma sa kamatom obezbeđenog zalogom, pri čemu iznos zajma odgovara procenjenoj vrednosti predmeta zaloge, uz odbitak kamata. Tekst u ovom tumačenju pokriva slučajeve poslovanja *zalagaonica* starog i srednjeg veka, a takođe u najnovije vreme i našeg savremenog prava. U osnovi ovo pravilo nije suprotno Papinijovim stavovima, kao ni klasičnom shvatanju. Zajmodavac unapred obračunava sve svoje troškove i rizik davanja zajma, imajući u vidu vrednost predmeta zaloge. O povraćaju viška vrednosti založene stvari u odnosu na iznos zajma u ovim poslovima nema reči. Ako obrnemo ovaj slučaj dobićemo ugovor o kupoprodaji uz ugovaranje komisorne klauzule.

U drugom slučaju, ako bi kupovina predmeta zaloge od strane *poverioca* bila ugovorena naknadno, nastaje i problem moratornog interesa. Ovu kamatu, shodno jednom drugom Papinijanovom tekstu, *poverilac* bi

---

*amplius et ad pignoris solutionem argueri te disciplina iuris perspicis.*” (Ako je reč o zalozi, kamata koja se nije mogla zahtevati bez stipulacije, može da se zadrži paktom. Istina ovim zakonom je ustanovljeno, da ako, kako tvrdiš o tome nije zaključen nikakav sporazum, nego je bila zahtevana samo isplata određene sume kao kazne, da prema pravnim pravilima ne možeš da zahtevaš, niti da zadržiš više, niti možeš da ubrzaš otkup zaloge).

<sup>58</sup> Takođe, Pap. D. 22, 1, 9, 1; Paul. D. 12, 1, 40; Tryph. D. 3, 5, 37 (38).

mogao da zahteva od dužnika samo na osnovu posebne stipulacije<sup>59</sup>. *Fragm. Vat.* 9 o tome se ne izjašnjava.

Jedan od osnovnih razloga što *Fragm. Vat.* 9 nije unet u Digesta nalazimo baš u tome što nije navedeno da kamate moraju biti u zakonom određenim granicama, na čemu Papinijan, kao i drugi klasični pravnici posebno insistiraju u tekstovima unetim u Digesta. Posebno, deo teksta dodat na kraju posmatranog fragmenta „*cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*”, ostavlja mogućnost poveriocu da unapred kalkuliše i eventualnu zateznu kamatu, mada se unapred ne može znati koliko će zajmoprimac kasniti sa isplatom u slučaju ako se kupovina zaloge ugovara naknadno.

Drugi bitan razlog izostavljanja ovog teksta iz Digesta, po našem mišljenju je taj, što Justinijan zalogu posmatra kao sredstvo obezbeđenja bilo kojeg potraživanja, a ne samo onog iz ugovora o zajmu. Predmet zaloge stoga može biti vrednija, ali i manje vredna stvar u odnosu na iznos dužnikovog duga. Usled toga, Justinijanovo pravo insistira na pravičnoj proceni predmeta zaloge pri prodaji poveriocu „*iusto pretio tunc aestimandam*”<sup>60</sup>, kao i na po-

---

<sup>59</sup> D 20 1 1 3.

<sup>60</sup> Marcijan, D. 20, 1, 16, 9; C. J. 8, 33, 3, 5 (530): *Imperator Justinianus*, “*Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote viliore pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum.*” (Međutim, ako bi nastala sumnja u vezi prodaje, recimo da je činjena za nižu cenu, poverilac će biti obavezan da se zaklinje da nije pribegao nikakvoj mahinaciji ili prevari, već je stvar prodao za toliku cenu koju je mogao postići za nju; i on će biti obavezan da vrati dužniku višak vrednosti (*superfluum*) samo za iznos za koji se zakleo). Na pravičnoj proceni založene stvari, posebno na Zapadu insistiralo se i pre Justinijanove vladavine. U pogledu procene zaloge bio je zastupljen i interes Carstva (*utilitas publica*) – sprečavanje propadanja sitnih posednika, a radi omogućavanja naplate poreza od njih. Ako je bio zastupljen interes carstva, cena je trebalo da bude pravična, i to, u strožem smislu nego *circumscriptio* u slučaju obične kupoprodaje. Tako prema zakonu iz 391. godine (LRV. C. Th. 10. 9, 1 / =C. Th. 10, 17, 3/) i njenoj interpretaciji, cena mora da odgovara vrednosti stvari. *Int.*: „*Si quicumque publici debiti enormitate constringitur, ut non possit hoc ipsum debitum nisi vendita propria facultate dissolvere, in eiusmodi debito hanc executores vel exactores formam servare debebunt, ut non ita rem praecipitent, ut res minore, quam valet pretio distrahatur nec tales sub quolibet concludio provideant emtores, ut et debitor proprietatem perdat et parum fiscus adquirat.*” (Ako je neko pritisnut velikim javnim dugom, tako da se od ovog duga ne može drugačije da se oslobodi, već samo prodajom svojih dobara, u ovakvim slučajevima dugovanja, neophodno je primeniti takve forme izvršenja, koje onemogućuju da se u ovoj stvari prenegli, da se ne bi stvar otuđila za manju cenu od one koju vredí, niti da bi pod ovakvim uslovima od strane kupca bila učinjena prevara /što bi dovelo do toga/, da dužniku propadne svojina, a fisk bi manje dobio.) Detaljnije, M. Sič, Sloboda ugovaranja i iustum pretium u rimskom i savremenom pravu, Pravni život, tematski broj „Pravo i univerzalne vrednosti“, br. 10. tom II, Beograd, 2005, str. 857 – 882; A. J. B. Sirks, *La laesio enormis en droit romain et Byzantin*, *The Legal History Review*,

vraćaju viška vrednosti zalagodavcu ako je zaloga vrednija od iznosa duga, a takođe i na poveriočevom pravu da zahteva razliku ako je zaloga manje vredna od iznosa duga<sup>61</sup>. O povraćaju ove razlike F. V. 9 čuti.

Pored toga, usled ekonomske krize, praćene inflacijom, koja je bila prisutna već u vreme Severa, a pojačavala se kasnije usled vojne anarhije, nadiranja varvarskih naroda i odbrambenih ratova, problemi vezani za naplatu potraživanja iziskivali su razne načine obezbeđenja potraživanja, pri čemu je najverovatnije i provincijska praksa vršila određeni uticaj. Tekstovi iz vremena poznih klasičara ukazuju na razne atipične načine obezbeđenja potraživanja<sup>62</sup>, a Marcijan čak konstatuje da se pignus i hipoteka

---

Antwerpen, LIII, 1985, str. 297. O Justinijanovom stanovištu još, Nov. Just. 120, 6, 2, (544), kao i A. Burdese, Lex comm. p. 121.

<sup>61</sup> Pored tekstova klasičnih pravnika, Justinijan posebno insistira na tome, na primer, C. J. 8, 33, 3, 4 (530): *Imperator Justinianus, "Sed si quidem minus in pignore, plus in debito invenitur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa invenitur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum."* (Međutim, ako je zaloga manje vredna od duga, poverilac ima pravo da zahteva od dužnika razliku. Ako je vrednost na obe strane jednaka, poverilac bez sumnje celu stvar datu u zalogu zadržava. Ako je pak dug manji od vrednosti zaloge, tada iznos koji prelazi dug, prema našem pravu ide u korist u potpunosti dužniku, osim ubačenom zelenišu, služi za naplatu potraživanja ostalih poverilaca ili se vraća dužniku).

<sup>62</sup> Po našem mišljenju najinteresantiji period u razvoju rimske zaloge je period poznog klasičnog prava (početak III veka nove ere). U ovom periodu je već prisutna ekonomska kriza u vidu deficita državne blagajne i teškoća plaćanja vojske i činovničkog aparata. Hipoteka u korist državne blagajne postaje opšta zakonska hipoteka na celokupnoj imovini poreskih obveznika, kao i na imovini lica koja su bila u ugovornom odnosu sa Imperijom ili su bili gradski funkcioneri odgovorni za izvršavanje javnih obaveza. Hipoteka koja se na Zapadu po pravilu naziva pignusom (misleći na *pignus conventum* - ugovorena zaloga) često je korišćena i za obezbeđenje privatnog duga. Javio se problem višestrukog zalaganja iste stvari, prioriteta naplate potraživanja, ugovaranja komisorne klauzule itd. Javile su se i druge vrste obezbeđenja potraživanja: kao obezbeđenje isplate cene ugovoru su dodali *lex commissoria* o zadržavanju prava svojine do konačne isplate cene, ili bi kombinovali ugovor o kupoprodaji sa zakupom ili prekarijumom do konačne isplate cene. Pojavila se i fiducija u novom obliku, u vidu prodaje predmeta za loge poveriocu sa pravom otkupa (*pactum de retroemendo*), postojala je čak i mogućnost da se zaloga proširi na druge zalogom ne opterećene obaveze dužnika. U rimskom pravu ni hipoteka ni pignus nisu bili vezani za određenu vrstu stvari. Predmet i jedne i druge vrste zaloge mogle su biti kako pokretne tako i nepokretne stvari kao i prava. Stroga pravila hipoteke kao bezdržavinske zaloge na nepokretnim stvarima i pignusa kao državinske zaloge stvorena su tek u toku srednjeg veka i odatle su preuzeta u kodifikacije novog veka. Videti o tome, W. J. Zwolve, A labyrinth of creditors: a short introduction, to the history of security interests in goods, <http://hdl.handle.net/1887/3418>.

razlikuju samo po nazivu<sup>63</sup>. Usled ovih okolnosti Justinijan je nastojao na tome, da široku lepezu mogućih realnih sredstava obezbeđenja reguliše na jedinstveni način. Jedinstveno regulisanje realnog obezbeđenja potraživanja je tendencija i danas<sup>64</sup>.

Justinijan predviđa jedinstvena pravila regulisanja, bez obzira o kojoj vrsti realnog obezbeđenja je reč, imajući u vidu kako zaštitu interesa poverioca, tako i zaštitu interesa dužnika. U tom nastojanju usmerio se na

---

<sup>63</sup> Marcian, D. 20, 1, 5, 1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* (Pignus i hipoteka se razlikuju samo po nazivu).

<sup>64</sup> U savremenom pravu se teži principu jedinstvenog regulisanja zaloge, izuzev zaloge na nepokretnim stvarima, mada ni to nije bez izuzetka ako se ima u vidu zalaganje preduzeća kao celine). Predlaže se odvojeno regulisanje obezbeđenja tzv. personal (pokretne stvari i prava i sve što nije nepokretnost) i real property: „The EBRD Model Law and UCC Article 9 both adopt the general view that personal property and real property should be dealt separately, and that the idea of personal property should be understood as widely as possible. The Model law provides that charged property may comprise anything capable of being owned; whether tangible and intangible, presently owned or to be acquired by the debtor in the future.“ Ovaj princip koji teži jedinstvenoj regulaciji obezbeđenja potraživanja putem tzv. personal property, bez obzira na vrstu tereta i predmeta zaloge, - teško je shvatiti bez poznavanja rimskog prava, samo na bazi evropske tradicije zasnovane na srednjovekovnom *ius commune*, koje ograničava broj mogućih stvarnih prava. Ovaj princip nazvan “single security interest” člana 9. US UCC (Uniform Commercial Code-Secured Transactions) preuzima i Model law on secured transactions (MLST) Evropske banke za obnovu i razvoj (EBRD - European Bank for Reconstruction and Development 1994). U uvodu Model zakona se objašnjava: “The Model Law is based on the idea of a single security right (a ‘charge’) in respect of all types of things and rights. The distinction between various traditional types of security rights, such as pledges of movables, pledges of rights, and mortgages is merged in one right.” Čitajući član 9 US UCC pisac ovih redova ne deli mišljenje da su njegova pravila jednostavna i kratka, kako to zaključuje Drobnig (U. Drobnig, *A Comparative Introduction to Security over Movables and Intangibles*, u *Emerging financial Markets and Secured transactions*, Kluwer, 1998, 1): “In my mind, there can be very little doubt about the superiority of the North American unitary model over the diversified European approach. The main virtues of the North American model are the consistency and brevity of regulation which it makes possible; it also facilitates the establishment of comprehensive system of registration. These advantages must be particularly persuasive to eastern and south eastern European legislators.” Čl. 9 sastoji se od oko 700 fragmenata sa stalnim ukazivanjem na prethodne ili naredne članove, što zahteva ozbiljnu analizu da bi se primenjivao. Prema našem saznanju na osnovu članka F. Dahan – G. McCormak, *International Influences and the Polish Law on Secured Transactions: Harmonisation, Unification or What?* (HeinOnline - 7 Unif. L. Rev. n.s. 713 2002, str. 724 – 725), ni pravni sistemi zapadno evropskih zemalja kao što su Nemačka, Francuska ili Austrija nisu preuzeli koncept jedinstvenog regulisanja založnog prava (odn. bolje rečeno realnih tereta), a to nije učinjeno ni u Engleskoj. Prema oceni autora, to u Poljskoj nije urađeno s jedne strane zbog konzervativnosti poljskih pravnikâ, a s druge strane zbog praktičnih problema (potrebe obuke bankarskih službenika, pravnikâ i sudija) do kojih bi dovela implantacija novog koncepta.

sprečavanje prakse iskorišćavanja dužnika nekontrolisanim prisvajanjem predmeta zaloge u svojinu od strane poverioca. Takozvani Papinijanov tekst u Vatikanskom fragmentu, koji daje mogućnost poveriocu da na osnovu prava kupovine zadrži predmet zaloge u svojini (*iure empti dominium retineat*), naročito, ako bi se ovo pravilo proširilo i van zajma obezbeđenog zalogom – bez pravične procene predmeta zaloge i bez obaveze poverioca da razliku između vrednosti zaloge i duga vrati dužniku, usmeravajući pažnju samo na dužnikovu obavezu plaćanja glavnice i kamata, nije bio u skladu sa Justinijanovom politikom.

U toku postklasičnog perioda dodat zahtev Marcijanovom tekstu da cena predmeta zaloge u slučaju kupovine od strane poverioca treba da bude pravično procenjena (*iusto pretio tunc aestimandam*), ukazuje na praksu jednostranog oduzimanja predmeta zaloge od strane poverioca i neposrednog sticanje svojine bez vraćanja viška vrednosti<sup>65</sup>.

Prema takozvanom Papinijanovom tekstu poverilac predmet zaloge zadržava u svojini na osnovu kupovine (*iure empti dominium retineat*), a to omogućuje poveriocu primenu *lex commissoria* u slučaju zaloge. Ovaj problem je postojao već za vreme Severa, jer je tada uvedeno pravilo da je sticanje svojine na predmetu zaloge od strane poverioca samo izuzetno dozvoljeno, uz posebno odobren službeni zahtev poverioca i u posebnom postupku (*impetratio domini*)<sup>66</sup>. Neposredno sticanje svojine od strane poverioca na predmetu zaloge na osnovu komisorne klauzule (koje odgovara sticanju svojine na predmetu zaloge na osnovu kupovine ako dužnik ne vrati dug iz zajma) je kasnije izričito zabranjeno preuzimanjem Konstantinove konstitucije (C. Th. 3, 2, 1 iz 320. godine) u nešto izmenjenom obliku u Justinijanov kodeks (C. J. 8, 34 /35/, 3).

Justinijan je *impetratio domini* (zahtevanje sticanja svojine na predmetu zaloge) predvideo samo u krajnjem slučaju, usled nemogućnosti dužnika da plati dug i nemogućnosti pronalaženja adekvatnog kupca zalo-

<sup>65</sup> Pretpostavlja se, da je marcijanski pakt bio korišćen radi izigravanja pravila o *impetratio domini* već za vreme Dioklecijana F. Peters, nav. delo, str. 166. Videti takode, J. H. Wigmore, The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas III, Harvard Law Review, Vol. 11, No. 1, str. 28–29.

<sup>66</sup> C. J. 8, 33, 1 (229): *Imperator Alexander Severus. "Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse."* (Kada zahtevaš posedovanje zaloge po pravu vlasništva, treba da naznačiš iznos dugova, za koje kažeš da nije izvršena isplata, kao i da si ispunio zahtevane formalnosti, pored toga, treba da znaš da celokupnu imovinu dužnika, koja je data u zalogu, ne možeš zahtevati, ni onda ako bi celokupna imovina bila opterećena u tvoju korist generalno /kao opšta zaloga/).

ge<sup>67</sup>. Sam postupak je 530. godine detaljno regulisao<sup>68</sup> propisujući javnu kontrolu, insistirajući na pravičnoj proceni predmeta zaloge, istovremeno dajući dužniku dovoljno vremena, čak dve godine od odobrenja *impetratio domini* da plaćanjem duga povrati založenu stvar<sup>69</sup>. Svojina poverioca će tek po isteku ovog roka biti definitivna.

Istovremeno potrebno je obratiti pažnju na to, da u Marcijanovom tekstu stoji da poverilac „*iure emptoris possideat rem*” što znači da će na osnovu kupovine steći samo posed predmeta zaloge, a ne svojinu. Prema Papinijanovom tekstu on stiće svojinu (*iure empti dominium retineat*). Osnovno pravilo klasičnog, a i Justinijanovog prava bilo je, da u slučaju ako dužnik nije u mogućnosti da isplati dug, poverilac može da proda predmet zaloge. Modestin u tom smislu tumači i kupovinu predmeta zaloge od strane poverioca. Istina on ima u vidu slučaj množine poverilaca, pri čemu ističe, da kasniji poverilac ne kupuje zalogu od prethodnog da bi postao njen vlasnik, nego da bi imao bolji položaj pri realizaciji naplate svog potraživanja.

D. 20, 5, 6 Mod. 8. reg.: “*Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris suis causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offere ei a debitore potest.*”<sup>70</sup>

“Ako kasniji poverilac kupuje zalogu od prethodnog, to ne čini zato da bi stekao svojinu, nego novac daje da bi sačuvao svoje pravo zaloge i na osnovu toga nudeći zalogu može da zahteva isplatu duga od dužnika.”

U ovim slučajevima, kada je jedna stvar opterećena zalogom u korist više poverilaca i jedan od njih se javlja kao kupac, njegova državina ili svojina na osnovu kupovine *iure emptoris* je samo privremena. Sticanje svojine na predmetu zaloge, možemo smatrati privremenim i u ostalim slučajevima. Ako poverilac predmet zaloge ne želi trajno da zadrži za sebe, pre ili kasnije će realizovati prodaju, pri čemu se postavlja pitanje: koju cenu će postići na tržištu u uslovima ekonomske krize?

## ZAKLJUČAK

Mada se Papinijanovo autorstvo teksta unetog u Vatikanski fragment (*Fragm. Vat. 9*) u literaturi ne osporava, smatramo, da iako određeni delovi teksta odgovaraju Papinijanovom shvatanju i klasičnim pravilima

---

<sup>67</sup> A. Burdese, *Lex commissoria*, str. 206; P. Frezza, nav. delo (1958), str. 322.

<sup>68</sup> C. J. 8, 33 (34), 3, 1 – 6. Detaljnije o tome, A. Burdese, *Lex commissoria*, str. 206–215.

<sup>69</sup> C. J. 8, 33, 3, 3, a – c.

<sup>70</sup> Prema Petersu (F. Peters, nav. delo, str. 153–154) ovaj fragment je pravno tehnički neispravan.

(mogućnost kupovine zaloge od strane poverioca; ugovaranje kamata uz zajam), u datoj formulaciji njegov autor nije bio Papinijan. Tekst je mogao nastati skraćivanjem Papinijanovog odgovora (*responsa*) ili korišćenjem delova iz više njegovih odgovora. Na ovaj način nastalo je pravilo o sticanju svojine na predmetu zaloge na osnovu kupovine od strane poverioca (*iure empti dominium retineat*), koje je odgovaralo provincijskoj praksi i u suštini znači primenu *lex commissoria* za slučaj zaloge.

U pogledu odgovora na drugo pitanje pošli smo od toga, da Justinijan predviđa jedinstvena pravila regulisanja zaloge, imajući u vidu kako zaštitu interesa poverioca, tako i zaštitu interesa dužnika: dozvoljava poveriocu da stekne predmet zaloge u posed na osnovu kupovine (*iure emptoris possideat rem*) samo uz pravičnu procenu cene zaloge (*iusto pretio tunc aestimandam*); zabranjuje poveriocu da nekontrolisano stiče svojину na zalozi ugovaranjem *lex commissoria*; a za slučaj, ako zalogoprimac ne bi mogao da nađe adekvatnog kupca, detaljno reguliše postupak provođom zahteva poverioca da mu se omogući sticanje svojine na zalozi (*impetratio domini*). Obzirom na to da u *Fragm. Vat.* 9 nije reč ni o ograničenju kamatne stope, ni o povrađaju *superfluuma* dužniku (na čemu inače insistira i Papinijan), niti je postavljen uslov da se zaloga pravično proceni, kao i da poveriocu dozvoljava nekontrolisano sticanje svojine na zalozi, smatramo, da je ovaj fragment bio u suprotnosti sa Justinijanovom politikom i stoga nije preuzet u *Digesta*.

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor  
Faculty of Law Novi Sad

## The Purchase of the Pledged Thing by the Creditor According to Papinian (Fragm.Vat. 9)

### *Abstract*

In the Vatican fragment is a text (*Fragm.Vat. 9*) inserted from Papinian's third book of opinions (*Papin. III respons.*) which allows to the creditor to buy the pledge from his debtor for the price determined by the capital and the interests of the debt.

Concerning the fragment, the author intends to answer two questions: does the rule, *Fragm.Vat. 9* (*Papin. III respons*) corresponds to Papinian's viewpoints, and, in general, to classical conception of the sale of the pledge to the creditor; and, why this fragment was not inserted in Justinian's Digest?

Concerning the first question, the author states, that, although certain parts of the text correspond to Papinian's standpoint and to the classical rules (regarding the creditor's possibility to purchase the pledge; the contracting of interest to loans), the text of *Fragm.Vat. 9* in the given formulation, does not belong to Papinian. It could have been created by shortening Papinian's opinion (*responsa*), or by compiling parts from his different opinions. In that way was created the rule of *Fragm.Vat. 9* on the acquisition of ownership on the pledged thing by purchase of the pledgee (*iure empti dominium retineat*), which corresponded to the provincial practice, and practically was nothing else than the application of *lex commissoria* in the case of pledge.

Regarding the answer on the second question, the author starts from Justinian's intent to provide uniform regulation of pledges, taking into consideration both the protection of the creditor's and the debtor's interests. To that effect Justinian allows a creditor to take possession of the pledged thing by means of purchase (*iure emptoris possideat rem*) only if the pledge was estimated in just price (*iusto pretio tunc aestimandam*); prohibits the uncontrolled acquisition of ownership by the creditor on the



pledged thing contracting *lex commissoria*; and in case the pledgee could not find a proper buyer, Justinian proscribed a detailed procedure for realizing the creditor's claim to get ownership over the pledge (*impetratio domini*). Observing that in the *Fragm. Vat. 9* the interest rate was not limited, and the return of the *superfluum* to the debtor was not prescribed, nor the just estimation of the pledge was required, and that, the uncontrolled acquisition of the ownership on the pledge was allowed to the creditor, the author concludes, that this fragment was in breach of Justinianian's policy, and therefore was not inserted into Digest.

Key words: *Fragm. Vat. 9*; purchase of the pledged thing by the creditor; *lex commissoria*; pledge; classical Roman law