

*Vid Žepič*****Iusta causa traditionis*. Narava pravne
podlage izročitve v luči antinomije
Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18****1. Uvod**

Pojmovanje pravne podlage izročitve (*iusta causa traditionis*)¹ je bilo od nekdanj eno najspornejših vprašanj v romanistiki. Dvomi so se porajali, ker so Justinijanovi kompilatorji, kljub cesarjevi načelni zahtevi po odpravi vseh antinomij,² v Digeste vnesli nasprotujoča si stališča klasičnih juristov.³ Celo iz Justinijanovih Institucij ni razvidno, ali je izročitev (*traditio*) kot temeljni razpolagalni posel za svojo učinkovitost predpostavljala veljavno pravno podlogo (kavzo).

* Vid Žepič, magister prava, asistent na Katedri za pravno zgodovino Pravne fakultete Univerze v Ljubljani; vid.zepic@pf.uni-lj.si. Besedilo je nastalo kot seminarska naloga, ki jo je avtor pripravil pod mentorstvom akad. zasl. prof. dr. dr. h.c. mult. Janeza Kranjca pri predmetu Analiza odlomkov rimskih pravnih tekstov, ki je obvezen predmet doktorskega študijskega programa Rimsko pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Mentorju se za dragocene nasvete prijazno zahvaljujem.

¹ V razpravi uporabljam izraz »pravna podlaga izročitve« izmenjaje z izrazom »kavza izročitve«. Nekateri romanisti (na primer Hausmaninger in Selb, 2001, str. 155) za pravni naslov priposestevanja (*iustus titulus usucapionis*) uporabljajo izraz pravna podlaga priposestevanja (*iusta causa usucapionis*).

² Const. *Deo auctore* 8 (= Iust. C. 1, 17, 1, 8): *Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto*. (»Tako naj si v nobenem delu prej omenjenega kodeksa prostora ne prilasti antinomija (tako se namreč imenuje s staro grško besedo), temveč naj bo samo sozvočje in samo doslednost brez slehernega nasprotja.«)

³ Da je bila tradicija zasnovana kavzavno, bi izhajalo iz Gai. 2, 19–20; Paul. D. 41, 1, 31 pr.; Ulp. D. 12, 1, 18; UE 19, 7; Diocl. Max. C. 2, 3, 20; da je bila tradicija zasnovana abstraktno, bi izhajalo iz Inst. 2, 1, 40–41; Gai. D. 41, 1, 9, 3; Iul. D. 41, 1, 36.

Čeprav v današnji romanistiki prevladuje stališče, da je bila tradicija v klasični, najbrž pa tudi Justinijanovi dobi, zasnovana kavzalno,⁴ ni jasno, kakšna je bila pravzaprav narava zatrjevane kavzalnosti. Kako utemeljiti izvedeni prehod lastnine pri kavzalno zasnovani tradiciji, če obveznost, ki naj bi se s tradicijo izpolnjevala, sploh ni obstajala, stranki pa sta bili zmotno prepričani, da ta obstaja? Kako pojasniti obstoj številnih kondikcij,⁵ čeprav bi na njihovem mestu prav zaradi načela kavzalnosti tradicije pričakovali vindikacije? Mar ni temeljni pogoj kondikcije, ki po ustaljenem nauku izključuje vindikacijo, prav prenos lastnine (*datio*) brez pravnega temelja (*sine causa*)? Kako je mogoče trditi, da lastninska pravica zaradi obstoja pravne podlage izročitve (*iusta causa traditio-nis*) preide, hkrati pa z vidika obogatitvenega prava zatrjevati, da je do premoženjskega premika prišlo brez pravne podlage (*sine causa*)?⁶

Nanizana vprašanja se iztekajo v delovno hipotezo o tem, da je bila rimska tradicija, enako kot mancipacija in *in iure cessio*, zasnovana abstraktno. To bi pomenilo, da je lastninska pravica na stvari prešla že ob golem soglasju izročitelja (lastnika) in pridobitelja o njenem prenosu. Hipotezo o abstraktni zasnovi rimske tradicije je v 19. stoletju znova obudil Friedrich Carl von Savigny. Ta stara dilema, o kateri se je v 19. in 20. stoletju prelilo ogromno črnila, na najboljši način ponazarja Gradenwitzovo prisposodob o rimskem pravu kot o »izžeti pandektni limoni«.⁷ Kljub temu pa še danes ni celostno razjasnjena, kar nakazujejo tudi številne razprave na to temo.⁸

Namen tega prispevka je predstaviti in komentirati novejšo hipotezo o zasnovi rimske tradicije s poudarkom na naravi njene kavze v klasični dobi rimskega prava. Ker je bilo ključno torišče razprave o rimski tradiciji usmerjeno v Julijanovo-Ulpijanovo antinomijo, poskušam Julijanov odlomek D. 41, 1, 36 kontekstualizirati tudi v luči juristovega preostalega opusa. Prav kontekstualizacija je po mojem prepričanju ključna za razumevanje vsebine in pomena tega odlomka. V prvem delu razprave sta po ustaljenih smernicah romanistične eksegeze⁹ prevedena in parafrazirana oba vira, ki ju spremlja predstavitev lika in dela obeh klasičnih juristov. Po orisu glavnih potez pridobivanja

⁴ Kaser, Knütel in Lohsse, 2021, str. 193; Empel, 2020, str. 298.

⁵ Iul. D. 18, 41, 1; Paul. D. 18, 1, 57 pr.; Iav. D. 12, 4, 10; Ulp. D. 12, 5, 2 pr.–1; Ulp. D. 12, 6, 1, 1.

⁶ Reševanje neželenih premoženjskih prenosov z obligacijskopравnimi izravnalnimi sredstvi je tipično znamenje abstraktnega razmerja med zavezovalnim in razpolagalnim poslom.

⁷ Gradenwitz, 1929, str. 31, je delo romanistov prve polovice 20. stoletja šaljivo označeval za stiskanje že povsem »izžete pandektne limone« (»die ausgepresste Pandektenzitrone«), kot hvalevreden vzor novega pristopa v romanistiki pa navajal delo Ludwiga Mitteis, »Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs«, ki šteje za pionirsko delo interdisciplinarne smeri antične pravne zgodovine.

⁸ Glej Empel, 2020; Sampson, 2020, str. 57–78; Laborenz, 2014, zlasti str. 35–54; Schermeier, 2018, str. 786–800; Meissel, 2008, str. 62–76. Starejša literatura je zaradi ciljnega usklajevanja antinomije v harmonično celoto ali zaradi nevzdržnih tekstnokritičnih pristopov uporabna *cum grano salis*.

⁹ Glej Sturm, 1993, str. 1–74; Wesel, 1989.

lastninske pravice s tradicijo, ki se še posebej posveti pojavnim oblikam njenih pravnih podlag, se eksegeza omeji na vprašanje, kolikšno težo pri razumevanju narave rimske tradicije sploh smemo pripisati antinomičnima odlomkoma.

1.1. D. 41, 1, 36 *Iulianus libro tertio decimo digestorum*

D. 41, 1, 36 *Iulianus libro tertio decimo digestorum*

*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissenimus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*¹⁰

Iul. D. 41, 1, 36 (Julijan v 13. knjigi Digest)

Ko sva soglašala glede predmeta izročitve, nisva pa soglašala glede pravnega temelja, ne vidim razloga, zakaj bi bila tradicija neučinkovita: ko sem na primer verjel, da sem ti dolžan izročiti zemljišče na temelju oporoke, ti pa si menil, da ti ga dolgujem iz stipulacije. Tudi če ti namreč izročim določen znesek denarja kot darilo, ti pa ga sprejmeš kot posojilo, velja, da preide lastninska pravica nate, in tega ne ovira (dejstvo), da nisva soglašala o pravnem temelju izročitve in sprejema.¹¹

Iz inskripcije izvemo, da naj bi se odlomek D. 41, 1, 36 klasičnega jurista Julijana prvotno nahajal v 13. knjigi Julijanovih Digest. Ta naj bi po Lenelovi palingenezi obravnavala shranjevalno pogodbo in fiducijo.¹² Justinijanova kompilacijska komisija je odlomek umestila pod naslov »O pridobivanju lastnine na stvareh« (*De acquirendo rerum dominio*).¹³

Avtor znamenitega odlomka je visokoklasični jurist Salvij Julijan.¹⁴ Rojen je bil v severnoafriški rimski koloniji Hadrumetum (Ἀδρὺμητος, današnja Susa v Tuniziji)¹⁵ med letoma 100 in 110 po Kr., umrl pa med letoma 170 in 185.¹⁶ Učenec sabinijan-

¹⁰ Digesta Iustiniani, 1889, str. 648; Bas. 50, 1, 35 (Heimbach, 1850, str. 42).

¹¹ Prevod po Kranjc, 2013, str. 58, primer 139.

¹² Lenel, 1889, str. 355, tč. 222.

¹³ Občepravni teoretiki so ob naslonitvi na zunanjesistematični argument zatrjevali, da naj bi se Justinijan pri zasnovi tradicije *tacite* nagnil na Julijanovo domnevno abstraktno stališče.

¹⁴ Iust. C. 4, 5, 10, 1: *Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*. (Salvija Julijana, moža najvišje avtoritete in sestavljavca pretorskega edikta); Iust. C. 3, 33, 15, 1: [...] *summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum* [...] (»[...] najvišjega stvaritelja pravne znanosti, Salvija Julijana [...]«).

¹⁵ Na Julijanovo poreklo morda namiguje satirik Iuv. Sat. VII, str. 148: *Gallia, vel potius nutricula caudicorum Africa* [...] (»Galija, ali bolje – Afrika, hraniteljica pravnikov [...]«).

¹⁶ O njem Wieacker, 2006, 99–101; Kunkel, 2001, str. 157–166; Bund, 1976; Buhl, 1886.

ca Javolena Priska¹⁷ je bil pretor, pontifeks, dvakratni konzul, provincialni upravitelj Spodnje Germanije (*Germania Inferior*) in Tostranske Hispanije (*Hispania Citerior*).¹⁸ Zaradi izjemne učenosti (*propter insignam doctrinam*) mu je cesar Hadrijan kot članu cesarskega konzilija (*consilium principis*)¹⁹ podvojil plačo ter mu okoli leta 130²⁰ zaupal redakcijo pretorskega edikta (*Edictum perpetuum*).²¹ Julijanovo življenjsko delo so bile Digeste v devetdesetih knjigah (*Digestorum libri XC*).²² Pravniliterarna zvrst ezoterične narave, ki v obliki kazusov in odgovorov na praktična vprašanja odpira najtežavnejša pravna vprašanja, je bila namenjena le izbranemu krogu bralcev.²³ Schulz je Julijanove Digeste označil za največji dosežek rimske klasične jurisprudence, saj naj bi oblikovale miselni tok pravne znanosti vse do konca principata.²⁴ Julijana odlikuje izvirna pravna argumentacija in jasen, preprost ter ponekod celo pretirano jedrnat jezik.²⁵ Številne Julijanove odločitve je v zbirki *Quaestiones* zbral njegov učenec Sekst Cecilij Afrikan.²⁶

Odlomek D. 41, 1, 36 bi lahko razdelili na tri sklope. V prvem (*cum [...] traditio*) poda jurist splošno pravilo, ki ga želi ilustrirati z dvema primeroma.²⁷ Pravilo se glasi: »Če stranki soglašata glede predmeta izročitve, ne soglašata pa glede njenega temelja

¹⁷ Iul. D. 40, 2, 5: [*E*]go, qui meminisse Javolenum praeceptorem meum [...]» ([S]pominjam se Javolena, mojega učitelja [...]).

¹⁸ Pomp. D. 1, 2, 2, 53. Julijanov *cursus honorum* opisuje Bund, 1976, str. 418.

¹⁹ Historia Augusta (Vita Hadriani), str. 18: *Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum, sed iurisconsultos et praecipue Iulium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum aliosque [...]* (»Ko je [Hadrijan] sodil, v konziliju ni imel zgolj svojih prijateljev ali dvorjanov, temveč pravnike, zlasti Julija Celza, Salvija Julijana, Neracija Priska in druge [...]).

²⁰ Ustaljena datacija Julijanove redakcije trajnega edikta, ki naj bi jo Julijan dokončal leta 131, sledi Hieronimovi omembi v Chron. ad ann. 2147. Bund (1976, str. 427) navaja mlajše časovno okno med letoma 135 in 138.

²¹ Eutrop. Hist. Rom. 8, 17: [...] *nepos Salvii Iuliani, qui sub diuo Hadriano perpetuum composuit edictum*. (»[...] nečak Salvij Julijan, ki je pod božanskim Hadrijanom, uredil trajni edikt.«) Const. Tanta 18: [*I*]pse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. (»Sam Julijan, najnatančnejši stvaritelj zakonov in trajnega edikta, je v svojih knjigah navedel, da se v primeru, če se v (ediktu) najde kaj, kar je nepopolno, dopolni s cesarjevo odredbo.«)

²² Tudi preostala znana Julijanова dela – *libri ad Urseium* in *ad Minicium* ter *de ambiguitatibus liber singularis* – prištevajo med problemsko literaturo. Lenel, 1889, str. 317.

²³ Krüger, 1888, str. 168, zlasti op. 33; Lenel, 1889, str. 175; Bund, 1976, str. 431 ss.

²⁴ Schulz, 1946, str. 99. Isti avtor tudi meni (str. 319), da je Justinijan zbirko pravniškega prava (*Digesta*), v katero so kompilatorji povzeli približno 370 odlomkov iz Julijanovih Digest, poimenoval v čast velikega klasika.

²⁵ Heineccius, 1733, str. 9, c.

²⁶ Krüger, 1888, str. 177, op. 26.

²⁷ *Tertium comparationis* prvega in drugega Julijanovega primera bi bila misel o damnacijskem volilu, ki ga je Gaj označil kot neke vrste »posmrtno« darilo. Inst. 2, 20, 1: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta*. (»Volilo je nekakšno darilo, zapuščeno po zapustniku.«) Podobnost je pred-

(kavze), je tradicija učinkovita«. Primer, s katerim Julijan utemelji tako izoblikovano pravilo, je: »Če vem, da sem ti zavezan zemljišče (*fundus*) izročiti na temelju damnacijskega volila (*ex testamento*),²⁸ ti pa meniš, da ti isto zemljišče izročam zato, da bi ti izpolnil stipulacijski dolg (*ex stipulatu*), se lastninska pravica kljub temu prenese.« Poskusimo rekonstruirati dejansko stanje. Denimo, da je A B-ju s stipulacijo obljubil določeno zemljišče. A še pred izpolnitvijo stipulacijskega dolga napravi oporoko, v kateri dediču C-ju naloži, da B-ju izpolni damnacijsko volilo, katerega predmet je bilo že v stipulaciji omenjeno zemljišče. A-jev dedič C, ki za zapustnikovo stipulacijo ni vedel, izroči B-ju zemljišče v prepričanju, da izpolnjuje volilo. B pa zemljišče sprejme v prepričanju, da je C izpolnjeval A-jevo stipulacijsko zavezo, saj za obstoj volila ni vedel. Kljub temu da se B in C glede pravnega temelja izročitve nista strinjala, je po Julijanovem mnenju tradicija učinkovita (*non animadverto, cur inefficax sit traditio*). Pridobitelj B je zato, če predpostavljamo, da je bil odsvojitelj lastnik, s tradicijo postal (bonitarni) lastnik (italskega) zemljišča.²⁹

V nasprotju s prvim obravnava Julijan v drugem primeru tradicijo denarnega zneska. »Če ti podarim denarni znesek (*pecunia numerata*), ti pa ga vzameš, kot da bi ti bil posojen (*tu quasi creditam accipias*)«, bi se lahko pojavilo vprašanje, ali je bila tradicija uspešna. Julijan z uporabo glagola *constat* (tj. »velja«) apodiktčno zatrdi, da lastninska pravica kljub izročiteljevemu in pridobiteljevemu nesoglasju o namenu prenosa lastnine preide, ker neobstoj soglasja o pravni podlagi (*causa dandi atque accipiendi*) ne ovira uspešne tradicije (*nec impedimento esse*). Žal ne pove, ali utemeljuje prenos lastninske pravice s tradicijo ali z eno od oblik izvirne pridobitve lastnine (s porabo ali z zmešanjem novcev).

Julijanov kazus je treba razumeti v luči zapletenih socialnih razmer rimske družbe,³⁰ ki jo zaznamujejo patronatski odnosi in specifično razumevanje prijateljstva (*amicitia*).³¹ Med izročiteljem in pridobiteljem je gotovo obstajalo prijateljsko razmerje, saj iz odlomka bolj kot vprašanje finančnih interesov izraža moralna dilema. Zaradi diskretnosti prijateljskega kroga ob prepustitvi novcev v pridobiteljevo posest najbrž ni bilo

vsem v lukrativnosti obeh poslov, razlika pa je v tem, da je volilo enostranski, darilo pa dvostranski pravni posel.

²⁸ Julijanova besedna zveza »iz oporoke« (*ex testamento*) nakazuje na damnacijsko volilo, ki je bilo iztožljivo z *actio ex testamento*.

²⁹ V obeh primerih predpostavljamo, da je bil dolжник lastnik izročene zemljišča, v drugem primeru pa lastnik izročene novcev ter da se stranki ob izročitvi nista zedinili o podlagi izročitve zemljišča oziroma denarnega zneska.

³⁰ Podoben motiv se pojavi tudi v Scottovem romanu Guy Mannering (1893, po izvirniku iz 1815), poglavje XIX: »Lucy was strongly inclined to return the paltry donation, which, after some struggles with avarice, pride had extorted from the old lady. But on consideration she contented herself with writing that she accepted it as a loan, which, she hoped in a short time to repay [...]«.

³¹ Za obširno analizo glej Empell, 2020, str. 207–235.

razčiščeno, ali je bil znesek izročen z darilnim ali s posojilnim namenom. V človeški naravi je, da tudi darilo v določenih okoliščinah vzbuja občutek socialne zaveze, zvestobe ali vsaj hvaležnosti darovalcu. Publilij Sirec celo pravi, da je vsak sprejem usluge hkrati tudi prodaja svobode: *beneficium accipere libertatem est vendere*.³² Obdarjenec zato razmišlja, kako naj se darovalcu čim prej odkupi, da uravnoteži svoj moralni konto. Ker je želel denarni znesek vrniti, ga je v Julijanovem primeru izročitelj morda zavrnil. Morda ga je želel še naprej držati v primežu socialne podrejenosti in nadaljevati neke vrste tiho patronatsko razmerje ali pa se je z željo po visokem družbenem prestižu nameraval javno bahati, da ljudem podarja denar.³³ S tem bi seveda utegnil užaliti prejemnika,³⁴ nakar se ta odloči, da mu denarnega zneska, četudi ga je sprva jemal zgolj za posojenega, ne bo vrnil. Zamislimo si lahko, da je bil darovalec zaradi prejemnikove odtujitve, ki bi jo utegnil razumeti tudi kot nehvaležnost, razočaran in je zato sklenil, da bo zoper pridobitelja zneska postopal s pravnimi sredstvi. Tu nastopi pravni problem: *Quae sit actio?* Ali sme izročitelj denarni znesek vindicirati ali kondicirati? Z drugimi besedami, ali kočljivo situacijo reševati s stvarnopravnimi ali obligacijskopravnimi sredstvi? Na vprašanje skuša slabo stoletje pozneje odgovoriti jurist Ulpijan.

1.2. D. 12, 1, 18 Ulpianus libro septimo disputationum

Domicij Ulpijan³⁵ se je rodil v drugi polovici tretjega stoletja v trgovski metropoli Tir (Týpos) v današnjem Libanonu,³⁶ umrl pa v atentatu njemu podrejene pretorijanske garde.³⁷ Kariero je začel kot prisednik pretorijanskega prefekta Papinijana, ki je bil tudi njegov učitelj.³⁸ Pod cesarjem Aleksandrom Severom je bil leta 222 imenovan za člana cesarske pisarne, kjer je bil kot *magister libellorum* zadolžen za podajanje odgovorov

³² Publii Syri Sententiae, 48 (Comitorvm Romanorvm fragmenta, 1873, str. 313). Primerjaj tudi Seneca, De beneficiis 6, 27, 2: [...] *turpe et ingratum est, nolle debere; optas enim, non ut tu facultatem habeas referendae gratiae, sed ut ille necessitatem implorandae*. (»[...] izprieno in nehvaležno je ne hoteti biti nekomu dolžan, če ti ne gre zato, da bi dolgovano vrnil, temveč (zgolj zato), da bi te oni (naslednjič) prosil (da mu posodiš) ob morebitni stiski.«)

³³ Empell, 2020, str. 221.

³⁴ Tacitus, Ann. 4, 18: *Beneficia usque eo laeta sunt dum videntur exsolvi posse; ubi multum antevenere pro gratia odium redditur*. (»Usluge so sprejemljive, dokler se zdi, da jih je mogoče vrniti; kadar pa presegajo mejo, se namesto hvaležnosti vrne jeza.«) Edicija: Tacitus, 1872, str. 189 s.

³⁵ O njem Wieacker, 2006, str. 130–138; Kunkel, 2001, str. 245–254.

³⁶ Ulp. D. 50, 15, 1 pr.: *Sciendum est esse quasdam colonias iuris Italici, ut est in Syria phoenice splendidissima tyriorum colonia, unde mihi origo est [...]* (»Treba pa je vedeti, da so nekatere kolonije podrejene italiskemu pravu, kot denimo čudovita kolonija Tir v feničanski Siriji, ki je dežela mojega izvora [...])«)

³⁷ Cass. Dio, Hist. 80, 2. Pretorijanci naj bi ga ubili pred očmi cesarja Aleksandra Severa. Da je bil Ulpijan umorjen leta 223 in ne leta 228, ugotavlja Crifò, 1976, str. 719, op. 53 in str. 765.

³⁸ Ulp. D. 4, 2, 9, 3; Historia Augusta (Vita Alex.) 26, 5. O tem Crifò, 1976, str. 744.

na pravna vprašanja. Po prevzemu funkcije predstojništva preskrbe z žitom³⁹ je *cursus honorum* sklenil kot pretorijanski prefekt (*praefectus praetorio*). V tej funkciji je smel po cesarjevem pooblastilu odločati v civilnih in kazenskih pritožbenih zadevah.⁴⁰ Med najpomembnejša Ulpijanova dela, ki vsa po vrsti – kljub avtorjevemu provincialnemu izvoru – ohranjajo zavidljiv nivo latinščine,⁴¹ uvrščamo Komentar k pretorskemu ediktu v 81 knjigah in Komentar civilnega prava v 51 knjigah (*libri ad Massurium Sabinum*).⁴² Ulpijana štejemo za enega poslednjih velikih mojstrov rimskega pravoznanstva,⁴³ ki mu je uspelo v svojem opusu kristalizirati reprezentativen del pravnega izročila ter ga ohraniti za poznejše rodove.⁴⁴ Ulpijanovi spisi predstavljajo kar tretjino vseh spisov v Justinijanovih Digestah.⁴⁵

Ulpijan v sedmi knjigi didaktično obarvanega spisa *Disputationes*⁴⁶ takole povzema in komentira tedaj slabo stoletje star Julijanov primer:

D. 12, 1, 18 *Idem libro septimo disputationum*

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse

³⁹ Alex. C. 8, 37, 4.

⁴⁰ Crifò, 1976, str. 748.

⁴¹ Kalb, 1890, str. 127; Schulz, History (1946): »His guarded quietism preserves the true classical spirit, his style, equally, breathes the classical tradition. He does not, like Papinian, affect the manner of an old-time Roman, but expounds his enormous materials in an easy, but never slovenly style, in language that is at once clear, unaffected, businesslike, and completely unrhretorical.«

⁴² Ulpijanova specializirana dela so *liber singularis de sponsalibus*, šest knjig *de fideicommissa*, štiri knjige *de appellationibus* in prav toliko knjig *ad legem Aeliam Sentiam*, dvajset knjig *ad legem Iuliam et Papiam* in pet knjig *ad legem Iuliam de adulteriis*. Za praktike je spisal šest knjig pravnih mnenj (*Opiniones*) in deset knjig, imenovanih *Pandectae*. Ulpijanova šolska (izagogična) literatura obsega dve knjigi *Institutiones*, sedem knjig spisa *Regulae* in *liber singularis regularum*. Slednja je v vulgariziranemu izvlečku *Epitome Ulpiani* ohranjena zunaj Justinijanovih Digest. Krüger, 1888, str. 220–221.

⁴³ V postklasični dobi so Ulpijana posebej cenili, saj so ga uvrščali med navajalne pravnike (Theod. Valent. C. Th. 1, 4, 3). Cesarske konstitucije tudi ne skoparijo s pohvalami in visokozvenečimi pridevniki na Ulpijanov račun. Glej Iust. C. 9, 41, 11 (*prudentissimus vir*), Iust. C. 6, 51, 1, 9 (*summi ingenii vir*), Iust. C. 6, 25, 10 (*vir disertissimus*), Nov. 97, 6, 1 (*σοφώτατος*).

⁴⁴ Krüger, 1888, str. 215 in 224: »Beide [Pavel in Ulpijan] suchen [...] das ganze Rechtsgebiet zu erschöpfen und durch ihre Schriften die frühere Litteratur entbehrlich zu machen.« Pravnozgodovinski pomen Ulpijanovih komentarjev, ki jih Koschaker (1953, str. 86 in 99) prišteva med »books of authority«, je mogoče primerjati z deli Akurzija, Bractona, Carpzova, Pothierja in Windscheida. Čeprav niso sloveli kot pisci izvirne pravniške literature, je bila njihova vloga predvsem v preglednem prikazu prej razpršenega pravniliterarnega gradiva.

⁴⁵ Crifò, 1976, str. 754–755.

⁴⁶ Ulpijanove Razprave (*Disputationes*), v katerih obravnava pravne probleme iz prakse in jih pojasnjuje z dogmatičnimi rešitvami starejših juristov, kažejo na prevladujoči pedagoški značaj Ulpijanovega opusa. Crifò (1976, str. 740) meni, da se je Ulpijan utegnil izobraževati, kasneje pa tudi poučevati na beritski pravni šoli.

magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

(1) *Si ego quasi deponens tibi dederō, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.*⁴⁷

Ulp. D. 12, 1, 18 (Ulpijan v 7. knjigi spisa *Disputationes*)

Julijan piše, da ne gre za darilo, če sem ti dal denar, da bi ti ga podaril, ti pa si ga sprejel kot posojilo. Treba pa je pogledati, ali je denar posojen. In menim, da tudi ne gre za posojilo, in da novci ne postanejo (last) prejemnika, ker jih je sprejel v drugačnem mnenju. In zato bo smel, čeprav bo zavezan s kondicijo, uporabiti ugovor zaradi zvižajne prevare, če jih je porabil, ker so bili novci porabljeni po volji izročitelja.

(1) Če bi ti dal denar v hrambo, ti pa bi ga sprejel kot posojilo, ne nastane niti shranjevalna niti posojilna pogodba: enako velja, če bi ti dal denarni znesek kot posojilo, jaz pa bi ga sprejel na posodo z namenom, da ga razstavim: toda v obeh primerih je porabljene novce mogoče kondicirati in temu ne bo mogoče ugovarjati zaradi zvižajne prevare.⁴⁸

Ulpijan trdi, da po Julijanovem stališču v primeru izročitve denarnega zneska, ki je bil izročen z darilnim, sprejet pa s posojilnim namenom, darilo ni nastalo (*donationem non esse*). Toda Julijan se je opredelil le o veljavnosti tradicije, ne pa o vrsti in veljavnosti njene podlage.⁴⁹ Ali je bilo v tem primeru vendarle sklenjeno posojilo, Ulpijan sprva ni povsem prepričan (*an mutua sit, videndum*), vendar nazadnje omahujoče (*puto*)⁵⁰ zavrne tudi to. Pridobitelj je denarni znesek vendarle sprejel v prepričanju, ki se ni skladalo z odsvojiteljevim namenom (*cum alia opinione acceperit*). Ulpijan se zatem vpraša, kaj se zgodi z lastninsko pravico izročitelja, če bi pridobitelj prejete individualizirane novce dobroverno porabil (*si eos consumpserit*). Odgovori, da bi bil pridobitelj zavezan

⁴⁷ Digesta Iustiniani (1889), str. 160; Bas. 23, 1, 18 (Heimbach, 1840, str. 613).

⁴⁸ Delni prevod po Kranjc, 2013, str. 58, primer 140.

⁴⁹ Ali gre za pomanjkljivo kompilatorsko navedbo Julijanovega odlomka, ki ga je imel Ulpijan še v celoti pred sabo, ali za Ulpijanovo samovoljno razlago Julijanovega spisa, najbrž ne bomo nikoli izvedeli. Pisci, ki so skušali Julijana na vsak način interpretirati v duhu kavzalne tradicije, so zato predpostavljali, da je Julijan *implicite* zanikal darilno, potrdil pa posojilno pogodbo. Primerjaj Oven, 1952, str. 444; Krampe, 2013, str. 189.

⁵⁰ Cujacius, 1758, str. 82: [A]it quidem Ulpianus, non se scire certo, sed putare & opinari, quo verbo uti solent auctores nostri in re ambigua, [...]« (»Ulpijan pravi, da ne ve zagotovo, temveč da misli in ugotavlja – to besedo so naši pisci navadno uporabljali v dvoumni zadevi [...])«).

z obogatitveno tožbo (*condictione teneatur*).⁵¹ Ker pa so bili novci porabljeni v skladu z vsaj prvotno zamišljeno izročiteljevo darilno voljo (*secundum voluntatem danti nummi sunt consumpti*), sme pridobitelj izročiteljevi kondikciji ugovarjati z ugovorom zvijačne prevare (*exceptio doli*).

V drugem paragrafu Ulpijan razpravlja še o dveh šolskih primerih, ki sta drugemu Julijanovemu primeru le na videz podobna. »Če ti dam v hrambo denarni znesek (*quasi deponens*), ti pa si ga sprejel kot posojenega (*quasi mutuam*)«, po Ulpianu nisva sklenila niti shranjevalne niti posojilne pogodbe. Enako velja v primeru, »če ti dam posojilo, ti pa meniš, da sem ti denarni znesek dal na posodo (*quasi commodatam*)«, na primer zato, da bi se postavil pred drugimi (*ostendendi gratia*).⁵² Pridobitelj bo v obeh primerih zavezan s kondikcijo. Ugovor zvijačne prevare v obeh primerih odpade.

2. Med kavzalnostjo in abstraktnostjo rimske tradicije

2.1. Abstraktna interpretacija tradicije

Pravni problem, ki izhaja iz Julijanovega in Ulpijanovega odlomka, predstavlja *fons et origo* ene najdlje trajajočih razprav v zgodovini zasebnega prava.⁵³ Gre za vprašanje, ali je izročitev (*traditio*) kot oblika pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice po rimskem pravu predpostavljala veljavno pravno podlago (kavzo).⁵⁴ Rimski viri med pravnimi podlagami, ki zadoščajo za prenos lastnine s tradicije, omenjajo kupno, menjalno, posojilno in darilno pogodbo, obljubo dote, volilo,⁵⁵ stipulacijo, izročitev stvari zaradi

⁵¹ Ulpijan je imel najbrž v mislih *condictio indebiti*, torej obogatitveno tožbo na povrnitev nedolgovane. *Condictio ex causa furtiva* v Ulpijanovem primeru ne bi prišla v poštev, saj porabnik ni deloval s tatinskim namenom (Inst. 4, 1, 7).

⁵² Glossa Ordinaria, glosa *Ostendendi* k Ulp. D. 12, 1, 18, str. 1217. Glosator razlaga, da bi šlo najbrž za osebo, ki se je želela pred drugimi lažno bahati s tujim bogastvom kot s svojim.

⁵³ Evans Jones in McCormack 1989, str. 99: »*Iusta causa traditionis* in Roman law presents the ground for one of the longest standing debates in continental legal scholarship.«

⁵⁴ Po Bergerju, 1953, str. 382, je kavza »[o]ne of the vaguest terms of the Roman juristic language.« Za njene številne pomene glej Heumann, 1891, str. 59–61.

⁵⁵ Kaser, 1961, str. 86, op. 85.

pričakovanja nasprotne dajatve ali storitve (*datio ob rem*),⁵⁶ poravnavo,⁵⁷ pakt,⁵⁸ izpolnitev obveznosti iz sodbe⁵⁹ in prostovoljno izpolnitev (*solutio*).⁶⁰

Vprašanje pravne podlage tradicije je postalo znova aktualno v prvi polovici 19. stoletja, ko je znameniti nemški romanist Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) pod vprašaj postavil v obdobju *usus modernus pandectarum* zakoreninjeni sistem kavzalne tradicije.⁶¹ Zanj je kavza tradicije (na primer prodajna pogodba) le še »oddaljeni pravni namen (*rectius*: nagib), ki prenos lastnine motivira«, vendar ga ne predpostavlja.⁶² Bistvena elementa prenosa lastnine z izročitvijo sta (poleg prenosa posesti) le izročiteljeva in prejemnikova volja prenesti oziroma pridobiti lastninsko pravico (*animus dominii transferendi*). Savigny je to soglasje volj, usmerjeno v prenos lastnine, imenoval »stvarnopravna pogodba«:

»Tako je izročitev prava pogodba, ker je v njej mogoče zaznati vse značilnosti pojma pogodbe: izročitev predpostavlja s strani obeh strank izjavljeni volji, usmerjeni v prenos posesti in lastnine, pravna razmerja udeležencev pa postanejo s tem na novo določena; zgolj to, da taka izjava volje sama zase še ne zadošča za popolno tradicijo, temveč se ji mora kot zunanje ravnanje pridružiti tudi dejanska pridobitev posesti, ne ukinja bistva pogodbe.«⁶³

Savignyjeva teza ni povsem izvirna.⁶⁴ Vse bistvene elemente najdemo izpričane že v Teofilovi grški parafrazi Justinijanovih Institucij iz 6. stoletja in v Nikejevem sholiju k

⁵⁶ Na primer izročitev zneska zato, da bi pridobitelj osvobodil sužnja ali emancipiral sina (Ulp. D. 12, 4, 1 pr.; Cels. D. 12, 4, 16; Pomp. D. 12, 6, 52 pr.); darilo z nalogom, izročitev dote zaradi sklenitve zakonske zveze (Paul. D. 22, 1, 38, 1).

⁵⁷ Paul. D. 12, 6, 65, 1.

⁵⁸ Paul. D. 41, 4, 2, 14; Ulp. D. 41, 3, 4, 16–17.

⁵⁹ Ulp. D. 6, 2, 31, 1; Iul. D. 25, 2, 22 pr.

⁶⁰ Kaser, 1971, str. 414; Honsell, Mayer-Maly in Selb, 1987, str. 158.

⁶¹ Savigny, 1993, str. 106: »Die *justa causa* ist also das nicht, was die Neuern mit ihrem Begriff verbinden. Die wahre Bedingung der Eigenthumsübertragung ist die: die *Traditio* überträgt nur dann Eigenthum, wenn der *Tradens* diese Absicht hat. *Ianimus dominii transferendi*.«

⁶² Savigny, 1993, str. 105: »*Justa causa* ist der der entfernte juristische Zweck, wodurch motiviert wird die Eigenthumsübertragung.« Zanimivo je, da se Savigny v predavanju sklicuje na Inst. 2, 1, 40 in Gai. D. 41, 1, 9, 3, ne pa na Iul. D. 41, 1, 36.

⁶³ »So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf. [...]« Savigny, 1840, str. 312–313; Savigny, 1853, str. 257, op. m.

⁶⁴ Brandsma, 2008, str. 127–133. Savigny je svojo zamisel najbrž povzel po Donellu. Glej Donellus, 1840, str. 766 s. (§§ 8–9): [*E*]t voluntatem confirmet [...] ostendatque, unde illa intelligatur [...]

D. 12, 1, 18 iz 11. stoletja. Teofil trdi, da je tradicija učinkovita, če ima tradent lastninsko pravico, da ima ob prepustitvi v posest namen prenesti lastnino ter da je stvar, ki se tradira, telesna.⁶⁵ Nikej ob sholiranju Ulpijanovega odlomka ugotavlja, da je narava tradicije (*φυσίς τῆς παραδόσεως*) zgolj v soglasju strank o identiteti stvari (*περὶ τὸ παραδεδομένον σῶμα συναινοῦσιν*) in o prenosu lastnine (*θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν*). Zahteve po veljavnosti pravne podlage ne omenja:

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3 »καὶ οὐ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα«: Τοῦ Νικαέως. Μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ λς'. διγ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ μα'. βιβ. ἤτοι κεφ. λς'. τοῦ α'. τιτ. τοῦ ν. βιβ. λέγον, μεταφέρεσθαι τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος, οὐ γὰρ ἔστιν ἐναντιν, ἀλλ' ἐξ ἐκείνου καὶ ποῦ παρόντος συνάγεται, ὅτι ἡ δεσποτεία ἀμάχως μεταφέρεται, ἐπειδὴ καὶ ἄμφω περὶ τὸ παραδεδομένον σῶμα συναινοῦσιν, καὶ ἑκατέρων αἱ θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν. ὅταν γὰρ δωρονομενος σκοπὸν ἔχει τὴν δεσποτείαν ἀφ' ἑαυτοῦ μεταθεῖναι, ὅτε δανειζόμενος δανείζεται, ὥς ἂν δεσπότης γένηται τῶν δανειζομένων, καὶ λοιπὸν εἰς τὸ αὐτὸ συνελθόντων καὶ ἄμφω, μετατίθεται ἡ δεσποτεία διὰ τῆς παραδόσεως. τοῦτο γὰρ ἔστι φύσις τῆς παραδόσεως.⁶⁶

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3 »In novci ne postanejo tvoji«. Nicaeus. Odlomek Bas. 50, 1, 36 [= Iul. D. 41, 1, 36], ki pravi, da se lastnina prenese, ne nasprotuje pričujočemu odlomku Bas. 23, 1, 18 [= Ulp. D. 12, 1, 18]. Iz obeh odlomkov je namreč mogoče brez dvoma razbrati, da se lastnina prenese, ker se obe [stranki] strinjata glede predmeta tradicije in ker se volji obeh strank stekata k prenosu lastnine. Darovalec ima namreč namen prenesti lastninsko pravico, tisti pa, ki posojilo sprejeme, ima namen postati lastnik prejetega. In ker oba soglašata o istem, se lastnina prenese s tradicijo. In to je narava tradicije.

Nikej z zadnjim stavkom navedenega sholija ni samo ubesedil ideje, ki je postala v 19. stoletju znana kot Savignyjeva »stvarnopravna pogodba«, temveč je tudi eden prvih interpretov, ki je skušal Ulpijanov odlomek razlagati v abstraktnem duhu. Trdil je na-

nihil interest, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum, ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vere causa non subesset, si tradiderit, nihilominus transtulisse causa ad probationem tantum exigitur.» ([Kavza] potrdi [lastnikovo] voljo in pokaže, od kod izhaja volja [...], nobene razlike pa ni, ali [tradiciji] predhaja resnična ali domnevna kavza. Če se namreč predhajajoča kavza zahteva zgolj zato, da obelodani izročiteljevo voljo, je treba reči, da je mogoče tudi na kakšen drug način ugotoviti, da je lastnik želel prenesti lastnino. In čeprav prave kavze ni in ji je tradicija sledila, je izročitelj prenesel lastnino, kavza pa se zahteva zgolj za dokazne namene.)

⁶⁵ *Eis δὲ τὸ διὰ τῆς παραδότησεως μετάθεσιν μετὰ τὴν δεσποτείαν, δεῖ ταῦτα συνδραμεῖν, ὥστε δεσπότην εἶναι τὸν παραδιδόντα· καὶ ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι μετάθεσιν τὴν δεσποτείαν, ποιεῖσθαι τὴν παραδίττον· καὶ σωματικὸν εἶναι τὸ παραδιδόνον.* (»Da bi se lastnina prenese s tradicijo, je treba, da stečejo ima izročitelj lastninsko pravico; da želi prenesti lastnino in izvršiti tradicijo ter da je stvar, ki se izroča, telesna.«) Reitz, 1836, str. 124.

⁶⁶ Heimbach, 1840, sch. 3, str. 613–614.

mreč, da Ulpijan z besedami *non fieri accipientis* želi pravzaprav povedati, da je lastnina na denarnem znesku prešla izvedeno s tradicijo, da pa pridobitelj tega zneska ne bo obdržal, ker se mu bo izročitelj zoperstavil s kondikcijo:

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3: τὸ δὲ παρὸν κεφάλαιον μὴ πολυπραγμονοῦν περὶ τοῦ τέλους, ἦτοι διὰ τῆς παραδόσεως μεταθέσεως τῆς δεσποτείας, ἀλλὰ περὶ τῆς ἀρχῆς, ἦτοι τῆς συστάσεως τοῦ συναλλάγματος, ἐπειδὴ μὴ εὐρίσκει τὰ τῶν συμβαλλόντων θελήματα συντρέχοντα, φησὶ μὴ γίνεσθαι τὰ νομίσματα τοῦ λαμβάνοντος, εἰ μὴ δαπανηθῶσιν· μονονουχὶ τοῦτο λέγον, ὅτι εἰ καὶ μεταφέρεται ἡ δεσποτεία κατὰ τὸ λς' κεφ. διὰ τὴν περὶ αὐτῆς ὁμογνωμοσύνην τῶν μερῶν, ἀλλὰ γε διὰ τὴν περὶ τὴν σύστασιν πλάνην τοῦ συναλλάγματος, οὐ μένουσιν ἀναφαίρετα τῷ παραλαβόντι, εἴ μὴ που δαπανηθῶσιν.⁶⁷

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3: »Ta odlomek [Bas. 23, 1, 18 = Ulp. 12, 1, 18] pa se ne ozira na namen ali na prenos lastnine s tradicijo, temveč na namen ob sklenitvi [dobesedno ob začetku] pogodbe, [in] ker [v tem trenutku jurist] ne najde skupne volje strank, pravi, da novci ne postanejo pridobiteljevi, če niso porabljeni: to pomeni zgolj, da čeprav je lastninska pravica zaradi soglasja strank [takoj] prešla po Bas. 50, 1, 36 [= Iul. D. 41, 1, 36], novci kljub temu zaradi zmote glede vstopa v pogodbeno razmerje ne ostanejo pri pridobitelju tako, da jih ne bi bilo mogoče odvzeti, če bi ti ne bili porabljeni.«

Za historičnopravno šolo in pandektistiko⁶⁸ je postal Savignyjev nauk abstraktni in pogodbeni naravi tradicije, ki je bil nesporno osnovan na Nikejevem in Donellovem prispevku, dogma aprioristične pravilnosti.⁶⁹ Navkljub trhlím temeljem v rimskih virih⁷⁰ je Savignyjeva teza prepričala redaktorje nemškega Državljanskega zakonika.⁷¹

Učinkovanje abstraktne tradicije si lahko predočimo na naslednjem primeru. Predstavljajmo si, da je med kupcem in prodajalcem obstajalo prikrito nesoglasje (disenz) o ceni, blagu ali drugi bistveni okoliščini; da je vsebina prodajne pogodbe nasprotovala morali ali kogentnemu predpisu; da je bil izročitelj prepričan, da dolguje nekaj, česar sploh ni dolgoval; ali pa da je bila oporočna odredba o volilu obremenjena s hudo napako zapustnikove volje, zaradi katere je bilo volilo neveljavno. Naštete napake pravne podlage v pravnem redu, ki temelji na abstraktnem načelu, ne ovirajo prenosa

⁶⁷ Heimbach, 1840, sch. 3, str. 614.

⁶⁸ Windscheid, 1875, str. 535, op. 5.

⁶⁹ Flume, 1992, str. 175.

⁷⁰ Dernburg, 1857, str. 2: »Dieser Grundsatz [načelo abstraktne tradicije] ist allerdings nirgends ausdrücklich im Römischen Recht formuliert. Wir müssen ihn aber abstrahieren aus Untersätzen, aus Entscheidungen, die sich allein aus ihm herleiten lassen und auf ihn zurückführen.«

⁷¹ Glej Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1888), str. 7: »Die Ansicht, daß das Vertragsmoment nicht sowohl in der Übergabe der Sache als vielmehr in dem derselben regelmäßig vorhergehenden obligatorischen Verträge liege läßt sich auf die mißverständliche Auffassung einer Digestenstelle [D. 41, 1, 31, ki mu zoperstavljajo Iul. D. 41, 1, 36] zurückführen.«

lastnine. Ker pa pridobitelj nima nobenega upravičenega pravnega razloga za to, da pridobljeno tudi obdrži, odsvojitelju ostaja obligacijskopравни obogatitveni zahtevek na toliko, kolikor je bil prejemnik obogaten.⁷²

Ob tem se pojavi vprašanje, zakaj je sploh bilo pomembno, ali o se neupravičeni premiki premoženjskih dobrin sanirali z vindikacijo ali s kondikcijo. Razlikovanje je imelo bistven pomen v primeru prejemnikovega konkurza. Če je namreč izročitelj ohranil lastninsko pravico, bo imel stvarnopравни izločitveni zahtevek.⁷³ Če pa je lastnina prešla na pridobitelja, bo moral z obligacijskopravnim zahtevkom načeloma konkurirati s preostalimi (neprivilegiranimi) upniki stečajne mase. To pomeni, da bodo njegovi premoženjski interesi slabše varovani.

Kompilatorji z izbiro odlomkov klasične kazuistike niso sledili Justinijanovi zahtevi po odpravi antinomij.⁷⁴ Ni se jim uspelo nedvoumno opredeliti o razmerju med zavezovalnim in razpolagalnim poslom.⁷⁵ Gajev stavek, prevzet v Justinijanove Institucije, da »nič ni bolj skladno z naravno pravičnostjo kot to, da se lastniku prizna volja na neki stvari prenesti lastninsko pravico«,⁷⁶ so zato nekateri romanisti razumeli kot jasno potrditvev načela abstraktnosti.⁷⁷ Kot je že leta 1961 ugotavljal Kaser, je treba institucijski odlomek razumeti predvsem v luči posplošitvenih teženj Justinijanovih kompilatorjev.⁷⁸ V nasprotju s pogledom klasičnih juristov v izpolnitvi obveznosti (*solutio*) kompilatorji niso več videli samostojne izpolnitvene kavze (*causa solvendi*). V primerih, v katerih je namreč obstajala izpolnitvena kavza (v smislu soglasja dobrovernih strank o tem, da se izpolnjuje neki dolg, ki morda sploh ni obstajal), so namreč klasični juristi priznali prehod lastnine. Logike izpolnitvene kavze pa ob neveljavni prodajni pogodbi ni mogoče posplošiti tudi na prehod lastnine na blagu. *Mutatis mutandis* velja tudi za darilno in

⁷² O neupravičeni obogatitvi v sodobnem pravu glej Lutman, 2020.

⁷³ Ulp. D. 42, 5, 24, 2 (*i. f.*). Izločitvenim zahtevkom so po hierarhiji sledili zahtevki zastavnih upnikov (Diocl. Max. C. 7, 72, 6; Diocl. Max. C. 8, 17, 99), nato privilegirani osebni upniki. O tem Kaser in Hackl, 1996, str. 401 s.

⁷⁴ Const. *Deo auctore* 8 (= Iust C. 1, 17, 1, 8).

⁷⁵ V vulgariziranem rimskem pravu se je razlikovanje med zavezovalnim in razpolagalnim poslom zabrisalo, zato je lastninska pravica prešla že s sklenitvijo (denimo) prodajne pogodbe, ne pa šele z izročitvijo prodane stvari. Kaser, 1975, str. 275; Levy, 1956, str. 208.

⁷⁶ Gai. D. 41, 1, 9, 3 (= Inst. 2, 1, 40): *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* (»Te stvari pa, ki postanejo z izročitvijo naše, pridobivamo po naravnem pravu. Nič namreč tako ne ustreza naravni pravičnosti, kot da priznamo za veljavno voljo lastnika, ki hoče prenesti na drugega svojo stvar.«) Prevod po Kranjc, 2020, str. 424.

⁷⁷ Kot ugotavljata Evans Jones in McCormack, 1989, str. 99, je »skoraj splošno sprejeto, da je bila izročitev v klasični dobi kavzalna, v Justinijanovi dobi pa abstraktna«. Tudi Korošec, 2005, str. 158, je menil, da se je Justinijan bolj nagibal k Julijanovemu mnenju, ker je Julijanov odlomek pač umestil pod naslov, ki je obravnaval pridobivanje lastnine (*de acquirendo rerum dominium*).

⁷⁸ Kaser, 1961, str. 97.

posojilno pogodbo: na darovani ali posojeni stvari se lastninska pravica prenese zgolj, če je obstajal pravno veljaven temelj. Toda kompilatorji se v svoji zvestobi klasičnim virom filigranskega klasičnega razločevanja dveh dopolnjujočih se režimov objektivne in subjektivne koncepcije kavze – o čemer več v nadaljevanju – niso zavedali in so prehod lastnine priznali tudi v primerih, ki ga po klasičnem nauku objektivne koncepcije kavze ne bi smeli.

2.2. Kavzalna interpretacija tradicije

Po rimskem klasičnem pravu se je lastninska pravica prenašala z abstraktnima mancipacijo in *in iure cessio* ter izročitvijo.⁷⁹ Z brezoblično izročitvijo (*traditio*) je rimski državljan lahko postal civilni lastnik *res nec Mancipi* in bonitarni lastnik *res Mancipi*. Tradicija je učinkovala ob kumulativni izpolnitvi petih predpostavk: odsvojitelj je moral biti lastnik stvari ali vsaj upravičen, da je z njo razpolagal; pridobitelj je moral imeti premoženjsko sposobnost (sposobnost pridobiti lastninsko pravico); izročiteljevemu namenu prenesti lastnino je moral odgovarjati pridobiteljev namen pridobiti lastninsko pravico; pridobitelj je moral postati (posredni ali neposredni) lastniški posestnik izročene stvari.⁸⁰ Peta predpostavka je pravna podlaga izročitve (*iusta causa traditionis*). Njena narava je sporna, prvič zato, ker ni jasno, ali je delovala abstraktno ali kavzalno. Za kavzalno zasnovo rimske tradicije govorijo (poleg Ulp. D. 12, 1, 18) naslednji viri:

Paul. D. 41, 1, 31 pr.: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Paul. D. 41, 1, 31 pr.: »Gola izročitev nikoli ne prenese lastninske pravice; marveč tako, če je pred tem obstajala kupna pogodba ali kakšen drug pravni temelj, zaradi katerega je sledila tradicija.«⁸¹

UE 19, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.*

UE 19, 7: »Tradicija je lastna odtujitvi stvari *res nec Mancipi*. Na teh stvareh pridobimo lastnino s samo tradicijo, namreč, ko so nam te stvari izročene na veljavni pravni podlagi (*iusta causa*).«

Diocl. Max. C. 2, 3, 20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

Diocl. Max. C. 2, 3, 20: »Z izročitvami in s priposestvovanji se prenaša lastnina, ne z golimi brezobličnimi pogodbami [pakti].«

⁷⁹ Mancipacijo opisujeta Gai. 1, 113 in 119–122 in UE 19, 3. Odstop pred pravosodnim magistratom opisujeta Gai. 2, 24 in UE 19, 9–15.

⁸⁰ Več o navedenih predpostavkah glej Kranjc, 2020, str. 421–426.

⁸¹ Prevod po Kranjc, 2020, str. 424.

Pravno podlago izročitve romanisti razumejo kot nek zavezovalni pravni posel,⁸² ki se redoma izpolni s prenosom lastnine.⁸³ Opredelitev pa ne pove, ali je morala biti podlaga tradicije tudi pravno veljavna. Enoznačnega odgovora na to vprašanje namreč ni mogoče dati. Kavzo rimske tradicije je namreč mogoče opredeljevali po objektivni in po subjektivni koncepciji.⁸⁴ Po objektivni koncepciji kavze sta morala biti zavezovalni posel ali zakonska podlaga pravno veljavna, saj v nasprotnem primeru lastninska pravica ni prešla na izvedeni način. Po subjektivni koncepciji kavze pa zadoščata že soglasji odsvojitelja in pridobitelja o tem, da se prenaša lastnina na temelju nekega obligacijskega razmerja s hkrati izraženim namenom, da se izpolni obveznost (t. i. izpolnitvena kavza ali *causa solvendi*).⁸⁵ Objektivna in subjektivna koncepcija kavze se ne izključujeta, marveč dopolnjujeta.

2.2.1. Objektivna koncepcija kavze

Najprej si oglejmo primere kavz, ki jih je mogoče opredeljevati po objektivni koncepciji. Te kavze so morale izpolnjevati kumulativne zahteve zadostnosti, pravnosti in resničnosti, torej več strogih pogojev, ki so utemeljeni s pravno varnostjo. Tradicija je namreč »psihološko brezbarven pojav«,⁸⁶ »nevtralni akt«,⁸⁷ saj ni navzven zaznavne razlike, če je stvar z »golo izročitvijo« (tj. kot realnim aktom) prepuščena zgolj v detencijo (na primer shranjevalcu), v posest (na primer zastavnemu upniku) ali v lastnino (na primer kupcu). Njen pomen v smislu razpolagalnega pravnega posla razkriva šele sočasno soglasje strank o namenu prepustitve stvari, s katerim postane *nuda traditio* kvalificirana prepustitev stvari v posest, ki naj se uresniči s prehodom lastnine.

Kavza je »zadostna«, če lahko pridobitelj na njeni podlagi redno pridobi lastninsko pravico.⁸⁸ Zato kot zadostne kavze niso štejele posodbena, shranjevalna, zastavna ali najemna pogodba. Kavza je »pravna« (*iusta*), če ne nasprotuje kogentnim predpisom oziro-

⁸² Empell, 2020, str. 54.

⁸³ Primerjaj Kranjc, 2020, str. 424.

⁸⁴ Razlikovanje je utemeljil Hupka, 1932, str. 1 ss.

⁸⁵ Empell, 2020, str. 54 s. Primerjaj opredelitve kavze pri Laborenz, 2014, str. 55: »[E]in *consensus* über den Tilgungscharakter der Leistung, wobei aus der jeweils zugrunde gelegten Obligation die Übereignung erkennbar sein musste.« Evans Jones in McCormack, 1989, str. 100: »[S]ome transaction or situation in consequence of which ownership would normally pass to the acquirer.« Kaser, 1961, str. 94: »Die *causa* ist hiernach eine die körperliche Übergabe begleitende Zwecksetzung, die so beschaffen sein muss, daß sie den Übergang des Eigentums zu rechtfertigen vermag.« Za sodobno opredelitev kavze v civilnem pravu glej Cigoj, 2003, str. 39 ss.

⁸⁶ Wolf, 1961, str. 104.

⁸⁷ Evans Jones in McCormack, 1989, str. 99.

⁸⁸ Tudi kupna in prodajna pogodba je redna podlaga pridobitve lastninske pravice, čeprav po rimskem pravu prodajalec kupcu ni zavezan prenesti lastnine na blagu, temveč se njegova obveznost izčrpa že v zagotovitvi mirne posesti na blagu.

ma dobrim običajem. Mož, ki je ženi stvar podaril in izročil, lastninske pravice ni mogel uspešno prenesti, saj je veljavnost darilne pogodbe preprečevalo običajnopravno pravilo, po katerem so bile darilne pogodbe med zakoncema v zakonski zvezi *sine manu* nične.⁸⁹ Mož je smel podarjeno stvar zato vindicirati, če le žena lastninske pravice na darovani stvari ni pridobila na izvirni način, denimo s porabo ali zmešanjem denarja.⁹⁰ V primeru preplačanih obresti⁹¹ ali izsiljene izročitve⁹² iz virov največkrat sploh ni razvidno, ali je lastninska pravica prešla izvedeno s tradicijo ali šele izvirno s porabo.⁹³ Tretja načelna zahteva je »resničnost« kavze, kar pomeni, da je morala ta dejansko obstajati v obliki veljavnega zavezovalnega posla (pogodbe).⁹⁴ Le pri tej postavitvi se objektivna koncepcija kavze razlikuje od subjektivne koncepcije.

Po objektivnem načelu se je presojal prenos lastninske pravice na blagu. *Causa venditionis* je torej veljavna prodajna pogodba.⁹⁵ Po isti koncepciji se presoja darilna pogodba

⁸⁹ Ulp. D. 24, 1, 1 pr.

⁹⁰ Paul. D. 24, 1, 36 pr.: [S]i donatae res exstant, etiam vindicari poterunt. (»Če podarjene stvari še obstajajo jih je mogoče vindicirati.«) Ulp. D. 24, 1, 5, 18: [S]i quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus. (»Če stvari še obstajajo, naj se jih vindicira, če so porabljene pa naj se jih kondicira.«)

⁹¹ Ulp. D. 12, 6, 26.

⁹² Iul. D. 12, 5, 5: Si a servo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret. sive indicasset sive non, repetitionem fore eius pecuniae Proculus respondit. (»Če je od mojega sužnja kdo sprejel denar, da ne bi naznanil njegove tatvine. Četudi je naznanil ali ne, je Prokul odgovoril, da bo mogoče zahtevati vračilo (repetitionem).«) V tem primeru se odpira vprašanje, ali bi bila z besedo *repetitio* mišljena tudi vindikacija. Rabel, 1915, str. 440, trdi, da nemoralna kavza ni onemogočala izvedenega prenosa lastnine: »Daß es etwa ein sittenwidriges Geschäft ist, hindert der Regel nach nicht diese Gültigkeit und hemmt daher nicht die Tradition, sondern begündet nur eine Schuldklage auf Rückforderung.«

⁹³ Ulp. D. 12, 5, 6; Paul. D. 25, 2, 6, 5. Problem nastane, ker rimski viri v ključnih odlomkih obravnavajo denarni znesek, pri katerem je vindikacija zaradi običajnega zmešanja prejemnikovega in izročiteljevega denarja praktično izključena. O tem Hähnchen, 2004, str. 385–395.

⁹⁴ Občepravni juristi govorijo o »resnični kavzi«, *causa vera*. Ker niso poznali teorije o izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*), vendar so hkrati želeli uskladiti nauk o kondicijah (D. 12, 6) z načelom kavzalnosti (Paul. D. 41, 1, 31, pr.), so uvedli kategorijo domnevne kavze (*causa putativa*), ki je po njihovem stališču zadoščala za prenos lastnine. Glej glosa *Cum in corpus*, casus ad D. 41, 1, 36 (Franciscus Accursius): [E]rror causae ex qua traditur res com consensum sit in corpore, non impedit translationem dominii. (»Zmota o kavzi, na temelju katere se stvar izroča, če le obstaja soglasje o predmetu, ne zadržuje prenosa lastnine.«)

⁹⁵ Gai. 2, 20; Inst. I. 2, 1, 41; Paul. D. 41, 4, 2 pr: *Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis*. (»Kot kupec poseduje tisti, ki je stvar v resnici kupil, ne zadošča, da le meni, da poseduje kot kupec, temveč mora za to obstajati tudi kupna podlaga (*causa emptionis*).«) Pavel sicer izrecno govori o priposestvovanju. Ker v drugih odlomkih zavrne možnost priposestvovanja na temelju putativnega naslova, je njegovo stališče pri priposestvovanju mogoče prenesti tudi na tradicijo blaga. O tem Kaser, 1961, str. 83.

»iz rok v roke« (*causa donationis*),⁹⁶ prenos lastnine na posojilojemalca (*causa credendi*)⁹⁷ in izročitev dote (*dotis datio*).⁹⁸ V primeru darilne obljube in obljube dote (kot tudi *dotis dictio*) se je prenos lastnine presojal po subjektivni koncepciji.

2.2.2. Subjektivna koncepcija kavze

Subjektivna koncepcija kavze dopolnjuje objektivno koncepcijo, saj je iz virov razvidno, da se je v nekaterih primerih lastninska pravica prenesla že ob golem soglasju upnika in dolžnika o tem, da stranki izpolnjujeta dolg, čeprav ta dejansko ni obstajal. V navedenih primerih, ki jih romanistika od Rabela dalje pojasnjuje s tako imenovano izpolnitveno kavzo (*causa solvendi*), se logika kavzalne tradicije najtesneje približa nemškemu sistemu abstraktne tradicije.⁹⁹

Splošno gre pri subjektivnih kavzah za primere dobroverne izpolnitve nedolga (*indebitum solutum*). Dolžnik, ki je dobrovernemu »upniku« vede izpolnil nedolg, izpolnjenega ni mogel kondicirati.¹⁰⁰ »Upnik«, ki je vede sprejel nekaj, kar mu ni bilo dolgovano, dolžnik pa je bil hkrati prepričan v obstoj obveznosti, je veljal za tatu.¹⁰¹ Ker je tatvina izključevala prenos lastnine, je bilo mogoče zoper njega naperiti reivindikacijo.

⁹⁶ Inst. 2, 1, 41; Paul. D. 41, 6, 1 pr. : *Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.* (»Kot obdarjenec lahko priposestvuje tisti, komur je bila stvar izročena z darilnim namenom; pri tem ne zadošča, da le meni, da mu je bilo podarjeno, temveč da mu je bilo v resnici podarjeno.«) Kaser, 1961, str. 83.

⁹⁷ Na to kažejo primeri, kjer nedorasli ali umobolni brez varuhove (skrbnikove) avtorizacije izročita predmet posojila posojilojemalcu. Ker lastnina z izročitvijo zaradi omejene poslovne sposobnosti izročitelja ne pride, smeta varuh ali skrbnik tega (v varovančevem oziroma skrbljenčevem imenu) vindicirati, po porabi ali zmešanju pa kondicirati (Iul. D. 12, 1, 19, 1; Pomp. D. 12, 1, 12; Pomp. D. 44, 7, 24 pr.–2).

⁹⁸ Kaser, 1961, str. 84.

⁹⁹ »A causa traditionis was required, but this only meant that agreement on the legal purpose of transferring ownership was required [...]« Schulz, 1951, str. 350. »Im System der rechtlich anerkannten Erwerbsgründe wird ein tiefgehender Gegensatz zwischen kaufweisem Erwerb und dem Erwerb auf Grund von Stipulation und Vermächtnis greifbar. Der erstere war kausal im vollen Sinn des Wortes, der letztere kaum minder abstrakt als die Ubereignung nach dem BGB.« Honsell, Selb, 1987, str. 158. Razlika med rimskim in nemškim modelom je ta, da se morata stranki po rimskem pravu strinjati, da izpolnjujeta »nek dolg«, po nemškem pravu pa za prenos lastnine zadošča, da se strinjata o prenosu lastnine.

¹⁰⁰ Ulp. D. 12, 6, 1, 1: [S]i sciens se non debere solvit, cessat repetitio. (»[Č]e pa je izpolnil, ko je vedel, da ne dolguje, odpade (možnost) zahtevati nazaj.« V tem primeru zaradi nesoglasja o darilnem namenu tudi ni nastalo darilo, čeprav Pavel priznava, da je bila situacija temu precej podobna: Paul. D. 46, 2, 12: [Q]ui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat. (»[Č]e je vedel, da bi se lahko branil z ugovorom zvijačne prevare (pa se ni), se zdi podoben tistemu, ki podarja.«)

¹⁰¹ Scaev. D. 13, 1, 18: *Quoniam furtum fit, cum qui indebitos nummos sciens acceperit [...]*. (»Kajti izvrši se tatvina, če nekdo vede sprejme nedolgovane novce [...].«) Kranjc, 2020, str. 740, op. 1904.

Razmerje, ki delujejo po logiki subjektivne kavze so izpolnitev obveznosti iz stipulacije in damnacijskega volila, vračilo posojila, obljuba dote (*dotis promissio*), *dotis dictio* in plačilo kupnine (*causa emptio*).¹⁰² V navedenih primerih zato ne govorimo o stipulacijski, legatni, dotalni, posojilni ali kupni kavzi, temveč o »zbirni« izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*).¹⁰³ Da je bila rimska koncepcija kavze mešano objektivno-subjektivna, kažejo številni primeri, pri katerih lastninska pravica preide kljub dejanskemu neobstoju veljavne pravne podlage.

(1) Čeprav je bila zaradi nezakriviljene zmote o snovi (*error in substantia*), ki je po rimskem gospodarskem prepričanju veljala za bistveno, prodajna pogodba nična, je bil prenos lastninske pravice na kupnini kljub temu učinkovit. Kupnino je bilo mogoče kondicirati, blago pa vindicirati.¹⁰⁴ (2) Pavel opisuje primer prodaje zemljišča s hišo, ki je pogorela še pred prodajo, stranki pa za nesrečo nista vedeli. Ker si prodajne pogodbe ni mogoče predstavljati brez blaga, je bila pogodba nična.¹⁰⁵ Tudi tokrat pa je lastninska pravica na kupnini prešla, vendar jo je bilo mogoče kondicirati.¹⁰⁶ (3) Izročitev dote (*dotis datio*) je bila učinkovita, če sta se stranki strinjali, da je stvar izročena *dotis causa*. Če do sklenitve zakonske zveze pozneje ni prišlo, tradicija zaradi tega sama po sebi ni bila neveljavna, vendar tudi lastninska pravica na izročitelja dote ni padla nazaj samodejno. Izročitelju dote so zato priznali kondikcijo.¹⁰⁷ (4) Če je dolжник izpolnil obveznost, ki je bila v nasprotju z dobrimi običaji, mu je bila na voljo *condictio ob turpem seu iniustam causam*.¹⁰⁸

¹⁰² Kaser, 1961, str. 83–86.

¹⁰³ Laborenz, 2014, str. 99 ss.

¹⁰⁴ Iul. D. 18, 1, 41, 1: *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.* (»Nevede si mi, ko za to nisem vedel, prodal posrebrno mizo za srebrno: kupna pogodba je nična in denar, ki je bil dan iz tega naslova, se sme kondicirati.«) Prevod po Kranjc, 2013, str. 178, primer 491. Glej tudi Ulp. D. 18, 1, 14, ki bi štel pogodbo v prejšnjem primeru za veljavno.

¹⁰⁵ Pomp. D. 18, 1, 8 pr.: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi.* (»Niti kupa niti prodaje si brez stvari, ki se prodaja, ni mogoče predstavljati.«)

¹⁰⁶ Paul. D. 18, 1, 57 pr.: *Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt.* (»Kupil sem hišo, ko nisva vedela ne jaz ne prodajalec, da je pogorela. Nerva, Sabin in Kasij pravijo, da ni bilo, čeprav je ostala stavbna parcela, nič prodano, in da je mogoče s kondikcijo zahtevati nazaj plačano kupnino.«) Prevod po Kranjc, 2013, str. 172, primer 475.

¹⁰⁷ Iav. D. 12, 4, 10: *Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur [...].* (»Če je ženska z namenom dati doto akceptirala dolg tistemu, s katerim se je želela poročiti, zakonska zveza pa ni bila sklenjena, sme od njega kondicirati denarni znesek [...].«)

¹⁰⁸ Ulp. D. 12, 5, 2 pr.–1: *[U]t puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. (1) Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes.* (»[Č]e sem ti recimo dal

V vseh navedenih primerih (1–4) gre za posle, kjer se kot protidajatev omenja denarni znesek. Pri izročitvi denarja običajno nastopi zmešanje (*commixtio nummorum*) pridobiteljevih novcev z izročiteljevimi. Pravna posledica je izvirni prehod lastninske pravice.¹⁰⁹ Zato je oteženo ugotavljanje, ali so juristi v zgornjih primerih (1–4) prenos lastnine zares pripisovali učinkom izvedenega prenosa s tradicijo ali izvirnim načinom pridobitve lastnine.

Vindikacija in kondikcija se načeloma izključujeta.¹¹⁰ Če odsvojitelj ohrani lastninsko pravico, kondikcije ne more uporabiti. Pomembna izjema je bila od nekdanj tatvina.¹¹¹ Lastniku so zaradi že kar topičnega sovraštva do tatov (*odium furum*) priznali poleg vindikacije prav tako reipersekutorno *condictio ex causa furtiva*.¹¹² Ta ni bila »prava« kondikcija, temveč alternativa reivindikaciji. Reivindikacije namreč ni bilo mogoče naperiti v primerih nenaklepnega uničenja stvari pred litiskontestacijo, *condictio ex causa furtiva* pa je omogočala tudi to, saj je veljalo, da je tat vedno v zamudi. Zato vedno odgovarja za naključno uničenje individualno določene stvari (*species*).¹¹³

(nekaj), da ne bi zagrešil svetoskrunstva, tatvine (oziroma, da) ne bi ubil sužnja. V (zvezi) s tem primerom piše Julijan, da je mogoče zahtevati nazaj s kondikcijo, če sem ti (nekaj) dal, da ne bi ubil sužnja; (1) prav tako, če sem ti dal, da mi vrneš stvar, ki je shranjena pri tebi, ali da mi vrneš listino.« Prevod po Kranjc, 2013, str. 248, primer 738.

¹⁰⁹ Iav. D. 46, 3, 78.

¹¹⁰ Iul. D. 12, 6, 33: [*C*]ondictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret [...] («Kondikcije ne bo imel, ker ni ničesar prenesel na pridobitelja [...]») Ulp. D. 12, 6, 1, 1: *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio*. («Če kdo nevede izpolni nedolgovano, sme s to tožbo [mišljena je *condictio indebiti*] kondicirati; če pa je vede izpolnil nedolgovano, preneha vračilo.») Empell, 2020, str. 84 ss, 100 in 291 ss, je na navedenem Ulpijanovem odlomku osnoval tezo, po kateri beseda *repetitio* ne zajema le kondikcij, marveč tudi vindikacijo. Kondikcija naj zato *a priori* ne bi izključevala vindikacije. Sklepa, da v številnih primerih, pri katerih je starejša romanistika (vključno z Laborenzem, 2014) zagovarjala obstoj izpolnitvene kavze (*causa solvendi*), lastninska pravica izvedeno sploh ni prešla. V teh primerih pripisuje kondikcijo razlogom izvirnega prenosa s *consumptio* oziroma s *commixtio nummorum*. Konstrukcijo izpolnitvene kavze zavrne, ker naj ne bi imela zadostne podlage v virih. Stipulacijo, damnacijsko volilo in druge zgoraj identificirane primere podlag, ki jih je romanistika identificirala kot primere subjektivne kavze, razume kot samostojne primere kavz (stipulacija kot kavza, volilo kot kavza), za katere je enako, kot sem opisal pri objektivni koncepciji, veljala zahteva resničnosti kavze. O konkurenci vindikacije in kondikcije glej tudi Schanbacher, 1992, str. 17 ss.

¹¹¹ Ulp. D. 7, 9, 12: [*P*]roditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse. («[V]elja, da ne more svoje stvari kondicirati nihče, razen od tatu»).

¹¹² Gai. 4, 4: [*O*]dio furum, quo magis pluribus actionibus teneatur. («Sovraštvo do tatov, ki so raje zavezani z več tožbami.»)

¹¹³ Ulp. D. 13, 1, 8, 1: *Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deterioorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur*. («Če je stvar kondicirana (s tožbo *condictio*) ex causa furtiva, je vprašanje, glede na kateri trenutek se oceni vrednost spornega predmeta.

Sklenem lahko, da je v številnih primerih pravna podlaga tradicije zadoščala za prenos lastnine, hkrati pa ta ni bila zadostna, da bi prejemnik prejeto obdržal (*causa retinendi*).¹¹⁴ Če je torej izročitelj zmotno izpolnil nedolg, je dobroverni prejemnik sicer postal lastnik, vendar je moral pridobljeno izročiti na temelju *condictio indebiti*.¹¹⁵ Z drugimi besedami: treba je razlikovati med tradicijsko in »kondikcijsko kavzo«: prva namreč zagotavlja prehod lastnine, druga pa njeno ohranitev.¹¹⁶ Razlika med obema kavzama nastopi zato, ker kavze, ki se presoajo po subjektivni konceptiji, ne zahtevajo soglasja strank o namenu tradicije. To vprašanje postane relevantno šele z vidika neupravičene obogatitve.

Režim pravne podlage izročitve (*iusta causa traditionis*), ki ga zaznamuje mešana objektivno-subjektivna konceptija, lahko prikažemo takole:

- I. Objektivna konceptija kavze = zadostna, pravna in resnična kavza
 - prenos lastnine na blagu (*causa venditionis*),
 - prenos lastnine na posojilojemalca (*causa credendi*),
 - prenos lastnine na obdarjenca (darilo »iz rok v roke«) (*causa donationis*),
 - prenos lastnine ob izročitvi dote (*causa dotis*).
- II. Subjektivna konceptija kavze = zadostna in pravna kavza
 - prenos lastnine na kupnini – *causa emptionis*,
 - izpolnitev damnacijskega volila,
 - izpolnitev stipulacije,
 - izpolnitev obljube dote (*dotis promissio*) in *dotis dictio*,
 - vračilo posojila.

3. Eksegeza antinomije D. 41, 1, 36 in D. 12, 1, 18

3.1. Julijanov prvi primer: stipulacija – damnacijsko volilo

3.1.1. Mancipacija ali tradicija?

Julijan se v prvem primeru opredeljuje do veljavnosti tradicije zemljišča, ki jo je odsvojitelj izvršil z namenom izpolnitve damnacijskega volila, pridobitelj pa je menil,

Odločeno je bilo, da se upošteva čas, ko je imela stvar kadarkoli najvišjo vrednost in še posebej tat ne bo oproščen, če je stvar poslabšal, kajti šteje se, da je tat vedno v zamudi.«)

¹¹⁴ Izraz je občepравни. Empell, 2020, 136 ss.

¹¹⁵ Kaser, 1971, str. 596: »Die *condictio* ist gerade dann zuständig, wenn die *causa* zwar ausreicht, um den Eigentumserwerb zu tragen, aber nicht, um das Behalten der Sache zu rechtfertigen.«

¹¹⁶ Kaser, 1961, str. 75, op. 56; Zimmermann, 1992, str. 854 ss. Odpad kavze v smislu kondikcijskega nauka (*condictio causa finita*) ne pomeni tudi samodejnega odpada tradicijske kavze. Kaserjevemu nauku nasprotuje Empell, 2020, str. 137, ki zagovarja, da sta koncepta kavze pri tradiciji in kondikciji enaka. Trdi namreč, da bi bilo nelogično sočasno zatrjevati, da je izpolnitev vrsta kavze (*solutio* = *causa traditionis*), po prenosu lastnine pa trditi, da je bila izpolnitev (*solutio*) izvršena *sine causa*.

da mu je izpolnjeval stipulacijski dolg.¹¹⁷ Ker Julijan pri tem ne zahteva soglasja strank o podlagi tradicije, temveč le soglasje o identiteti predmeta tradicije (*consensus in corpore*), se zdi, da zagovarja abstraktno tradicijo. Zagovorniki kavzalne zasnovе tradicije so zato prvi Julijanov primer pripisovali kompilatorski komisiji, ki naj bi abstraktno mancipacijo nadomestila s kavzalno tradicijo. Izhajali so namreč iz predpostavke, da je imel Julijan v mislih italsko zemljišče.¹¹⁸

Ugovora zoper tako rekonstrukcijo sta dva. Prvič, tradicija italskega zemljišča ni bila brez pravnih učinkov, ker je pridobitelju, če je bil odsvojitelj kviritski lastnik, zagotavljala tako imenovano bonitarno lastnino (*in bonis esse*). Drugič, Julijan bi utegnil obravnavati tradicijo provincialnega zemljišča (*fundus provincialis*), saj je bil dolga leta provincialni upravitelj v Germaniji. Vsekakor prepričljivejši je Lenelov sistematični argument, ki postavlja D. 41, 1, 36 v poglavje Julijanovih Digest, ki se ukvarja s fiducijo. Ta je bila redno povezana z abstraktnima mancipacijo ali z *in iure cessio*.¹¹⁹ Postavlja se vprašanje, zakaj bi se torej Julijanu – če bi ta v resnici obravnaval mancipacijo – sploh zdelo potrebno pripomniti, da nesoglasje o pravni podlagi nima vpliva na veljavnost mancipacije? Sodobna romanistika namreč izhaja iz dogme o abstraktni naravi mancipacije.¹²⁰ Mar torej v Julijanovem primeru ne bi šlo za povsem trivialno pripombo skoraj »nevredno« velikega klasika? Julijan vrh tega z izbiro besed (*non animadverto*) celo nakaže, da gre pri tem le za njegovo osebno mnenje in ne za *communis opinio*, ki so ga juristi navadno izražali z glagolom *constat*. Negotovost največjega rimskega jurista glede tako

¹¹⁷ Izhajamo iz predpostavke, da sta bila tako stipulacija kot volilo v tem primeru sama po sebi veljavna pravna posla.

¹¹⁸ Lenel, 1889, str. 355, tč. 222, op. 1–3, *traditur* nadomešča z *<mancipatur>*, *traditio* z *<mancipatio>*, *tradam* z *<mancipem>*. S tem soglašajo Strohal, str. 367; Pflüger, str. 44; Schulz, str. 353, op. k 606; Erbe, 1940, str. 106; Oven, 1952, str. 445; Honsell, Mayer-Maly in Selb, 1987, str. 159. Rekonstruirano besedilo bi se glasilo: *Cum in corpus quidem quod mancipio datur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit mancipatio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum dem, tu existimes ex stipulatu tibi eum debere*. (»Ko sva soglašala glede predmeta mancipacije, nisva pa soglašala glede pravnega temelja, ne vidim razloga, zakaj bi bila mancipacija neučinkovita: na primer ko sem verjel, da sem ti dolžan mancipirati zemljišče na temelju oporoke, ti pa si menil, da ti ga dolgujem iz stipulacije.«) Beseler, 1913, str. 57, je drugi Julijanov primer rekonstruiral takole: *Si fundum tibi donandi animo mancipio dem, tu quasi fiduciae causae datum accipias, nulla donatio est. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, donatio non est*. (»Če ti zemljišče mancipiram z darilnim namenom, ti pa ga sprejmeš na poštenje (*quasi fiduciae causae*), to ni nastalo darilo. Kajti tudi če ti izročim denarni znesek z darilnim namenom, ti pa ga sprejmeš s posojilnim namenom, ne gre za darilo.«) Beselerjevo rekonstrukcijo sem vključil zgolj kot zanimivost, saj ilustrira skrajnosti »interpolacijskega lova« zadnjih desetletij 19. in prve polovice 20. stoletja.

¹¹⁹ Lenel, 1889, str. 355, tč. 222.

¹²⁰ Kavza, gospodarski namen razpolagalnega akta, ki je v prenosu neke oblastvene pravice, je mancipacijskemu ritualu »inherenten«, ker je obličnost sama in ne volja strank razodevala odsvojitveni značaj pravnega posla. Kaser, 1971, str. 414.

temeljnega vprašanja, kot je abstraktnost mancipacije, bi lahko ob sprejemu Lenelove palingenезije zamajala zakoreninjeno predstavo o mancipaciji kot abstraktnem poslu.¹²¹ Brez večjih pomislekov zato lahko sklenem, da je prvi del Julijanovega odlomka pristen.¹²² Ali je Julijan pisal o tradiciji provincialnega ali italskega zemljišča, ostaja nepojasnjeno, za naše potrebe pa vprašanje ni bistveno.¹²³

3.1.2. *Causa solvendi* ali *concursus duarum causarum lucrativarum*?

Ernst Rabel je Julijanovo rešitev prvega primera kot prvi pojasnjeval s teorijo o izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*).¹²⁴ To je opisal kot »pogodbo o osvoboditvi obveznosti« (Lösungsvertrag, Schuldaufhebungsvertrag).¹²⁵ Stranki, ki sta imeli med sabo nejasno definirane obveznosti, sta se strinjali, da te ukineta. Rablovo tezo je nadgradil Kaser in jo približal logiki poravnave (*transactio*). Ker želita stranki negotovo medsebojno razmerje dokončno razrešiti, se tiho odpovedujeta preverjanju dejanskega obstoja in obsega obojestranskih obveznosti.¹²⁶ Glavni očitek teoriji o izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*) je v tem, da viri tega izraza kajpak ne omenjajo. Empell zato očita tako Kaserju kot Rabelu arhaiziranje klasičnega.¹²⁷ Empell zato prepričuje, da je v prvem Julijanovem primeru merodajna le kavza, ki si jo je kot relevantno zamisli dolžnik.¹²⁸ To naj bi bilo redno pravilo v primeru izpolnitve obveznosti, kadar je dolžnik isti *species* dolgoval na

¹²¹ Da je bila tudi mancipacija kavzalna, je menil le Hazewinkel-Suringa, 1931, str. 114 (navedeck po Laborenz, 2014, str. 40). Skliceval se je na omembe kavz v mancipacijskih listinah: *emit mancipioque accepit* [...] (Bruns, 1909, str. 329); *fundum* [...] *nummo* I [...] *fidi fiducia causa mancipio accepit* [...] (ibid. str. 334); *donationis causa mancipio accepit* [...] (ibid. str. 335). Danes je splošno sprejeto, da gre pri tem za dodatke kavtelarne prakse rimskih pisarjev. Gai. 1, 119–120 pri obravnavi mancipacijske obličnosti zahteve po omembi kavze ne omenja.

¹²² Kaser, 1972, str. 108: »[E]rfahrungsregel, dass überall dort, wo nicht handfeste Gründe für eine Interpolation nachweisbar sind, die historische Wahrscheinlichkeit für die Authentizität der Textaussage, mindestens in ihrem sachlichen Gehalt, spricht [...]«

¹²³ Krampe, 2014, str. 495; Flume, 1990, str. 55; Empell, 2020, str. 21; Laborenz, 2014, str. 41.

¹²⁴ Rabel, 1915, str. 440–441, § 39.

¹²⁵ Huber, 2007, str. 489.

¹²⁶ Kaser, 1961, str. 75

¹²⁷ Empell, 2020, str. 114.

¹²⁸ Paul. D. 50, 17, 159: *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.* (»Ne more nam na več temeljih nekdo dolgovati iste stvari na način, da bi ista stvar postala naša na več temeljih.«) Dolžnik je tisti, ki izbere, na katerem izmed več možnih pravnih temeljev, bo izpolnil obveznost. Gai. 3, 91: *quia is qui solvendi animo dat* (»ker je (relevanten) namen tistega, ki je zavezan izpolniti«). Empell, 2020, str. 114 ss.

temelju dveh stekajočih se neodplačnih pravnih temeljev (*concursum duarum causarum lucratarum*). V našem primeru sta to stipulacija¹²⁹ in damnacijsko volilo.¹³⁰

Iul. D. 44, 7, 17: *Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.*

Iul. D. 44, 7, 17: »Vsi upniki, ki dolgujejo individualno določeno stvar iz neodplačnega razloga, postanejo prosti, če ta stvar preide k upnikom iz neodplačnega razloga.«

Glede na to, da je prav Julijan kot eden prvih juristov preučeval pojav prenehanja obveznosti zaradi steka dveh lukrativnih pravnih temeljev – in to še posebej z vidika steka volila in stipulacije¹³¹ – se mi zdi Empellova interpretacija prvega Julijanovega primera primernejša od Rabelove.

3.2. Julijanov drugi primer: darilo – posojilo

3.2.1. *In eo, quod plus sit, semper inest et minus?*

V prvem Julijanovem primeru obe stranki nastalo obveznost, najsi bo to stipulacijska obljuba ali volilo, izpolnjujeta, v drugem primeru pa želi izročitelj (darovalec) obveznost sicer ustanoviti, a jo hkrati ukiniti, pridobitelj pa s sprejemom posojenega zneska svojo obveznost zgolj ustanavlja. Pri prvem primeru gre tradicijo individualno določene stvari (*species*), pri drugem pa za tradicijo denarnega zneska (*genus*). Če je mogoče prvi Julijanov primer zaradi sovpadanja kavz, ki obe delujeta po načelu subjektivne koncepcije, še dokaj preprosto umestiti v model izpolnitvene kavze ali po Empellovi razlagi v *concursum duarum*, kaj takega v drugem primeru ni mogoče. Številni romanisti so zato Julijanovi pritrditvi prehoda lastninske pravice odrekli pristnost,¹³² reprezentativnost¹³³

¹²⁹ Stipulacija je lahko lukrativni (obljuba darila) ali onerozni pravni posel (na primer obljuba dote). Iz našega primera ni jasno, za kakšno obliko stipulacije je šlo.

¹³⁰ Obveznost stipulacijskega dolžnika je prenehala, če je upnik individualno določeno stvar prejel na temelju darila ali volila (Inst. 2, 20, 6 ; Iul. D. 30, 82, pr.–1). O tem Empell, 2020, str. 176 ss; Lambrini, 2000; Kaser, 1971.

¹³¹ Iul. D. 30, 82, pr. Tudi Julijanov učenec Afrikan obravnava stek volila in stipulacije v D. 30, 108, 4. Glej tudi Schulz, 1917, str. 199.

¹³² Schulz, 1932, str. 548–549: »Die berühmte Antinomie sollte man bei der weiteren Erörterung des Problems [namreč problema vsebine zadostnega pravnega temelja tradicije] ganz beiseite lassen. Beide Stellen sind interpoliert, das steht fest. Eine verlässliche Rekonstruktion ist nicht möglich, das sollten die vorhandenen Rekonstruktionsversuche lehren. Man kann die Texte inhaltlich wenigstens teilweise rekonstruieren, auf Grund der Anschauung, die man aus andern Quellen gewonnen hat; selbständigen Beweiswert haben solche Rekonstruktionen nicht.«

¹³³ Pflüger, 1923, str. 46: »Seine Entscheidung [mišljena je Julijanova odločitev] galt einzig und allein dem Falle, wenn der Geber schenken will und der Empfänger meint es handle sich um ein Darlehen.«

ali mu celo očitali slab okus pri izbiri ponazoritve uvodne teze.¹³⁴ Nekoliko manj resignirajoči interpreti so se lotili mestoma že kar neokusnih natezanj Julijanovega stališča v Prokrustovo posteljo ustaljene teorije kavzalne tradicije.

Eisele je denimo zagovarjal stališče, da je v vsakem darilu po pravilih formalne logike vsebovano tudi posojilo.¹³⁵ Kar je z vidika izročitelja namreč več (*plus*) – darilo, naj bi vsebovalo tudi manj (*minus*) – posojilo.¹³⁶ Izhajal je iz Senece, ki trdi, da se usluga (*beneficium*) približuje posojilu z zelo dolgo ročnostjo (*beneficium creditum insolubile esse* – »usluga je posojilo, ki ga ni treba povrniti«).¹³⁷ Kot ugotavlja Verboven, se je v kontekstu rimskih patronatskih odnosov dajanje posojila (*mutuum*), ki samo po sebi ni bilo obrestovano, na nek način stapljalo z darilom.¹³⁸ Darilo naj bi bilo lukrativni pravni posel le v očeh juristov. V resnici pa vsako obdarovanje (enako kot posojilo) napoveduje sicer časovno in vsebinsko nedefinirano protidajatev.

Med darovalcem in posojilojemalcem naj bi torej v Julijanovem drugem primeru nastala veljavna posojilna pogodba kot najmanjši skupni imenovalac obeh pravnoposlovnih volj (»Minimalkonsens«).¹³⁹ Prav posojilna pogodba naj bi bila kavza, ki utemeljuje prehod lastnine. Tako zamišljeno kongruenčno načelo (»v večjem je vsebovano tudi manj«) je v luči ostalih rimskih virov izpričano le pri »kvantitativnih«, ne pa tudi pri »kvalitativnih« nesoglasjih. Kvantitativno nesoglasje med strankama, ki ne bi vplivalo na veljavnost pogodbe, bi bilo denimo podano, če bi imel zakupodajalec pri sklepanju zakupne pogodbe v mislih nižji, zakupojemalec pa višji znesek zakupnine. Zakupna pogodba bi bila v tem primeru veljavno sklenjena, zakupnina pa ne bi presegla nižjega

¹³⁴ Hupka, 1932: »Darum und nur darum mußte mit den neuen — zu allem tauglichen — Mitteln der Beweis versucht werden, daß Iulian das schnurgerade Gegenteil von dem gemeint und etwas völlig anderes geschrieben habe, als was uns in der 1. 36 D. 41, 1 überliefert ist.« Strohal, str. 367: »[V]on Iulian in der zweiten Hälfte unseres Fragments gegebene Beispiel möglichst schlecht gewählt erscheint.«

¹³⁵ Eisele, 1885, str. 11: »Von diesem Standpunkte aus läßt sich die causa donandi mit der causa credendi oder solvendi in quantitativem Sinne vergleichen, und als daß maius im Gegensatz zu dem minus auffassen.«

¹³⁶ Paul. D. 50, 17, 110 pr.: *In eo, quod plus sit, semper inest et minus.* (»Tisto, kar je več, vedno vsebuje tudi kar je manj.«) O tem Backhaus, 1983, z vidika Julijanovega odlomka zlasti str. 164–166.

¹³⁷ Seneca, De benef., 4, 12, 1.

¹³⁸ Verboven, 2002, str. 120: »The difference between loans and gifts in the context of *amicitia* and patronage is often small.« Enako že Knies, 1876, str. 208: »[Mutuum] war kein Geschenk, sondern die Rückgabe wurde erwartet, allein es schloss an sich kein Rechtsmittel ein, durch welches die Rückgabe allenfalls erzwungen werden konnte. Diese war lediglich eine sittliche Pflicht, oder auch eine Ehrensache des Verpflichteten, und er setzte sich, wenn er nicht zahlte, der Missgunst und Rache seines Gläubigers aus.« Knies želi povedati, da iz posojila ne izhaja specifična tožba, pač pa so uporabljali isto tožbo kot pri stipulaciji.

¹³⁹ Schermeier, 1998, str. 259.

zneska, torej zneska, ki si ga je zamislil zakupodajalec.¹⁴⁰ V primeru, ki ga obravnavata Julijan in Ulpijan, ne gre za kvantitativno nesoglasje o višini zneska darila oziroma posojila, temveč za kvalitativno nesoglasje o vrsti zavezovalnega pravnega posla.¹⁴¹ Darilo in posojilo torej nista *plus* in *minus*, temveč *aliud* in *aliud*. Razlikujeta se po ciljih¹⁴² in po predpostavkah njune veljavnosti,¹⁴³ skupni imenovalc pa je zgolj v njunem končnem cilju, to je prenosu lastnine.

3.2.2. V iskanju izgubljene kavze

Kot smo že ugotovili, na podlagi Julijanovega odlomka ni mogoče sklepati, ali je veliki klasik v drugem primeru potrdil obstoj posojilne pogodbe. Zato je Flume z nekakšnim kompromisnim kavzalnim pristopom predlagal, da naj se Julijanova potrditev prehoda lastnine utemlji s tem, da je že samo soglasje o prenosu lastnine (*«iusta causa für den Eigentumserwerb»*) zadostna kavza.¹⁴⁴ S to interpretacijo želi Flume preseči tezo, da je bil Julijan zastavonoša abstraktne tradicije. Flumejevo tezo nadgrajuje Laborenz, ki meni, da golo strinjanje o prenosu lastnine še ne more konstituirati samostojne kavze, saj je za lastninskim prenosom vselej tudi neki gospodarski namen.¹⁴⁵ Laborenz kompromisno sklene, da za veljavnost tradicije zadošča soglasje izročitelja in pridobitelja o tem, da se s prenosom lastnine izpolni neka obveznost. Ali ta obveznost obstaja in za katero obveznost konkretno gre, z vidika samega prenosa lastnine ni odločilno, saj se neupravičeni prenosi rešujejo v obogatitvenem pravu. Laborenzova teza pomeni nadgradnjo Kaserjevega stališča iz leta 1961, saj za veljavnost tradicije ne zahteva več soglasja strank o konkretnem namenu izpolnitve obveznosti (*«Zweckvereinbarung»*), torej soglasja, da se nekaj izroča z namenom izpolnitve, denimo stipulacije, volila, vračila posojila ipd.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Pomp. D. 19, 2, 52: *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.* (»Če bi ti dal v zakup zemljišče za deset, ti pa bi menil, da ti ga dajem za pet, ni bilo nič sklenjeno. Toda, če pa jaz mislim, da ti dajem v zakup za nižji znesek, ti pa misliš, da ti ga dajem za višji znesek, višina zakupnine ne bo presejala zneska, ki sem ga imel jaz v mislih.«) Glej tudi Ulp. D. 45, 1, 1, 4.

¹⁴¹ Analogijo je zagovarjal Eisele, 1885, str. 11. Nasprotoval mu je Betti, 1930, str. 318, ki glede D. 19, 2, 52 razlikuje: »[I]l disaccordo ha per oggetto solo una differenza puramente quantitativa, poiché cade, appunto, sull'ammontare del fitto. Per contro, nel caso considerato da Giuliano, il dissenso ha per contenuto una differenza qualitativa [...]«.

¹⁴² Betti, 1930, str. 317: »Chi dona, vuole spesso dare alla controparte una dimostrazione di simpatia o di umanità: ora è chiaro che tale scopo verrebbe interamente frustrato se, contro il proposito del tradente, il dono si dovesse convertire in un prestito.«

¹⁴³ Pomislimo na številne omejitve obdarovanja (na primer *Lex Cincia* in omejitve obdarovanja med zakonci) in omejitev posojil sinovom pod oblastjo (*SC Macedonianum*).

¹⁴⁴ Flume, 1990, str. 56.

¹⁴⁵ Laborenz, 2014, str. 50.

¹⁴⁶ Schermeier, 2018, str. 797.

3.2.3. *Iusta causa traditionis* v luči putativnega naslova priposestevovanja

Pomemben pristop k vrednotenju Julijanovega odlomka D. 41, 1, 36 je, kot smo videli že pri prvem primeru s pritegnitvijo nauka o steku neodplačnih temeljev, prav kontekstualizacija vira v luči Julijanovih siceršnjih nauk. Da je tudi v drugem primeru odlomka D. 41, 1, 36 deloval Julijanov izvirni genij, ki ga ni mogoče vkalupiti v sistem kavzalne tradicije, utemeljujem s primerjavo juristovega odnosa do putativnega naslova priposestevovanja (*iustus titulus usucapionis*).¹⁴⁷ Pri tem gre za vprašanje, ali in v katerih primerih se je dobroverni posestnik smel sklicevati na priposestevovanje, če je bil pravni naslov priposestevovanja neobstoječ oziroma pravno neveljaven, priposestvovalec pa je bil vsaj ob prepustitvi stvari v posest prepričan v njegov dejanski obstoj (*titulus putativus*).¹⁴⁸ Glede priposestevovanja na podlagi prodajne pogodbe, darila in dote je po stališčih klasikov veljalo, da je bilo priposestvovalcu treba izkazati tako veljavnost prodaje¹⁴⁹ kot tudi darila in dote.¹⁵⁰ Tudi voljeno stvar je bilo mogoče priposestevovati le, če

¹⁴⁷ Glej Sampson, 2020, str. 57–58.

¹⁴⁸ *Iustus titulus (iusta causa usucapionis)* zajema poleg priznanih pravnih podlag tradicije (*usucapio pro donato, pro dote, pro emptore, pro soluto*) tudi primere priposestevovanja stvari, ki je bila (domnevno) voljena z vindikacijskim volilom (*usucapio pro legato*), če predmet volila ni bil zapustnikov, volilo pa je bilo (na primer zaradi obličnostnih razlogov) neveljavno; priposestevovanje stvari, za katero je dobroverni posestnik mislil, da je bila zavržena (*usucapio pro derelicto*); ali stvari, ki naj bi spadala v dediščino (*usucapio pro herede*). K temu je treba dodati še druge oblike putativnih naslovov, ki so povezani z izvirnimi temelji priposestevovanja. Te nekateri juristi obravnavajo pod zbirnim naslovom *usucapio pro suo* (»priposestevovanje stvari kot svoje«). Glej na primer Paul. D. 41, 2, 3, 21. O tem Mayer-Maly, 1962; Kaser, 1961, str. 82; Kaser, 1971, str. 422. Mnenja romanistične stroke o tem, ali sploh in čemu so rimski juristi pravni naslov priposestevovanja in pravno podlago izročitve presojali različno, so deljena. Kljub temu pa se ponuja naslednja razlaga: ker priposestevovanje zadeva interes tretje osebe (namreč izgubo lastninske pravice lastnika, ki se za svojo stvar ni menil), se *iustus titulus usucapionis* presoja strožje kot *iusta causa traditionis*. Kavza tradicije pa naj bi se – ker gre za interno razmerje med izročiteljem in pridobiteljem lastninske pravice – presojala mileje. To naj bi potrjevala prav Julijanova rešitev. Primerjaj Kaser, 1961, str. 92: »Wer vom Nichteigentümer erwerben und hernach ersessen hat, der hat damit bewirkt, dass ein am Traditionsgeschäft unbeteiligter Dritter, der wahre Eigentümer, sein Eigentum verloren hat. [...] Diese ‚Drittwirkung‘ der usucapio könnte es rechtfertigen, dass man an die *causa usucapionis* strengere Anforderungen gestellt hat als an die *causa traditionis*.« Drugače Kranjc, 2020, str. 411. Ob vseh navedenih razhajanjih v zvezi z razmerjem med tradicijo in priposestevovanjem smo soočeni z dejstvom, da razen Iul. D. 41, 1, 36 nimamo reprezentativnih virov, iz katerih bi lahko sklepali, kakšne posledice na veljavnost zavezovalnega posla bi po stališču rimskih juristov utegnili imeti zмотa o vrsti kavze.

¹⁴⁹ Paul. D. 41, 4, 2 pr.; Pap. D. 41, 8, 3 pr.; Paul. D. 41, 3, 48: [*S*]i putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. (»[Č]e mislim, da sem ti zavezan iz prodaje in ti zato izročam, velja, da kupec ne bo mogel priposestevovati *pro emptore*, če ni predhajala kupna pogodba.«)

¹⁵⁰ Paul. D. 41, 6, 1 pr.; Ulp. D. 41, 9, 1, 3.

je bilo volilo veljavno napravljeno.¹⁵¹ Po drugi strani se pri priposestovanju stvari, ki je bila izročena z namenom izpolnitve obveznosti (*pro soluto*), torej izpolnitve stipulacijske obljube, damnacijskega volila, plačila kupnine ali vračila posojil, ne zahteva obstoj veljavnega zavezovalnega pravnega posla.¹⁵²

Kljub temu se pojavijo težnje posameznih juristov, zlasti Julijana, ki omogočajo priposestovanje tudi na podlagi zgolj domnevnega naslova. Če je denimo kupec utemeljeno domneval, da je bil prodajalec duševno zdrav ali pa da kupuje od doraslega, so izjemoma dopustili priposestovanje stvari, čeprav prodajna pogodba zaradi poslovne nesposobnosti izročitelja ni bila veljavna.¹⁵³ Po Afrikanovem pričevanju je tudi njegov učitelj Julijan dopustil priposestovanje na podlagi putativnega naslova:

Afr. D. 41, 4, 11: *Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.*

Afr. D. 41, 4, 11: »Kar splošno velja, da tisti, ki meni, da je kupil in [v resnici] ni kupil, ne more priposestovati kot kupec, je, kot pravi [Julijan], res takrat, kadar nima kupec nobenega upravičenega razloga za to zmoto. Če ga je namreč suženj ali vesoljni oskrbnik, ki mu je naročil, da naj stvar kupi, prepričal, da jo je kupil in mu [jo] tako izroči, je bolj prav, da sledi priposestovanje.«¹⁵⁴

¹⁵¹ Ulp. D. 41, 8, 1 pr.: *Legatorum nomine is videtur possidere cui legatum est: pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit.* (»Na temelju volila se zdi, da poseduje tisti, komur je veljavno voljeno; posest in priposestovanje *pro legato* pripadata le tistemu, komur je bilo voljeno.«)

¹⁵² Kaser, 1971, 421. Glej Paul. D. 41, 3, 48 pr.: *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse.* (»Če menim, da ti nekaj dolgujem in ti to izročim, takoj sledi priposestovanje, če tudi ti misliš, da ti je dolgovano.«) Hermog. 41, 3, 46 pr.: *Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest.* (»*Pro soluto* priposestvuje tisti, ki sprejme dolgovano stvar; in ne le tisto, kar je dolgovano, temveč tudi katerokoli drugo stvar sme priposestovati po tem naslovu.«)

¹⁵³ Ulp. D. 6, 2, 7, 2: *[E]um, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere [...]* (= Paul. D. 41, 3, 13, 1) (»[T]isti, ki je nevede kupil od umobolnega, sme priposestovati [...]«); Gai. D. 6, 2, 13, 2: *Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.* (»Kdor je kupil od nedoraslega, mora dokazati, da je kupil z varuhovo avtorizacijo in da zakon tega ne prepoveduje. Toda, če je prevaran kupil od lažnega varuha, se zdi, da je kupil v dobri veri.«) Ner. D. 41, 10, 5: *[P]robabilis error possidentis usucapioni non obstat, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.* (»[P]riposestovanja ne ovira opravičljiva posestnikova zmota, če na primer nekaj posedujem zato, ker zmotno menim, da je to kupil moj suženj ali suženj tistega, na katerega mesto sem stopil na temelju dednega prava, ker je opravičljiva zmota, ki izvira iz nepoznavanja tujih dejstev.«) Prevod po Kranjc, 2013, str. 62, primer 156.

¹⁵⁴ Prevod po Kranjc, 2013, str. 62, primer 159.

Julijan je torej menil, da lahko že gospodarjevo utemeljeno prepričanje o tem, da je njegov suženj ali oskrbnik stvar, ki se nahaja v gospodarjevi (posredni ali neposredni) posesti, veljavno kupil, omogoča priposestevanje stvari, ki dejansko ni bila kupljena. Razvidno je, da se je Julijan k abstrahiranju pravne podlage nagnil tudi pri priposestevanju in ne zgolj pri tradiciji.¹⁵⁵ Če Julijanovo stališče tudi tokrat primerjamo z Ulpijanovim, ugotovimo, da je bil Ulpijan zelo skeptičen tudi do putativnega naslova. Sklicevanje na priposestevanje *pro legato* dopušča zgolj volilojemniku, ki mu je bila stvar veljavno voljena.¹⁵⁶ Stvari, ki je bila možu dana za doto, če do veljavne sklenitve zakonske zveze ni prišlo, ta ne more priposestevovati.¹⁵⁷ Tudi priposestevanje na podlagi neveljavne prodajne pogodbe v smislu zbirnega naslova *pro suo* Ulpijan v celoti zavrne.¹⁵⁸

Iz navedenih mest, ki obravnavajo putativni naslov priposestevanja, je očitno, da sta imela Julijan in Ulpijan tudi glede tega vprašanja – enako kot pri vprašanju dojemanja narave pravne podlage izročitve – različne poglede. Ker jima nekonsistentnosti ne moremo očitati, menim, da so poskusi interpretacije Julijanovega odlomka D. 41, 1, 36 v kavzalnem duhu dandanes povsem nesprejemljivi.

3.3. Ulpijanov odziv: *Iulianus scribit donationem non esse ...*

3.3.1. Trk »načelne« in »institucionalne« misli?

Ulpijan v D. 12, 1, 18 trdi, da je Julijan v drugem primeru zavrnil nastanek veljavnega darila.¹⁵⁹ Vendar tudi misel, da bi bil posojilni namen kot nekaj manjšega vsebovan v darilnem namenu, jurista ni prepričala. Ulpijan namreč zahteva popolno soglasje obeh strank o temelju izročitve.¹⁶⁰ S to argumentacijo se pokaže kot predstavnik »šolske« juri-sprudence, torej miselnosti, ki stavi na dogmatizem. Julijanova drznost pri potrditvi pre-

¹⁵⁵ O tem Mayer-Maly, 1962, str. 33. Glej tudi Schulz, 1951, str. 358.

¹⁵⁶ Ulp. D. 41, 8, 1 se zoperstavlja Hermog. D. 41, 8, 9, ki dopušča priposestevanje *pro legato*, čeprav je bilo volilo neveljavno.

¹⁵⁷ Ulp. 41, 9, 1, 4.

¹⁵⁸ Ulp. D. 41, 3, 27. S tem se zoperstavlja Julijanovemu mnenju v D. 41, 4, 11.

¹⁵⁹ Ulp. D. 39, 5, 19, 2: *Non potest liberalitas nolenti adquiri.* (»To, kar je dano iz radodarnosti, tistemu, ki tega noče, ni treba pridobiti.«) Paul. D. 50, 17, 69: *Invito beneficium non datur.* (»Proti volji se usluga ne daje.«)

¹⁶⁰ Iav. D. 44, 7, 55: *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest.* (»Pri vseh stvareh (pravnih poslih), s katerimi se prenaša lastnina, se po civilnem pravu zahteva obojestranska volja strank: čeprav je obstajala prodajna ali najemna ali katerakoli druga pravna podlaga, brez soglasja volj obeh strank namreč tisto, kar je bilo začeto, ne more pridobiti pravnega učinka.«) O pomenu Javolenovega odlomka, ki sovpada z Ulpijanovo zahtevo po soglasju strank o namenu tradicije, glej Empell, 2020, str. 181 ss.

hoda lastnine v drugem primeru D. 41, 1, 36 se mu upira. Behrends meni, da je visoke klasike zaznamovala misel grške filozofije. Sabinijanci, med katere uvrščajo tudi Julijana, naj bi bili privrženci stoe, prokulijanci pa skeptične Akademije. Prvi naj bi bili zavezani liberalni, drzni, domiselni, vendar tudi težje obvladljivi »načelni misli« (»prinzipielles Denken«), druge naj bi zaznamovala nekoliko bolj toga šolsko-shematična »institucijska« misel (»Institutionelles Denken«).¹⁶¹ Ulpijana, ki se odpoveduje nadaljevanju problemske razprave med starimi korifejami in se običajno omejuje na razgrnitev kazuističnega pravnega izročila, bi lahko zaradi didaktično zasnovanih miselnih shem prištevali k drugi skupini.¹⁶² Empell k temu doda, da sta Julijan in Ulpijan izhajala iz drugačnih pogledov na odnos med pravom in moralo. Julijan se ogradi od pravno predvidljivega zanikanja prehoda lastnine v drugem primeru, s čimer pokaže, da mu gre bolj kot za sledenje kazalno zasnovanemu nauku za spodbujanje zunajpravne vrednote prijateljstva (*amicitia*).¹⁶³ Ta se kaže v tem, da je treba včasih zaradi ohranjanja dobrih socialnih odnosov kaj sprejeti (in pravno gledano na tem pridobiti lastnino) tudi proti svoji volji:

Seneca, De benef. 2, 18, 6: »*Non semper*« *inquit*, »*mihi licet dicere: nolo*«; *aliquando beneficium accipiendum est et invito*.

Seneca, De benef. 2, 18, 6: »'Ne vedno' pravi, 'smem reči: Nočem.' Včasih je treba uslugu sprejeti tudi proti svoji volji.«

3.3.2. *Consumptio nummorum*

Iz Julijanovega odlomka ni razvidno, ali je prenos lastnine utemeljeval na veljavni tradiciji ali na pridobiteljevi dobroverni porabi denarnega zneska (*consumptio nummorum*) kot načinu izvirne pridobitve lastninske pravice.¹⁶⁴ O porabi denarja govorimo, ko dobroverni posestnik novce v denarnem prometu porabi tako, da teh ni mogoče več zasledovati, ker jih ni mogoče individualizirati.¹⁶⁵ Najkasneje s porabo (*consumptio nummorum*) oziroma z zmešanjem tujega denarja (*commixtio nummorum*) s pridobiteljevim lastniku ugasne reivindikacija denarnega zneska (*vindicatio nummorum*):

Iav. D. 46, 3, 78: *Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris gatii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret*.

¹⁶¹ Behrends, 1978, str. 190 in 193.

¹⁶² Wieacker, 2006, 131: »Ulpian kam es nicht auf die Fortsetzung der Problemdiskussion an, sondern auf die vollständige Darlegung der Tradition [...] Kreativen Kombinationen oder Aperçus eines Labeo, Celsus, Julian oder noch Papinian ließ dieser Aufgabe nicht mehr viel Raum [...]«

¹⁶³ Empell, 2020, str. 253: »Bewertung [Ulpian] ist frei von moralischen, auf die *amicitia* bezogenen Prinzipien, sondern rein rechtlicher Natur. Insofern trennt Ulpian zwischen Recht und Moral.«

¹⁶⁴ O *consumptio nummorum* kot obliki izvirne pridobitve lastninske pravice glej Gamauf, 2001; Kaser, 1961, 193 ss.

¹⁶⁵ Empell, 2020, str. 91, op. 83 z navedbo lit.

Iav. D. 46, 3, 78: »Če je bilo brez vednosti ali proti volji lastnika plačano s tujimi novci, ostanejo le-ti last tistega, čigar so bili. Če so se pomešali, tako da jih ni mogoče razločiti, potem postanejo, kot je bilo zapisano v knjigah Gaja (Kasija), last tistega, ki jih je sprejel, tako da bo pripadla lastniku zoper tistega, ki jih je dal, tožba iz naslova tatvine.«¹⁶⁶

Kaser sicer ugotavlja, da so rimski juristi pomešanje novcev tiho predpostavljali predvsem pri vsakodnevnih poslih.¹⁶⁷ Pri izplačilih večjih zneskov so novce hranili v posebnih vrečah (*sacculus*) prav zato, da bi se izognili posledicam lastninskega prenosa na izvirni način. Ker Julijan porabe ali mešanja denarja ni izrecno omenil, obenem pa tudi ne vemo, za kakšen znesek je šlo, je najbrž dopustno šteti, da je imel v mislih učinke veljavne tradicije in ne učinke izvirne pridobitve lastnine. Ulpijan v svojem odlomku pojasnjuje, da bi do prehoda lastnine na novcih in s tem do pretvorbe vindikacije v kondikcijo prišlo tedaj, ko bi pridobitelj novce porabil (*si eos* [sc. *nummos*] *consumpserit*). Nekdanji lastnik je zato smel neupravičeni premoženjski prenos kot posledico izvirne pridobitve lastnine sanirati z obogatitveno tožbo.¹⁶⁸

Gai. 2, 79: [E]*xtinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et qui-busdam aliis possessoribus possunt.*

Gai. 2, 79: »[S]tvari, ki ne obstajajo več, četudi jih ni mogoče vindicirati, jih je mogoče kondicirati od tatov in od nekaterih drugih posestnikov.«

3.3.3. *Dissensum Ulpiani et Juliani mere subtilem esse!*¹⁶⁹

Ulpijan v D. 12, 1, 18 naposled ugotovi, da so bile vse dileme glede iskanja ustreznega pravnega sredstva – vindikacije ali kondikcije – pravzaprav odveč. Vprašanje, ali je lastninska pravica po kavzalni interpretaciji prešla šele ob porabi izročnega denarnega zneska ali že ob prepustitvi v posest pridobitelja, sploh ni bistveno. Ulpijanu se zdi pomembnejše, da je izročitelj sprva ravnal z darilnim namenom. Če bi si kasneje premislil in (bodisi z reivindikacijo bodisi s kondikcijo) zahteval vračilo tega zneska, bi ravnal določno. Vestnost in poštenje vevata, da ni nikomur dovoljeno, da pride v nasprotje s svojim prvotnim dejanjem (*Venire contra factum proprium nulli conceditur*).¹⁷⁰ Ulpijan

¹⁶⁶ Prevod po Kranjc, 2013, str. 76, primer 193. O odlomku glej Gamauf, 2001, str. 149.

¹⁶⁷ Kaser, 1961, str. 191.

¹⁶⁸ Povračilni zahtevek, ki ni posledica neutemeljene izpolnitve obveznosti, imenuje sodobna teorija verzija. O tem Cigoj, 2003, 267 ss.

¹⁶⁹ »Nesoglasje med Ulpijanom in Julijanom je zgolj dlakocepstvo!« Schulting, 1820, str. 20, op. 3.

¹⁷⁰ To načelo je v delu *Brocardica* izpeljal glosator Azo. Wieling, 1987, str. 97. Naslonil se je na Ulp. D. 44, 4, 2, 4: *Dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest* (»Da ravna določno tisti, ki vtožuje nekaj, o čemer je bil sklenjen [drugačen] dogovor, ni mogoče zanikati.«), in Iust. C. 2, 3, 29 pr.: *[N]emini licere adversus pacta sua veniret contrahentes decipere* (»Nikomur ni dovoljeno, da pride v navzkrižje s svojim dogovorom in tako prevara pogodbenike«). Glej tudi Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 372.

zato pridobitelju, ki bi ga prizadela izročiteljeva zloraba procesne pravice, prizna *exceptio doli praesentis (generalis)*.¹⁷¹ Ta »metla vseh hudobij«, kot jo je hudomušno imenoval Cicero,¹⁷² je tudi tokrat po procesni poti elegantno razrešila problem antinomije in jo hkrati degradirala na raven dogmatične subtilnosti.

Ugovora *exceptio doli* Ulpijan ne prizna prejemniku v svojem drugem (*depositum – mutuum*) in tretjem primeru (*mutuum – commodatum*). V obeh primerih gre namreč za zgolj didaktično nizanje primerov očitno nezadostnih izročitvenih kavz. Če izročitelj denarni znesek prepusti v hrambo, pridobitelj pa bi znesek v zmoti porabil kot da je posojen, ostaja izročitelju na voljo kondikcija. V tem primeru ne bi šlo za *condictio ex causa furtiva*, saj porabnikova zmoti, če je opravičljiva, izključuje tatinski namen.¹⁷³ Nasprotno bi veljalo v tretjem primeru, kjer prejemnik denarni znesek vede sprejema zgolj na posodo, nato pa ga brez dovoljenja lastnika porabi.

4. Sklep

Antinomija ni navidezna. Julijan in Ulpijan sta imela na vprašanje narave kavze tradicije različne poglede. Tako kot Ulpijanovega stališča ni dopustno interpretirati abstraktno, tudi Julijanovega stališča ni dopustno interpretirati kavzalno. Poskusi prikrajanja običajnega pomena ustaljenih fraz rimskih pravnih virov za legitimacijo pravnodogmatičnih novosti so v romanistiki preživeti. Spadajo v čase pandektistike, torej obdobja, ko je rimsko pravo veljalo kot subsidiarno pozitivno pravo, ki ga je bilo treba harmonizirati za vsako ceno. Danes je stališča rimskih juristov ustrezneje presojati ob upoštevanju njihovega individualizma in v kontekstu celotnega opusa. Antično rimsko pravo ni bil monoliten sistem, temveč kazusitični *ius controversum*, ki so ga izoblikovali juristi s sebi lastnimi filozofskimi in pravnopolitičnimi pogledi.¹⁷⁴

Julijanov odlomek razumem kot enega v celi vrsti primerov, kjer si je ta jurist privoščil odstop od tedaj prevladujoče pravne doktrine. Spomnimo se le treh znamenitih primerov. Po prevladujočem stališču pred evikcijo pravnih napak ni bilo mogoče uveljavljati, saj je bil prodajalec kupcu dolžan zagotoviti le mirno posest, uporabo in uživanje prodanega blaga,¹⁷⁵ Julijan si iz splošnega načela dobre vere in poštenja, ki izključuje

¹⁷¹ Gai 4, 119: [S]i in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum [...] fiat. (»[Č]v tej zadevi [...] ne počenja ničesar s hudobnim naklepom«).

¹⁷² Cic. De nat. deor. 3, 74: [E]verriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo [...] (»[T]ožba glede zvijačne prevare je metla vseh hudobij [...]«)

¹⁷³ Gai. 3, 197: [F]urtum sine dolo malo non committitur. (»Ni tatvine brez [tatinskega] naklepa.«) Glej tudi Gai. D. 41, 3, 37.

¹⁷⁴ Vsekakor niso bili *personae fungibiles*, torej vzajemno nadomestljive osebe, kot jih je zaradi jezikovne, slogovne in vsebinske ubranosti označil Savigny, 1814, str. 157.

¹⁷⁵ Diocl. C. 8, 44, 27.

zvičajno prevaro ni okleval izpeljati pravnega sredstva za varstvo prevaranega kupca še pred evikcijo, če je le prodajalec vedoma prodal tujo stvar (Afr. D. 19, 1, 30, 1). Julijan je kupcu, ki mu je zaradi stvarne napake (bolezni kupljene živine) nastala posledična škoda (okužba kupčeve živine), priznal zahtevek na povrnitev tudi posledične škode, če je le prodajalec vedel, da je bila živina obolela in torej lahkomišelnost sprejel možnost, da bo kupcu nastala škoda tudi na drugih njegovih dobrinah (Ulp. D. 19, 1, 13 pr.). Za kontekstualizacijo Julijanove odločitve v D. 41, 1, 36 ima bistven pomen tudi juristovo široko priznavanje putativnega naslova pri priposestevanju *pro emptore* (Afr. D. 41, 4, 11).¹⁷⁶

Julijan je torej večkrat pokazal, da je pri svoji respozni dejavnosti dajal prednost praktičnim rešitvam, ki jih smemo oceniti kot posebej izvirne. Ulpijan se v D. 12, 1, 18 sklicuje zgolj na Julijana, kar morda pomeni, da je veliki jurist tudi to pot oral ledino. Z izbiro besed, kot so *non animadverto* (»ne vidim razloga«) ali *constat* (»velja«), se celo pokaže kot očitna avtoriteta tedanje jurisprudence. Drugih juristov kajpak ne navaja. Julijanov cilj ni bil sledenje izbrušeni in togi dogmatiki, kot se večkrat kaže pri didaktično naravnemu Ulpianu, juristu »institucionalnega« kova (Behrends), temveč iskanje najprimernejše, uporabne in najpravičnejše rešitve v konkretnem primeru.¹⁷⁷ Prav zaradi prodorne miselne samoniklosti mu je cesar Hadrijan poveril redakcijo pretorskega edikta (*Edictum perpetuum*), Justinijan pa ga je med vsemi juristi v digestnem *Index auctorum* postavil na častljivo prvo mesto.¹⁷⁸ Tudi v pozni klasiki in postklasični dobi je bil Julijan med najbolj navajanimi rimskimi klasiki, s katerim se je mogel meriti le Labeo.¹⁷⁹ Njegove rešitve in argumentacijo so poznejši juristi šteli za *ius receptum*.¹⁸⁰ Kljub temu pa Julijanove odločitve v primeru v D. 41, 1, 36 ni mogoče posploševati. Temu kazusu so občepravni juristi, ki so v njem videli kronski dokaz abstraktne zasnove rimske tradicije, pripisovali preveliko težo. Dediščina tega posploševanja je v veliki meri prav teorija abstraktne tradicije, ki še danes zaznamuje vse pore nemškega civilnega prava.¹⁸¹

¹⁷⁶ Mayer-Maly, 1962, str. 32 ss.

¹⁷⁷ Wieacker, 2006, str. 100; Bund, 1965, str. 180: »Man sieht deshalb in Julian den Typus des klassischen römischen Juristen in höchster Reinheit verkörpert.«

¹⁷⁸ Glej *Index auctorum* v: Behrends, Knütel, Kupisch in Seiler, 1995, str. 19. Odveč je poudariti, da tudi tu velja na raven splošnega toposa povzdignjen Gajev rek, da je najboljši del katerekoli stvari njen začetek (Gai. D. 1, 2, 1 pr.: [...] *cuiusque rei potissima pars principium est*).

¹⁷⁹ Wieacker, 2006, str. 99.

¹⁸⁰ Wieacker, 2006, str. 101; Kaser, 1967, str. 190.

¹⁸¹ § 929 BGB: »Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.« Abstraktno zasnovano tradicijo so po nemškem zgledu prevzeli še Grki in Estonci. Jansen in Zimmermann, 2018, tč. 4. Slovenski zakonodajalec in praksa ostajata zvesta avstrijski tradiciji. Za pravnozgodovinski in primerjalnopravni pregled razvoja pogodbenega prenosa lastninske pravice na premičninah glej Vlahek, 2010.

Literatura

- Backhaus, R. (1983) 'In maiore minus inest', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 100 (1), str. 136–184.
- Behrends, O. (1978) Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 95 (1), str. 187–231.
- Behrends, O., Knütel, R., Kupisch, B., Seiler, H. H. (1995) *Corpus Iuris Civilis II, Digesten 1–10*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Berger, A. (1953) *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Filadelfija: The American Philosophical Society.
- Beseler, G. (1913) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3. zvezek. Tübingen: Mohr.
- Betti, E. (1930) Il dogma bizantino della *φύσις της παραδόσεως* e la irrilevanza del dissenso nella causa della tradizione, v: *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento, volume primo*. Milano: Fratelli Treves, str. 305–334.
- Brandsma, F. (2008) Im Westen nichts Neues. Das Abstraktionsprinzip und das byzantinische Recht, v: *Subseciva Groningana*, VIII, Gröningen, str. 127–133.
- Bruns, C. G. (1909) *Fontes iuris Romani Antiqui, post curas Theodori Mommseni, editio-nibus quintae et sextae adhibitae, septimum edidit Otto Gradenwitz, Pars prior, Leges et negotia*. Tübingen: Mohr.
- Buhl, H. (1886) *Salvius Julianus*, Erster Teil. Heidelberg: Gustav Koester.
- Bund, E. (1965) *Untersuchungen zur Methode Julians*. Köln in Gradec: Böhlau.
- Bund, E. (1976) Salvius Iulianus, Leben und Werk, v: *Aufstieg und Niedergang der römi-schen Welt (ANRW)* 15 (2), str. 408–454.
- Cigoj, S. (2003) *Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Corpus juris civilis Iustiniani cum commentariis* (= Glossa Ordinaria) (1627), tom. I, Lyon.
- Crifò, G. (1976) Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista, v: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW)*, 15 (2), str. 708–789.
- Cujacius, J. (1758) *Commentaria, tomus sextus vel tertius operum postumorum*. Neapelj: Vincentius Pauria.
- Dernburg, H. (1857) 'Beitrag zur Lehre von der justa causa bei der Tradition', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 40 (1), str. 1–23.
- Donellus, H. (1840) *Hugonis Donelli jurisconsulti et antecessoris opera omnia: commenta-riorum de jure civili*. Tomus primus. Firenze: Ad Signum Clus.

- Eisele, H. F. F. (1885) Das Verhältnis von l. 18 pr. de reb. rec. (12, 1) zu l. 36 de acquir. rer. dom (41, 1), v: *Civilistische Kleinigkeiten*, v: Jhering, R. von (ur.): *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 23, Jena, str. 1–42.
- Empell, H. M. (2020) *In causis vero dissentiamus: Exegese eines folgenreichen Julian-Fragments (D. 41,1,36). Zugleich ein Plädoyer gegen die Lehre von der solutio als causa*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Erbe, W. (1940) *Die fiducia im römischen Recht*. Weimar: Böhlau.
- Eutropius (1561) *Historiae Romanae Breviarium cum annot.* Basel: Henricus Glareanus.
- Evans-Jones, R. in Maccormack, G. (1989) 'Iusta causa traditionis', v: *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*. Oxford: Clarendon Press, str. 99–109.
- Flume, W. (1990) *Rechtsakt und Rechtsverhältnis römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*. Paderborn: Brill.
- Flume, W. (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 4. nespremenjena izdaja. Berlin in Heidelberg: Springer-Verlag.
- Gamauf, R. (2001) *Vindicatio nummorum. Eine Untersuchung zur Rechtsweite und praktischen Durchführung des Eigentumsschutzes an Geld im klassischen römischen Recht*. Dunaj.
- Gradenwitz, O. (1929) v: Planitz, H. *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig: Meiner, str. 41–88.
- Hähnchen, S. (2004) 'Sab.-Ulp. D. 12, 5, 6 und die conditio ex iniusta causa', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 121 (1), str. 385–395.
- Hausmaninger, H. in Selb, W. (2001) *Römisches Privatrecht*, 9. izdaja. Dunaj, Köln in Weimar: Böhlau Verlag.
- Heimbach, C. G. (1840) *Basilicorum libri LX, post Annibalis Fabroti curas*. Tom II., Lib. XIII–XXIII. Leipzig: Barth.
- Heimbach, C. G. (1850) *Basilicorum libri LX, post Annibalis Fabroti curas*. Tom V., Lib. XLIX–LX. Leipzig: Barth.
- Heineccius, J. G. (1733) *De Salvio Juliano, jurisconsultorum sua aetate coryphaeo, programma inaugurale*. Halle: Grunert.
- Heumann, H. G. (1891) *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Jena: Gustav Fischer.
- Huber, U. (2007) Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, v: Heldrich, A. in drugi: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. I. München: C. H. Beck, str. 471–512.

- Hupka, J. (1932) 'Der dissensus in causa und die moderne Textkritik'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 52 (1), str. 1–30.
- Kalb, W. (1890) *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt*. Leipzig: Teubner.
- Kaser, M. (1961) 'Das Geld im römischen Sachenrecht'. *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis*, 29 (2), str. 169–229.
- Kaser, M. (1961) 'Zur »iusta causa traditionis«', v: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano „Vittorio Scialoja“*, Terza serie – Vol. III, *Del'intera collezione Vol. LXIV*. Milano: Giuffrè, str. 61–97.
- Kaser, M. (1967) *Römische Rechtsgeschichte*. Vandhoeck & Ruprecht.
- Kaser, M. (1971) *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. izdaja. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1972) *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*. Dunaj, Köln in Gradec: Böhlau.
- Kaser, M. (1975) *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. izdaja. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. in Hackl, K. (1996) *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. izdaja. München: C. H. Beck.
- Kaser, M., Knütel, R. in Lohsse, S. (2021) *Römisches Privatrecht*, 22. izdaja. München: C. H. Beck.
- Knies, C. (1876) *Der Credit*, Erste Hälfte. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung.
- Korošec, V. (2005) *Rimsko pravo*, 2. izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Koschaker, P. (1953) *Europa und das römische Recht*. München in Berlin: C. H. Beck Verlag.
- Krampe, C. (2013) 'In corpus consentimus, in causis dissentimus', v: Sturm, F. (ur.): *Liber Amicorum Guido Tsuno*. Frankfurt na Majni: Vico Verlag, str. 185–192.
- Krampe, C. (2014) 'Julian im Dialog über mutuum, traditio und causa', v: *Fundamina* 20 (1), str. 48–499.
- Kranjc, J. (2013) *Primeri iz rimskega prava, tretja, nova izdaja*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Kranjc, J. (2020) *Rimsko pravo*, 4. pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Krueger, P. in Mommsen Th. (rec.) (1889) *Institutiones*, Vol. primum, Editio Stereotypa Quinta. Berlin: Apud Weidmannos.
- Krüger, P. (1888) *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. Leipzig: Duncker & Humblot.

- Kunkel, W. (2001) *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*, 2. izdaja. Köln, Weimar in Dunaj: Böhlau.
- Laborenz, M. (2014) *Solutio als causa, Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht*. Dunaj, Köln in Weimar: Böhlau.
- Lenel, O. (1889) *Palingenesia iuris civilis iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctoris et libros*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz.
- Levy, E. (1956) *Weströmisches Vulgarrecht*. Weimar: Böhlau.
- Lutman, K. (2020) *Neupravičena obogatitev*. Ljubljana: GV Založba.
- Mayer-Maly, T. (1962) *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*. Gradec in Köln: Böhlau.
- Meissel, F.-S. (2008) 'Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages', v: Falk, U., Luminati, M. in Schmoeckel, M. (ur.): *Fälle aus der Rechtsgeschichte*. München: C. H. Beck.
- Mommsen, T. (recog.) (1870): *Digesta Iustiniani Augusti*, Vol. I in II. Berlin: Apud Weidmannos.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (1888), Sachenrecht, Bd. III. Berlin in Leipzig: Guttentag.
- Oven, J. C. van (1952) 'Die Antinomie D. 41.1.36 – 12.1.18 pr.', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 20, str. 441–455.
- Pflüger, H. (1923) 'Zwei Digestenstellen', v: *Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann: zum 50-jährigen Doktorjubiläum*. München: Duncker & Humblot, str. 43–48.
- Rabel, E. (1915) 'Grundzüge des römischen Privatrechts', v: Holtzendorff, F. in Kohler, J. (ur.): *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Erster Band*. München in Leipzig: Duncker & Humblot, str. 399–541.
- Reitz, W. O. (1836) *Θεοφιλος Αντικληνσωρ Τα Ινστιτούτα εκ της εκδόσεως του Ρεϊτζίου με αναλυτικό πίνακα των περιεχομένων υπό Γ. Α. Ρ. Atene: Ralle.*
- Ribbeck, O. (1873) *Commicorum Romanorum praeter Plautum et Terentium Fragmenta, Secvndis curis*. Leipzig: Teubner.
- Sampson, J. (2020) 'Explaining D. 41, 1, 36', v: Spagnolo, B. in Sampson, J. (ur.): *Principle and Pragmatism in Roman Law*. Oxford: Hart.
- Savigny, F. C. von (1814) *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer.
- Savigny, F. C. von (1840) *System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 3*. Berlin: Bei Veit und Comp.
- Savigny, F. C. von (1853) *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Bei Veit und Comp.

- Schanbacher, D. (1992) 'Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch Traditio und beim Leistungsversprechen durch Stipulatio', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 60 (1–2), str. 1–27.
- Schermaier, M. J. (1998) 'Auslegung und Konsensbestimmung', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 115 (1), str. 235–288.
- Schermaier, M. J. (2018) Recenzija k »Laborenz, Martin, Solutio als causa. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht«, v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 135 (1), str. 786–800.
- Schulting, A. (1820) *Notae ad Digesta seu Pandecta*, Tom. III. Lyon.
- Schulz, F. (1917) 'Die Lehre vom Concursus Causarum im klassischen und justinianischen Recht', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 38 (1), str. 114–209.
- Schulz, F. (1932) Recenzija k: Lange, H.: »Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition.« Leipzig 1930, v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 52, str. 535–549.
- Schulz, F. (1946) *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press.
- Schulz, F. (1951) *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Scott, W. (1893) *Guy Mannering or the Astrologer*, Vol. I. Boston: Estetes and Lauriat.
- Seneca, L. A. (1884) *De beneficii libri VII, L. Annaei Senecae opera quae supersunt* (recog. Fridericus Haase). Leipzig: Teubner.
- Strohal, E. A. (1889) 'Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich', v: Jhering, R. von (ur.): *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 27, Jena, str. 335–462.
- Sturm, F. (1993) 'Die Digestenexegese', v: Schlosser, H., Sturm, F. in Weber, H.: *Die rechtsgeschichtliche Exegese*. 2. izdaja, München: C. H. Beck, str. 1–74.
- Tacitus, C. (1872) *Annals of Tacitus, Bibliotheca classica*, ur. George Long. London: Whittaker.
- Verboven, K. (2002) *The Economy of Friends. Economic Aspects of amicitia and Patronage in the Late Republic*, Collection Latomus 269. Bruselj: Latomus.
- Vlahek, A. (2010) *Pogodbeni prenos lastninske pravice na premičninah v evropskem pravnem prostoru*. Ljubljana: GV Založba.
- Wesel, U. (1989) *Die Hausarbeit in der Digestenexegese, Eine Einführung für Studenten und Doktoranden*, 3. izdaja. München: Ewald von Kleist.
- Wieacker, F. (2006) *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Abschnitt, Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*. München: C. H. Beck.

- Wieling, H. (1987) Recenzija k »Dette, H. W.: Venire contra factum proprium nulli conceditur« (Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 115), v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 187 (1), str. 95–102.
- Windscheid, B. (1875) *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band*, 4. izdaja. Düsseldorf: Julius Buddeus.
- Wolf, J. G. (1961) *Error im römischen Vertragsrecht*. Köln in Gradec: Böhlau.
- Zimmermann, R. (1992) *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town, Wetton in Johannesburg: Juta and Co., Ltd.
- Zimmermann, R. in Jansen, N. (ur.) (2018) *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford: Oxford University Press.