



Pravna fakulteta  
Univerza v Ljubljani

ZBORNIK  
ZNANSTVENIH  
RAZPRAV

*Ljubljana Law Review*

2022

LETNIK LXXXII

*Vid Žepić\**

## Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu

Γῶθι σεαυτόν  
Μηδέεν άγαν.  
Ἐγγύα πάρα δ'ἄτα.<sup>1</sup>

### 1. Uvod

Uravnotežena pravna ureditev zavarovanja terjatve je bistven dejavnik učinkovitosti slehernega kreditnega sistema.<sup>2</sup> Da je domišljena zasnova zastavne pravice<sup>3</sup> narekovala krhko ravnovesje med pravicami in obveznostmi zastavitelja (dolžnika)<sup>4</sup> in zastavnega upnika, je Justinijan poudaril že v svojih Institucijah:

\* *Vid Žepić, magister prava, asistent na Katedri za pravno zgodovino Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; vid.zepic@pf.uni-lj.si. Za nasvete pri pripravi razprave se prijazno zahvaljujem prof. dr. Marku Kambiču in akad. zasl. prof. dr. dr. h.c. mult. Janezu Kranjcu.*

<sup>1</sup> »Spoznaj samega sebe. Ničesar preveč. Zastava vodi v pogubo.« Napis, ki je visel na stebru delfskega preročišča in ki naj bi bil po izročilu duhovna stvaritev sedmih modrecev, omenja Diodor, *Bibliotheca historica* 9, 10. Pri tem je treba opozoriti, da je grška beseda ἔγγυα (ἐγγύ-η) večpomenska in da lahko v pravnem smislu označuje tako poroštvo kot tudi zastavno pravico. Liddell in Scott, 1996, 486, jo prevajata kot »a pledge put into one's hand« kot tudi »a surety, security, whether received or given«.

<sup>2</sup> Wolf, 2007, str. 294, r. št. 661.

<sup>3</sup> Kjer ni posebej opredeljeno drugače, se izvajanja nanašajo tako na ročno zastavo (tako imenovani *pignus datum*) kot tudi na hipotečno (»pogodbeno«) zastavno pravico (tako imenovani *pignus obligatum*), ki pa ju rimski juristi niso dosledno razlikovali. Marcijan je ugotavljal, da je bila razlika med ročno zastavo (*pignus*) in hipoteko zgolj v imenu – Marcian. D. 20, 1, 5, 1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Kaser (1982, str. 128) glede tega govori kar o »enotnosti rimskega pojma zastave« (»Einheit des römischen Pfandbegriffs«). Velja opozoriti, da je beseda *pignus* večpomenska, saj označuje tako ročno zastavno pravico kot tudi zastavno pogodbo, ki je realni kontrakt.

<sup>4</sup> Zastavitelj je zgolj »stvarni dolžnik«, če svojo stvar zastavi za zavarovanje tuje terjatve, lahko pa je hkrati tudi »osebni dolžnik«. Zastavni upnik in dolžnik torej nista bili vedno isti osebi (glej na pri-

Inst. 3, 14, 4: [*P*]ignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, [...].

Inst. 3, 14, 4: »[S]tvar se daje v zastavo v korist obeh, in dolžnika, da mu je denar laže posojen, in zastavnega upnika, da je njegovo posojilo varnejše, [...].«<sup>5</sup>

Kaser je v študiji o rimski zastavni pravici prišel do sklepa, da bi le stežka govorili o interesnem ravnotežju med pravicami in obveznostmi strank pri rimski zastavni pravici. Kot temeljni pečat rimske zastavne pravice izpostavlja privilegirano obravnavo zastavnega upnika kot socialno in gospodarsko močnejše stranke.<sup>6</sup>

Ugodnejši pravni položaj zastavnega upnika je sicer vsaj do neke mere logičen. Ker je primarna kavza zastavne pogodbe zagotavljanje upnikove varnosti, sleherni pravni red spodbuja dolžnika k popolni in pravočasni izpolnitvi obveznosti.<sup>7</sup> Pritrdimo lahko tudi stališču, da je bil finančni, socialni in gospodarski položaj zastavnega upnika kot posojilodajalca praviloma trdnejši od zastaviteljevega položaja.<sup>8</sup> Kot izkušenejša in pogajalsko spretnjša stranka je upnik neredko diktiral določila zastavne pogodbe.<sup>9</sup>

Po nekaterih stališčih naj bi bilo mogoče zapostavljanje zastaviteljevih interesov vse do 2. stoletja po Kr. pripisovati rimskim klientelnim odnosom, v katerih se je prevzemanje poročstva in ne zastavljanje štel za izkazovanje iskrenega prijateljstva (*amicitia*).<sup>10</sup> To je kajpak igralo pomembno vlogo predvsem v socialno prepredeni mreži rimske elite.<sup>11</sup> Liebs je zato sklepal, da je bila zastavna pravica običajna oblika zavarovanja predvsem v redkeje poseljenih provincah, kar utemeljuje zlasti z nizko stopnjo socialne kohezije tamkajšnjega prebivalstva.<sup>12</sup> Znamenita Pomponijeva trditev, da naj bi stvarno zavaro-

mer Marcian. D. 20, 1, 5, 2). Kot ugotavlja Hofstetter (1999, str. 225), je institut zastavne pravice posebej primeren za proučevanje interesnega konflikta med upnikom in dolžnikom, saj zastavitelj pogosto nastopa le v vlogi (stvarnega) dolžnika, ne pa – kot smo vajeni pri sinalagmatskih obveznostih – v upniški in dolžniški vlogi hkrati.

<sup>5</sup> Prevod po Kranjc, 2012, str. 337.

<sup>6</sup> Kaser, 1982, str. 215: »Unsere pfandrechtlichen Studien haben ein Wesensmerkmal der römischen Pfandordnung sichtbar gemacht, den Gläubigervorzug.«

<sup>7</sup> Cigoj, 1976, str. 1012.

<sup>8</sup> Knies, 1876, str. 208 in 119. Ekonomsko analizo rimske zastavne pravice glej pri Verhagen, 2020, str. 113–156; Willems, 2017, str. 184; Pellicchi, 2016, str. 491–547; Terpstra, 2008, str. 358; za pravno-ekonomsko analizo kreditnih razmerij in vpliva državnega intervencionizma nanje glej Schmolke, 2014, str. 779–910.

<sup>9</sup> Wacke, 1998, str. 176; Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 195; Kaser, 1982, str. 215–218; Bürge, 1980, str. 145.

<sup>10</sup> Kaser, Knütel in, Lohsse, 2021, str. 228; Verhagen, 2020, str. 113 in 119; Kaser, 1971, str. 457.

<sup>11</sup> Baldus, 2010, str. 14; Zimmermann, 1992, str. 115; Crook, 1967, str. 243; Schulz, 1951, str. 402.

<sup>12</sup> Liebs, 1976, str. 329.

vaje zagotavljalo več jamstva od osebnega,<sup>13</sup> bržčas ni veljala za vse sloje rimske družbe v povsem enaki meri.<sup>14</sup> Vse dokler je imela *fides*, zvestoba dani besedi, osrednje mesto v rimski družbi, naj bi poroštvo ostalo primarna oblika zavarovanja terjatve.

Gouron in Champeaux sta na zapostavljenost zastavne pravice v rimski gospodarski praksi sklepala po obsegu ohranjene pravne literature.<sup>15</sup> Jurist Julijan je v svojih Digestah, enem najprezentativnejših klasičnih del, obravnaval poroštvo v štirih knjigah, zastavni pravici pa je namenil le peščico odstavkov v dveh knjigah.<sup>16</sup> Če upoštevamo, da so rimski juristi pisali predvsem za premožnejše stranke, tj. za sloj, ki so mu večinoma pripadali tudi sami,<sup>17</sup> nas ne sme tako zelo presenečati, da je pravniška obravnava zastavne pravice zaostajala tako za obravnavo poroštva kot zlasti fiducije (*fiducia cum creditore contracta*).<sup>18</sup> Predmet zastavne pravice so bile navadno gospodarsko manj pomembne stvari *res nec Mancipi*, predmet fiducije pa zaradi mancipacijske obličnosti, na katere se je fiducija navezovala, *res Mancipi*.

Namen prvega razdelka razprave je kritično ovrednotiti tiste vidike rimske zastavne pravice, s katerimi je zlasti Kaser dokazoval, da je bilo privilegiranje upnika (*favor creditoris*) vodilna težnja rimske zastavne pravice. Izpeljeval jo je iz hipoteze o izvorno »zapadlostni« zasnovi zastavne pravice, daljnosežnih pravic zastavnega upnika v devastacijskem položaju ter iz instituta tihe zastavne pravice. Poudarjal je tudi, da je bila prodaja predvsem pravica (in ne obveznost) zastavnega upnika. Tezo o privilegiranem položaju zastavnega upnika naj bi podpirali tudi načelo nedeljivosti zastavne pravice, pravilo glede unovčenja zastavne pravice pri zastavitvi več stvari hkrati, izostala odgovornost zastavnega upnika za evikcijo prodane stvari ter tako imenovani *pignus Gordianum*. V drugem razdelku razprave si prizadevam dokazati, da je v razvoju rimske zastavne pravice mogoče razbrati razvojno težnjo po uravnoteženju upravičenj zastavnega upnika in zastavitelja, kar je rimska jurisprudenca dosegla najpozneje v pozni klasični dobi. Pri navedenem ravnotežju pa zlasti zaradi spremenjenih gospodarskih in družbenih okoliščin postklasične dobe ni ostalo.<sup>19</sup> Zakonodajne novosti v pozni cesarski zakonodaji, ki jih orisujem

<sup>13</sup> Pomp. D. 50, 17, 25: *Plus cautionis in re est quam in persona*. Podobno Ulp. D. 43, 18, 1, 1: [...] *quia melius est possidere potius quam in personam experiri* [...] («[...] ker je bolje posedovati kot tožiti z osebno tožbo [...]»). Primerjaj paremijo 1018. člena črnogorskega Občega premoženjskega zakonika: »Što i najslabija ruka stvarnog ima, sigurnije je, n'o što na dugu ima i najsažnija.«

<sup>14</sup> Zimmermann, 1992, str. 115: »[T]his statement by Pomponius would be a fair reflection of the modern trend in commercial life. As far as Roman law is concerned, however, the reverse was true.«

<sup>15</sup> Gouron, 1961, str. 205 ss.

<sup>16</sup> Liebs, 1976, str. 329.

<sup>17</sup> Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 195; Kaser, 1982, str. 91; Frier, 1980, str. 50; Schulz, 1951, str. 545.

<sup>18</sup> Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 195. Kritično o tem Krämer, 2007, str. 3.

<sup>19</sup> Kritično o privilegiranju dolžnika tudi v luči razvoja zastavne pravice v postklasični zakonodaji Jhering, 1992 [1872], str. 137 s.

v tretjem razdelku razprave, celo nakazujejo pravnopolitični obrat v smer olajševanja zastaviteljevega pravnega položaja.

## 2. *Favor creditoris* v klasični dobi?

### 2.1. *Devastacijski položaj*

Če dolжник v dogovorjenem roku oziroma po upnikovem opominu ni izpolnil hipotečno zavarovane terjatve, je smel upnik od zastavitelja zahtevati, da mu zastavljeno stvar prepusti v posest, da jo proda ter da se poplača z izkupičkom. Zastavni upnik je prepustitev zastavljene stvari dosegel s salvijanskim interdiktom (*interdictum Salvianum*)<sup>20</sup> oziroma s tožbo *actio Serviana*.<sup>21</sup> Le izjemoma naj bi smel zastavni upnik zahtevati prepustitev zastavljene stvari v posest še pred dospelostjo zavarovane terjatve, o čemer naj bi po pričal naslednji Ulpijanov odlomek:

D. 20, 1, 14 pr. Ulp. 73 ad ed.: *Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.*

Ulp. D. 20, 1, 14 pr. (Ulpijan v 73. knjigi k ediktu): »Postavilo se je vprašanje, če se še ni iztekel rok plačila, ali je dovoljeno tudi med tem časom zasledovati zastavljeno stvar. In menim, da je treba dovoliti zasledovanje zastavljene stvari, ker imam na tem interes in tako je odpisal Celz.«

Po Dernburgovem in Kaserjevem mnenju je Ulpijan opisoval tako imenovani devastacijski položaj, torej zniževanje vrednosti zastavljene stvari v nasprotju z vsebino in namenom uporabe zastavljene stvari.<sup>22</sup>

Ker je Ulpijanov odlomek skrajšan, ne vemo, katera okoliščina je botrovala juristovi odločitvi o utemeljenosti zahtevka za predčasno prepustitev hipotečno zastavljene stvari. Morda je najemnik, za katerega je kazalo, da bo prišel v zamudo s plačilom najemnine, z odnašanjem inventarja ogrožal najemodajalčevo tiho zastavno pravico na inventarju.<sup>23</sup> Morebiti ni poskrbel za ohranitev vrednosti zastavljene stvari. Pri tem si lahko kot zastavitelja predstavljamo lastnika gozdnega zemljišča, ki je s čezmernim izsekavanjem drevja zmanjševal vrednost zemljišča, ali lastnika trgovine, ki bi ne obnavljal zalog. Akurzij je

<sup>20</sup> *Interdictum Salvianum*, ki ga obravnava digestni naslov D. 43, 33 (*De Salviano interdicto*), je zaku-podajalcu omogočal pridobitev posesti na tiho zastavljenih plodovih in na inventarju.

<sup>21</sup> Inst. 4, 6, 7. Juristi so navedeno tožbo mestoma imenovali tudi *vindicatio pignoris* (glej na primer Paul. D. 20, 1, 28 in 29. pr.; Marcian. D. 20, 1, 16, 3) in *actio hypothecaria (in rem)* (na primer Gai D. 16, 1, 13, 1). Več o pravnih sredstvih, ki so izhajala iz zastavne pravice, glej Braukmann, 2008, str. 12 ss.

<sup>22</sup> Izraz devastacija, ki pomeni dobesedno »razdejanje« ali »opustošenje«, v prenesenem pomenu pa »poslabšanje«, prevzemam zaradi ustaljenosti termina po 174. členu Stvarnopravnega zakonika (SPZ, Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20) (»devastacija zastavljene premičnine«). Primerjaj s § 1219 BGB. Za razvoj devastacijskih pravil glej Dernburg, 1864 b, str. 298.

<sup>23</sup> Bethmann-Hollweg, 1877, str. 51.

v tej zvezi omenjal še primer zastavitelja, ki se je pripravljaj, da pobegne neznanu kam, s čimer bi se izognil sodnemu postopku, s katerim si je upnik prizadeval doseči prepustitev hipotečno zastavljene stvari.<sup>24</sup>

Po Kaserjevem stališču naj zastavitelj v primeru neutemeljene upnikove zahteve po predčasni prepustitvi zastavljene stvari v posest ne bi imel nobenega ugovora ali replike, s katerima bi se zoperstavil doloznemu upniku. Formula hipotekarne tožbe ni omenjala dneva dospelosti zavarovane terjatve.<sup>25</sup> Kaser je zato sklepal, da naj bi bil zastavitelj v primeru preuranjenih hipotekarnih tožb prepuščen goli diskrecijski presoji zastavnega upnika.<sup>26</sup> Kljub temu pa je tudi iz rimskih virov razvidno, da je smel zastavni upnik zastavljeno stvar prodati šele po dospelosti terjatve.<sup>27</sup> Ugovora zoper Kaserjevo stališče sta dva. Prvič, Ulpijanov odlomek se je, če sodimo po Lenelovi palingenezi, nanašal izključno na tiho zastavo najemnikovega oziroma zakupnikovega inventarja in ne na zastavno pravico, nastalo na drugih pravnih temeljih.<sup>28</sup> Drugič, menim, da bi se lahko zastavitelj upnikovi preuranjeni hipotekarni tožbi uspešno zoperstavil z ugovorom zvijačne prevare (*exceptio doli generalis*), saj bi taka tožba vsaj pri pogodbeno utemeljeni zastavni pravici nasprotovala brezobličnemu dogovoru o ustanovitvi hipotečne zastavne pravice (*conventio pignoris*).

Če so rimski viri o devastacijskem položaju sorazmerno skopi, so pri obrnjenem devastacijskem položaju pravzaprav neobstoječi, kar bi vnovič potrjevalo Kaserjevo tezo o asimetričnosti upravičenj med zastavnim upnikom in zastaviteljem. Po sodobnem pravu sme namreč zastavitelj zastavnega upnika, ki mu je bila stvar prepuščena v posest, prisiliti k njeni prodaji še pred dospelostjo zavarovane terjatve, če bi zaradi svojih lastnosti (pokvarljivost, bolezen) ali zaradi nenadnega poslabšanja tržnih razmer zastavljena stvar nesorazmerno izgubila vrednost.<sup>29</sup> Po rimskem pravu pa bi zastavni upnik v primeru zastaviteljeve reivindikacije, ki bi se opirala na zgoraj omenjene okoliščine, ki bi upravičevale predčasno prodajo zastavljene stvari, uspešno ugovarjal, da ima stvar v posesti na podlagi zastavne pravice (*exceptio pigneraticia*).<sup>30</sup> Morebitne zastaviteljeve *replicatio doli generalis*, ki bi se nanašala na očitke zmanjševanja vrednosti zastavljene stvari, viri ne omenjajo. Zastaviteljevo odškodninsko varstvo je bilo v poznem klasičnem pravu sicer zagotovljeno, vendar šele s tožbo *actio pigneraticia directa*, s katero je zastavitelj po pre-

<sup>24</sup> Glosa *Quia interest* k D. 20, 1, 14 pr. (Accursius, 1627, str. 1893).

<sup>25</sup> Kaser, 1982, str. 163 in 215.

<sup>26</sup> Prav tam.

<sup>27</sup> Pap. D. 20, 5, 4; Ulp. D. 5, 3, 5 pr.

<sup>28</sup> Lenel (1889, str. 850) uvršča D. 20, 1, 14 pod naslov »O izselitvi« (*De migrando*) Ulpijanovega komentarja pretorskega edikta.

<sup>29</sup> Primerjaj 160. (»Odvzem zastavljene stvari od zastavnega upnika«) in 162. člen SPZ (»Predčasna prodaja zastavljene stvari«). Primerjaj s § 1218 BGB.

<sup>30</sup> Ulp. D. 10, 3, 6, 9; Ulp. D. 20, 1, 10 pr.; Marcian. D. 20, 4, 12 pr.

nehanju zastavne pravice zahteval povračilo interesa, če je dokazal, da je zastavni upnik v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja zavlačeval s prodajo zastavljene stvari.<sup>31</sup>

Zastavna pravica je zaradi upnikove zlorabe *ipso iure* prenehala zgolj v enem primeru. To se je zgodilo, ko je upnik posestno zastavljeno sužnjo silil k prostituciji ali k drugemu nenravnemu ravnanju. Tedaj se je štelo, da zastavni upnik ni zmanjšal le tržne vrednosti sužnje, temveč je posegel tudi v zastaviteljevo dostojanstvo.<sup>32</sup> Ta groba kršitev je narekovala takojšnje prenehanje zastavne pravice:<sup>33</sup>

D. 13, 7, 24, 3 Ulp. 30 ad ed.: *In pigneraticio iudicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. plane si pro maleficiis suis coercuit vel vinxit vel optulit praefecturae vel praesidi, dicendum est pigneraticia creditorem non teneri. quare si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, ilico pignus ancillae solvitur.*

Ulp. D. 13, 7, 24, 3 (Ulpijan v 30. knjigi k ediktu): »Pri tožbi iz zastavne pogodbe se upošteva, če je (zastavni) upnik slabo ravnal z zastavljeno stvarjo ali če je poškodoval (zastavljene) sužnje. Gotovo pa je treba reči, da če je (zastavni upnik) sužnje kaznoval zaradi njihovih hudodelstev ali jih priklenil ali jih privedel pred prefekta ali provincialnega upravitelja, (zastavni) upnik s tožbo (*actio pigneraticia directa*) ni zavezan. Če pa je prostituiral sužnjo ali jo prisilil v katero drugo nenravno dejanje, sužnja takoj preneha biti zastavljena.«

## 2.2. Tiha zastavna pravica

*Pignus tacitum* oziroma *pignus legale* imenujemo zastavno pravico, ki je nastala na podlagi pravne norme, torej običajnega prava ali zakona, in ne na podlagi dogovora strank (tako imenovani *pignus conventionale*). Klasični juristi so najemodajalcu priznali tiho zastavno pravico na najemnikovem inventarju v zavarovanje plačila najemnine in povračila morebitne škode.<sup>34</sup> Najemodajalec je smel najemniku prepričati, da bi odnesel inventar iz stanovanja. Pri tem ga je nadzoroval predstojnik nočnih in požarnih čuvajev (*praefectus vigilum*).<sup>35</sup> Najemodajalčevo upravičenje, ki ga lahko štejemo za legalizirano

<sup>31</sup> Obstoj *in ius* koncipirane tožbene formule pri zastavni pogodbi, torej tožbene formule z nedoločenim zahtevkom s klavzulo *ex fide bona*, v klasični dobi zagovarjajo Braukmann, 2008, str. 71; Zimmermann, 1992, str. 223; in Kaser, 1971, str. 537.

<sup>32</sup> Tržna vrednost prostituirane sužnje je bila občutno nižja. O tem Perry, 2014, str. 31. Zastavni upnik je lastniku odgovarjal na podlagi ediktnega naslova »O spridenem sužnju« (*De servo corrupto*) – Ulp. D. 11, 3, 1, 5 in Paul. D. 11, 3, 2.

<sup>33</sup> Dernburg, 1864 b, str. 596.

<sup>34</sup> Paul. D. 2, 14, 4 pr.; Ulp. D. 20, 2, 3. Več o tem Frier, 1980, str. 105–135.

<sup>35</sup> Paul. D. 19, 2, 56 in D. 20, 2, 9.

obliko samopomoči, s katero si je zagotovil uresničevanje zastavne pravice, so v občem pravu imenovali perkluzija (*perclusio*).<sup>36</sup>

Labeo je kot prvi opisal *pignus tacitum* tudi pri zakupu kmetijskih zemljišč. Zakupodajalec je imel tiho zastavno pravico na vsem, kar je zakupnik na zemljišče pripeljal, prinesel ali dostavil (*invecta, inlata, inportata*), če je ta inventar pripomogel k gospodarski izrabi zemljišča.<sup>37</sup> V praksi so bile to kmetijske delovne naprave, sužnji in živina. Kot tiho zastavljene so šteli tudi naravne plodove zemljišča.<sup>38</sup> Zgolj začasno prinesene stvari, denimo stvari zakupnikovih gostov, se zato niso štete za zastavljene.<sup>39</sup>

Kaser je *pignus tacitum* kot olajšano obliko samopomoči štel za očiten izraz privilegiranja gospodarsko močnejše stranke, to je najemodajalca in zakupodajalca.<sup>40</sup> Kaserjevo hipotezo o šibkem položaju najemnika kot tihega zastavitelja bi relativiziralo predvsem najemnikovo obrambno sredstvo, tako imenovani interdikt o izselitvi (*interdictum de migrando*).<sup>41</sup> Najemnik, ki je izpolnil vse dospele in tudi nedospele terjatve<sup>42</sup> iz najemnega razmerja, je smel z navedenim prohibitornim interdiktom tožiti najemodajalca zaradi neupravičenega izvrševanja »zaporne pravice«. <sup>43</sup> Z njim je lahko dokazoval, da stvari, na katerih je najemodajalec odtegoval posest, niso *invecta, inlata, inportata* ali da so bile terjatve iz najemnega razmerja že v celoti poplačane. Kot je ugotavljal Frier, je nastanek interdikta *de migrando* vezan predvsem na najemna razmerja v urbanem okolju, kjer so bili najemniki tudi predstavniki višjega družbenega sloja.<sup>44</sup> Navedenega interdikta pa niso priznali zakupniku kmetijskega zemljišča.<sup>45</sup> To deloma potrjuje Kaserjevo hipotezo o šibkejšem zakupnikovem položaju.

<sup>36</sup> Sec. Paul. D. 20, 2, 9 ([...] *pensionis nomine percludamur* [...]). Nemški termin »Sperrecht«, kot običajno prevajajo *perclusio*, bi dobesedno prevajali kot »zaporna pravica«. Več o tem glej Du Plessis, 2007, str. 236; Krämer, 2007, str. 123 ss; Bürge, 1980, str. 145 s.

<sup>37</sup> Iav.–Lab. D. 20, 6, 14; Ulp. D. 20, 2, 3–4; 6 pr. O tem Dernburg, 1864 b, 332–337.

<sup>38</sup> Pomp. D. 20, 2, 7 pr.

<sup>39</sup> Pomp. D. 20, 2, 7, 1. O tem Frier, 1980, str. 109.

<sup>40</sup> Kaser, 1982, str. 89 in 215. Vprašanje ohranitve tihe zastave najemnikovega inventarja je bilo konec 19. stoletja eno najspornejših točk socialne preobrazbe civilnega prava. Nemški in avstrijski zakonodajalec sta kljub številnim pomislekom, ki jih je obširno analiziral Repgen (2001, str. 250–328), sledila rimski ureditvi (glej § 562 BGB in § 1101 ABGB). To je bil tudi eden od razlogov, zakaj je Wieacker (1974, str. 15 in 22) opisal Nemški državljanski zakonik za »poznorojenega otroka klasičnega liberalizma«.

<sup>41</sup> D. 43, 32. Rekonstrukcijo navaja Lenel, 1927, str. 490. O tem obširno Krämer, 2007, str. 122–142.

<sup>42</sup> Kaser, 1982, str. 215 in 265 – s sklicevanjem na Ulp. D. 43, 32, 1, 4.

<sup>43</sup> Ulp. D. 43, 32, 1.

<sup>44</sup> Frier, 1980, str. 105–135; Du Plessis, 2007, str. 220 s.

<sup>45</sup> Ulp. D. 43, 32, 1, 1.



### 2.3. Prodaja kot pravica zastavnega upnika

Zastavni upnik vse do pozne klasične dobe po dospelosti zavarovane terjatve ni bil zavezan prodati zastavljene stvari.<sup>46</sup> To naj bi po Kaserju odsevalo družbeno in gospodarsko nadrejenost zastavnega upnika.<sup>47</sup> Po Pomponijevem poročilu je nek jurist Atilicin<sup>48</sup> razmišljal, v katerem primeru bi smel zastavitelj izjemoma prisiliti upnika k prodaji zastavljene stvari:

D. 13, 7, 6 pr. Pomp. 35 ad Sab. *Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dedit, quia tua causa id caveatur. sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeat et hodie plus venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dedit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeat, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.*

Pomp. D. 13, 7, 6 pr. (Pomponij v 35. knjigi k Sabinu): »Čeprav je bilo dogovorjeno, da smeš zastavljeno zemljišče prodati, te kljub temu ni mogoče prisiliti, da ga prodaš, čeprav tisti, ki ti ga je dal v zastavo, ni plačevit, saj je bilo namreč to [da stvar prodaš] izgovorjeno v tvojo korist. Toda Atilicin pravi, da je mogoče v upravičenem primeru upnika prisiliti, da stvar proda: kaj pa, če je bilo dolgovano mnogo manj in bi danes lahko prodali za več, kot bi iztržili pozneje? Toda bolje je reči, da sme prodati tisti, ki je stvar zastavil, s prejetim denarjem pa se mora plačati dolgovano. To naj se zgodi tako, da naj upnik zastavljeno stvar, če je ta premična, pokaže (tj. predloži zastavitelju), še prej pa si mora upnik zagotoviti ustrezno zavarovanje v primeru oškodovanja. Prisiliti upnika, da proti svoji volji proda zastavljeno stvar, je dokaj nečloveško.«

Odlomek opisuje položaj prezadolženca, ki je kot osebni dolžnik zastavil zemljišče, zastavni upnik pa si je v zastavni pogodbi izgovoril pravico do prodaje.<sup>49</sup> Pomponij se je ob navajanju Atilicinovega primera spraševal, ali je zastaviteljev interes, da se zastavljeno stvar proda po kar najvišji možni ceni, upošteven do te mere, da sme zastavnega upnika prisiliti k prodaji v določenem časovnem oknu. S tem bi si namreč zastavitelj zagotovil najvišje možno kritje zavarovane terjatve z zastavljeno stvarjo in hkrati kar najvišji presežek kupnine. Atilicin je upnikovo obveznost prodaje dopuščal pod tremi pogoji: zastavitelj je moral biti prezadolžen; vrednost zastavljene stvari je morala znatno presežati vrednost zavarovane terjatve, v hipotetičnem primeru časovno odložene prodaje

<sup>46</sup> Wacke, 1998, str. 184.

<sup>47</sup> Kaser, 1982, str. 48 s, 72, 75 in 216; Hofstetter, 1999, str. 229.

<sup>48</sup> Atilicin je bil Prokulov sodobnik (1. stol. po Kr.), morebiti celo njegov učenec. Kunkel, 2001, str. 129.

<sup>49</sup> Krämer, 2007, str. 186 ss; Baldus, 1998, str. 656; Schulz, 1916, str. 86 ss.

pa je morala obstajati verjetnost, da bi bil izkupiček znatno nižji.<sup>50</sup> Toda Pomponij je Atilicinovo učenje zavrnil z utemeljitvijo, da bi odškodninska odgovornost zastavnega upnika, ki bi bila utemeljena na očitku, da stvari ni pravočasno prodal, »nečloveško« posegala v upnikovo avtonomijo.<sup>51</sup> Upravičenje do prodaje je bilo namreč izgovorjeno v izključno korist zastavnega upnika.<sup>52</sup> Pomponij je predlagal drugo rešitev. Zastavitelj naj v navedenem primeru pod pogojem, da zastavnemu upniku zagotovi drugo ustrezno zavarovanje (*idonea cautela*), stvar proda sam, iz izkupička pa naj poplača zastavnega upnika. Pri Pomponijevi rešitvi se kaže značilna težnja k umerjanju obojestranskih interesov udeleženih strank in ne, kakor bi izhajalo iz Kaserjevega sklepa, ciljno zapostavljanje zastaviteljevih interesov.<sup>53</sup>

#### 2.4. Nedeljivost predmeta zastavne pravice

Premoženjski interes zastavnega upnika je po Kaserjevem mnenju varovalo tudi načelo nedeljivosti predmeta zastavne pravice.<sup>54</sup> Po tem načelu je celotna zastavljena stvar jamčila za vsak še neporavnan del dolga, ki se je raztezal tako na glavnico kot obresti.<sup>55</sup> Delna izpolnitev zavarovane terjatve na zmanjšanje obsega zastavnega jamstva ni imela nobenih posledic. Če je želel zastavitelj doseči prenehanje zastavne pravice, je moral dolžnik dolgovano izpolniti v celoti:

D. 20, 1, 19 Ulp. 21 ad ed.: *Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur.*

Ulp. D. 20, 1, 19 (Ulpijan v 21. knjigi k ediktu): »Kdor prejme v zastavo več stvari, ga ni mogoče prisiliti, da osvobodi (tj. vrne) eno od njih, če ne sprejme v celoti tega, kolikor mu je dolgovano.«

Načelo *pignoris causa indivisa* je Pavel vzporejal z zasnovo pogodbene kazni. Prava pogodbena kazen je oblika upnikovega pritiska na pravočasno in pravilno izpolnitev obveznosti:<sup>56</sup>

D. 45, 1, 85, 6 Paul. 75 ad ed.: *Item si ita stipulatio facta sit: „si fundus Titianus datus non erit, centum dari“, nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.*

<sup>50</sup> Hofstetter, 1999, str. 230.

<sup>51</sup> Ob odsotnosti *in ius* koncipirane tožbe *actio pigneraticia directa* bi lahko zastavitelj odškodninsko odgovornost zastavnega upnika uveljavljal s tožbo *actio doli*. Hofstetter, 1999, str. 230.

<sup>52</sup> Verhagen, 2011, str. 25.

<sup>53</sup> Primerjaj Baldus, 1998, str. 658; in Hofstetter, 1999, str. 226–232.

<sup>54</sup> Pap. D. 21, 2, 65: [...] *propter indivisam pignoris causam*. Gord. C. 8, 27, 6. O načelu nedeljivosti zastavnega jamstva glej Wacke, 1973, str. 454–502.

<sup>55</sup> Krek, 1937, str. 301; Schulz, 1951, str. 421 s.

<sup>56</sup> Manigk, 1941, str. 1249.

Paul. D. 45, 1, 85, 6 (Pavel v 75. knjigi k ediktu): »Enako velja, če je bila stipulacija sklenjena takole: ‚Če Ticijevo zemljišče ne bo dano, ali obljubiš plačati sto?‘ Kazen sto zapade, če se izročijo vsi deli zemljišča, razen enega, kakor tudi delna izpolnitev ne koristi osvoboditvi zastavne pravice.«

Čeprav so delne izpolnitve zmanjševale obseg glavnice in posledično tudi pogodbenih in zamudnih obresti, niso v ničemer zmanjševale upnikovih upravičenj na zastavljeni stvari. S to relativizacijo je mogoče pritrđiti Kaserjevemu stališču o tem, da je bilo načelo *pignoris causa indivisa* v izključnem interesu zastavnega upnika. Da je šlo pri tem načelu za rimsko posebnost in ne za logično inherentno lastnost zastavne pravice, nakazujejo Dioklecijanove konstitucije, ki obsojajo po grških zgledih izoblikovano provincialno prakso.<sup>57</sup>

## 2.5. Zastavitev več stvari

Če je zastavitelj zastavnemu upniku zastavil več stvari hkrati, se je smel po Modestinovem stališču poplačati po svoji presoji s katerokoli zastavljeno stvarjo:<sup>58</sup>

D. 20, 5, 8 Mod. 4 reg.: *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire.*

Mod. D. 20, 5, 8 (Modestin v 4. knjigi spisa *Regulae*): »Upnikovi presoji je prepuščeno, katere od stvari, ki so mu bile zastavljene, hoče prodati, da pride do svojega poplačila.«<sup>59</sup>

Ali je bil zastavni upnik odškodninsko zavezan zastavitelju, če je izbral prav tisto stvar, za katero je vedel, da je zastavitelju posebej pri srcu? Kaj če je prodal vse zastavljene stvari hkrati, čeprav bi že prodaja ene izmed njih zadoščala za celotno poplačilo?<sup>60</sup>

Ker rimski viri glede postavljenih vprašanj molčijo, ostaja vsako izvajanje na ravni domnev. Toda če upoštevamo prevladujoče stališče, da je bila tožba *actio pigneraticia directa* v pozni klasični dobi zasnovana kot gibka tožba (*iudicium bonae fidei*), bi to pomenilo, da je moral zastavni upnik pri unovčenju upoštevati njemu znane zastaviteljeve interese, kar je moral po uradni dolžnosti pri opredelitvi odškodnine presojati tudi sodnik. Če bi mu zastavitelj ob zastavitvi več stvari povedal, da goji do ene od zastavljenih stvari posebno naklonjenost, bi utegnil zastavni upnik, če bi se lahko ob predpostavki enakega izkupička poplačal s katerokoli drugo stvarjo, odškodninsko odgovarjati zastavitelju.<sup>61</sup> Ta

<sup>57</sup> Diocl. Max. C. 8, 27, 16 pr. Taubenschlag, 1959 a, str. 137; Manigk, 1941, str. 1262; Mitteis, 1912, str. 157; Weiß, 1909, str. 23 in 51.

<sup>58</sup> Dernburg, 1864 b, str. 147.

<sup>59</sup> Prevod po Kranjc, 2013, str. 105.

<sup>60</sup> Primerjaj § 1230 BGB: »Če ni določeno drugače, sme zastavni upnik med več zastavljenimi stvarmi izbrati tiste, ki naj bodo prodane. Sme pa prodati le toliko zastavljenih stvari, kolikor jih potrebuje za svoje poplačilo.«

<sup>61</sup> Primerjaj Kaser, 1982, str. 90, op. 323.

bi zastavnemu upniku namreč očital kršitev načela vestnosti in poštenja.<sup>62</sup> Glosatorji so tako razlogovanje zagovarjali zlasti v primeru, ko bi zastavni upnik premoženjsko izravnavo dosegel že s prodajo stvari, ki je imela nižjo vrednost:<sup>63</sup>

Glosa ad Gord. C. 8, 27, 6: *Sed quid si plura erant tibi obligata, & propter modicam pecuniam distraxit rem maximam cum viliozem distrahendo poterat debitum consequi? Resp(ondeo) non videtur bona fide versari, [...].*

Glosa h Gord. C. 8, 27, 6: »Kaj pa, če ti je bilo zastavljenih več stvari in si zaradi majhnega dolga prodal najdražjo stvar, če bi lahko s prodajo stvari nižje vrednosti pokrtil svojo terjatev? Odgovarjam, da se ne zdi, da si deloval v dobri veri [...].«

Kaserjeve domneve o nevezani presoji zastavnega upnika pri posegu na zastavljeno stvar temeljijo na argumentu *e silentio* ter se mi ne zdijo prepričljive. S široko razlago načela vestnosti in poštenja bi zlahka, kot so ugotavljali že glosatorji, prišli tudi do nasprotnega sklepa, torej, da je moral upnik pri unovčenju zastavne pravice skrbno upoštevati tipične zastaviteljeve premoženjske interese.

## 2.6. Odgovornost zastavnega upnika za evikcijo

Če se je zastavni upnik odločil zastavljeno stvar prodati, je moral to storiti v dobri veri, kar je pomenilo, da je moral storiti vse, da bi dosegel kar najvišjo možno tržno ceno.<sup>64</sup> Po svoji presoji jo je smel prodati na javni dražbi ali zasebno (»pod roko«). Tržna kupnina je bila seveda višja, če je prodajalec jamčil za primer evikcije. Zastavni upnik je bil pri prodaji sicer v neugodnem položaju, saj je le redko poznal pravne napake zastavljene stvari. Zato se je najverjetneje izogibal sklepanju evikcijskih stipulacij.

Razvito klasično pravo je kupcu priznalo pravico, da prodajalca, ki evikcijske stipulacije ni želel skleniti, toži s tožbo *actio empti*, da doseže interes, ki ga je imel kupec, ko bi bila stipulacija sklenjena.<sup>65</sup> To pravilo se v primeru prodaje zastavljene stvari ni uveljavilo, saj je zastavni upnik stvar prodajal po volji in v imenu zastavitelja.<sup>66</sup> Zato bi ne bilo pravično, če bi odgovarjal za pravne napake prodane stvari:

D. 19, 1, 11, 16 Ulp. 32 ad ed.: [...] *nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor [...].*

Ulp. D. 19, 1, 11, 16 (Ulpijan v 32. knjigi k ediktu): »[...] če je prodal (zastavljeno) stvar s pravico (zastavnega) upnika, nato pa je bila ta evincirana, ni niti na podlagi kupčeve tožbe (zastavni) upnik zavezan k povrnitvi kupnine [...].«

<sup>62</sup> Dernburg, 1864 b, str. 148, op. 11.

<sup>63</sup> Roßhirt, 1853, str. 403–421.

<sup>64</sup> Alex. C. 8, 29, 1 pr. O tem Tambour, 1856, str. 350.

<sup>65</sup> Ulp. D. 21, 2, 2; Ner.–Ulp. D. 21, 2, 37, 1.

<sup>66</sup> Inst. 2, 8, 1: [...] *quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienare*. Pavel v D. 20, 5, 9 pr. govori o prodaji v stiski (*ex necessitate facta venditio*). Glej tudi Alex. C. 8, 45, 1; Gord. C. 8, 45, 2. O tem Dernburg, 1864 a, 176 s, in Moreau, 1878.

Namesto zastavnega upnika je bil v primeru pravnih napak z analogno tožbo iz kupne pogodbe (*actio utilis ex empto*) zavezan zastavitelj.<sup>67</sup> Zastavitelj zastavnega upnika kot prodajalca tudi ni mogel prisiliti k sklenitvi evikcijske stipulacije, kar je redno pripomoglo k nižji tržni vrednosti kupnine zastavljene stvari in šibilo zastaviteljev interes na morebitnem presežku.

Kaser in Zimmermann menita, da naj bi v dejstvu, da zastavni upnik redno ni odgovarjal za evikcijo, odseval zapostavljen položaj zastavitelja.<sup>68</sup> Toda zastavni upnik je za evikcijo jamčil v primeru izrecnega dogovora kot tudi v primeru, če je kupec dokazal, da je vede (t. j. določno) prodal stvar, ki sploh ni bila zastaviteljeva oziroma ta z njo ne bi smel razpolagati.<sup>69</sup>

## 2.7. *Pignus Gordianum*

Po načelu akcesornosti zastavne pravice je ta redno ugasnila z izpolnitvijo zavarovane terjatve. Zastavitelj je vrnitev zastavljene stvari zahteval s tožbo *actio pigneraticia directa* ali z *rei vindicatio*.<sup>70</sup> Obstoj morebitnih drugih nezavarovanih terjatev, ki jih je proti zastavitelju imel zastavni upnik, sprva ni imel nobenega vpliva na uspešnost direktne tožbe iz zastavne pogodbe. Novost je pomenilo za upnika posebej ugodno upravičenje, ki ga je leta 239, domnevno na temelju provincialne prakse,<sup>71</sup> uzakonil cesar Gordijan III. (238–244):

C. 8, 26, 1, 2 Gord. A. Festo: *Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.* <a. 239 pp. Id. Mart. Gordiano A. et Aviola cons.>

Gord. C. 8, 26, 1, 2 (Cesar Gordijan Avgust Festu): »Če pa ti je bilo kaj prepuščeno v posest in ti dolžnik ni povrnil ali ponudil denarja, tega, kar ni bilo zavarovano z zastavno pravico, ne boš prisiljen vrniti zavoljo ugovora zvičajne prevare (*exceptio doli mali*). Po pravu namreč trdiš, da dolžnikov ni treba poslušati, če ponudijo le tisti denar, ki so ga bili dolžni na podlagi zavarovane obveznosti, če hkrati ne izpolnijo tudi tiste obveznosti, ki izhaja iz navadnega (tj. nezavarovanega) posojila.« <Dano na marčne ide v času konzulata Gordijana Avgusta in Aviole, leta 239>

<sup>67</sup> Tryph. 20, 5, 12, 1.

<sup>68</sup> Zimmermann, 1992, str. 225: »Once again, one can see here that the debtor's position was fairly weak. If possible, he would rather have tried to discharge his debt and to ask the pledgee to restore the pledge.«

<sup>69</sup> Gord. C. 8, 45, 2.

<sup>70</sup> Ulp. D. 13, 7; C. 4, 24.

<sup>71</sup> Schanbacher, 1997, str. 263, in Mitteis, 1912, str. 130.

Po Gordijanovi konstituciji je smel zastavni upnik tudi po izpolnitvi zavarovane terjatve pridržati zastaviteljevo stvar, če je imel proti dolžniku kako nezavarovano, vendar dospelo terjatev iz drugega razmerja.<sup>72</sup> Gordijan je za uveljavitev navedene pravice predvidel možnost ugovora *exceptio doli (generalis)*. Ker je tožba *actio pigneraticia directa* v Gordijanovem času, kot smo že ugotovili, najverjetneje vsebovala klavzulo *ex fide bona*, bi bil ugovor *exceptio doli* v tej tožbeni formuli odveč.<sup>73</sup> V vsakem primeru pa ga je bilo treba vključiti v tožbeno formulo rei vindikacije, saj je ta kot tudi vse druge *actiones in rem* spadala med toge tožbe (*iudicia stricti iuris*).

V literaturi ostaja sicer sporno, ali je Gordijanova konstitucija uzakonila zakonito zastavno pravico (*pignus Gordianum*)<sup>74</sup> ali retencijsko pravico (*retentio Gordiana*). Predvsem iz besedila konstitucije ni razvidno, ali je smel zastavni upnik pridržano stvar tudi prodati ali pa jo zgolj zadrževati do dolžnikove popolne izpolnitve siceršnjih obveznosti, ki jih je imel do (nekdanjega) zastavnega upnika. Če sledimo večinskemu mnenju o retencijski naravi Gordijanovega instituta,<sup>75</sup> je bil položaj zastavnega upnika z novim institutom resda okrepljen, vendar njegova upravičenja niso pomembneje odstopala od ustroja številnih drugih obligacijskih in stvarnopравnih razmerij, kjer naletimo na retencijsko pravico.<sup>76</sup>

### 3. *Pignus utriusque gratia datur*

#### 3.1. *Od retencijske do prodajne zastavne pravice*

Po Kaserjevem stališču je bila rimska zastavna pravica vse do zgodnje klasične dobe »zapadlostna« (nem. »Verfallpfand«)<sup>77</sup> in »povrnitvena« (nem. »Ersatzpfand«).<sup>78</sup> Ob neizpolnitvi zavarovane terjatve naj bi, če ni bilo dogovorjeno drugače, zastavljena stvar prešla samodejno v lastnino zastavnega upnika. Po analogiji z nadomestno izpolnitvijo (*datio in solutum*) naj upnik od dolžnika ne bi smel zahtevati razlike (*residuum*) v primeru, ko je bila vrednost zastavljene stvari nižja od vrednosti zavarovane terjatve.<sup>79</sup> Po drugi strani tudi zastavitelj ni imel zahtevka na povračilo presežka kupnine (*superfluum*). Domnevamo lahko, da sta se stranki po očrtani Kaserjevi hipotezi o zapadlostni zastavi,

<sup>72</sup> Visky, 1983, str. 186–193, in Weiß, 1909, str. 53–56.

<sup>73</sup> Schanbacher, 1997, str. 243, in Kaser, 1982, str. 84.

<sup>74</sup> Visky, 1983, str. 191 s, in Nardi, 1939, pass.

<sup>75</sup> Schanbacher, 1997, str. 245.

<sup>76</sup> O tem Burge, 1979.

<sup>77</sup> »Verfallspfand« je Vilfan (1961, str. 241) poslovenil z besedno zvezo »zapadlostna zastava«.

<sup>78</sup> Kaser, Knütel in Lohsse, 2021, str. 236, tč. 33; Verhagen, 2011, str. 13; Schanbacher, 2005, str. 198; Honsell, Selb in Mayer-Mally, 1987, str. 198; Kaser 1982, str. 72; Wigmore, 1942, str. 378; Jörs, Kunkel in Wenger, 1935, str. 153.

<sup>79</sup> Manigk, 1941, str. 1248.

ki naj bi pričala o močnem izhodiščnem položaju zastavnega upnika, praviloma odločali za zastavitev stvari, ki sta jo šteli za vrednostni ekvivalent zavarovane terjatve.<sup>80</sup>

Najtehtnejši pomislek o očrtani Kaserjevi hipotezi izhaja že iz pomanjkanja virov,<sup>81</sup> saj jo je utemeljil skoraj izključno na dvoumni Katonovi klavzuli iz spisa »O kmetijstvu« (154 pr. Kr.). V tem delu je Mark Porcij Katon (234–149 pr. Kr.) delil pravne nasvete, denimo, kako naj si kmetovalci zagotovijo zanesljivo zavarovanje terjatev:

Cato, *De re rustica* 146, 2: *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt; nequid eorum de fundo deportato; siquid deportaverit, domini esto.*

Katon, O kmetijstvu 146, 2: »Da bo to [kupnina] lastniku ali po njem določeni osebi pravilno plačano oziroma mu bo dana varščina, naj obljubi in da varščino po lastnikovi volji. Dokler ne bo izpolnjeno ali obljubljeni poroštvo, naj bo vse, kar bo prineseno na zemljišče, zastavljeno; in ničesar ne odnašaj z zemljišča; če si je kaj odnesel, naj bo od lastnika.«

Katonov odlomek je vzet iz konteksta prodaje bodočega pridelka oljk.<sup>82</sup> Prodajalec se je v zavarovanje plačila kupnine s kupcem pridelka dogovoril, da se bodo do plačila kupnine šteje za zastavljene vse naprave, ki bi jih kupec z namenom obiranja plodov pripeljal na zemljišče. Če bi kupec kaj od pripeljanega z zemljišča odnesel pred plačilom kupnine, naj bi te stvari avtomatično padle v lastnino zastavnega upnika.

Po mojem mnenju Katonova klavzula le stežka izpričuje »zapadlostno« konceptijo zastavne pravice. Dokazuje celo nasprotno: ob odsotnosti komisornega dogovora je bila prvotna zasnova zastavne pravice zgolj retencijska.<sup>83</sup> Za nadgradnjo izhodiščno »retencijske« zastavne pravice je bil že spočetka merodajen le dogovor med zastaviteljem in zastavnim upnikom.<sup>84</sup> Prepuščeno jima je bilo, da se dogovorita, da zastavljena stvar v primeru neizpolnitve preide v upnikovo lastnino (komisorni dogovor – *lex commissoria*) ali pa da ostane zastaviteljeva, upnik pa jo je upravičen prodati (dogovor o prodaji – *pactum de vendendo*, *pactum de distrahendo pignore* ali *pactum, ut vendere liceat*).<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Odstopanja od načelne ekvivalence vzajemnih obveznosti naj bi porasle v času kreditne krize 3. stoletja po Kr., h kateri so bistveno pripomogli nenehna notranja trenja in zunanji vojaški spopadi (Phillipson, 1968, str. 1243). Zastavljena stvar je poslej imela praviloma višjo vrednost od zavarovane terjatve, kar je ob odsotnosti zastaviteljevega zahtevka na presežek kupnine v primeru neplačila vodilo v upnikovo obogatitev (Manigk, 1914, str. 295 s).

<sup>81</sup> Rabel, 1915, str. 494, op. 1.

<sup>82</sup> *Lex oleae pendentis*. O tem Krämer, 2007, str. 143–165.

<sup>83</sup> Schanbacher, 2005, 191 ss; in Wacke, 1998, str. 173 s.

<sup>84</sup> Wacke (1998, str. 176) govori o »Bewahrungspfand« oziroma »Pressionspfand«. Glej tudi Braukmann, 2008, str. 53 ss.

<sup>85</sup> O tem Rabel, 1915, str. 496; in Rabel, 1909, str. 92, op. 1.

Šele v visoki klasični dobi so juristi upnikovo pravico do prodaje zastavljene stvari priznali kot navadno sestavino zastavne pogodbe.<sup>86</sup>

D. 13, 7, 4 Ulp. 41 ad Sab.: [*E*]tsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat.

Ulp. D. 13, 7, 4 (Ulpijan v 41. knjigi k Sabinu): »[Č]eprav ni bilo dogovora o prodaji zastavljene stvari, velja po pravu, ki ga uporabljamo, da se sme zastavljena stvar prodati, če le ni bilo dogovorjeno, da se ne sme (prodati).«

Kot smo že ugotovili, je bila pravica do prodaje zastavljene stvari načeloma *pravica* zastavnega upnika. Ko pa so juristi zastavitelju priznali, da sme z direktno tožbo iz zastavne pogodbe (*actio pigneraticia directa*) zahtevati prepustitev presežka kupnine od prodane stvari (*superfluum, hyperocha*),<sup>87</sup> je postala pravica do njene prodaje pomembno zastaviteljevo jamstvo. Na to opozarjata Papinijan in Pavel:

D. 13, 7, 42 Pap. 3 resp.: *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur [...]*.

Pap. D. 13, 7, 42 (Papinijan v 3. knjigi spisa *Responsa*): »Upnik je s tožbo glede zastave po pravu prisiljen, da izroči presežek kupnine od zastavljene stvari skupaj z obrestmi [...].«

D. 13, 7, 7 Paul. 2 sent.: *Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.*

Paul. D. 13, 7, 7 (Pavel v 2. knjigi spisa *Sententiae*): »Če pa upnik prepozno povrne pri njemu položen presežek, je dolžniku zaradi zamude prisiljen povrniti tudi obresti.«

Zastaviteljev zahtevek za povrnitev presežka so nekateri razlagali z oblikovanjem *in ius* koncipirane tožbene formule direktne tožbe iz zastavne pogodbe (*actio pigneraticia directa in ius concepta*). Njena novost v primerjavi z domnevno starejšo tožbo *actio pigneraticia directa in factum concepta* naj bi bil nedoločeni zahtevek s klavzulo *ex fide bona*.<sup>88</sup> *In factum* koncipirana tožba se je namreč glasila zgolj na vračilo zastavljene stvari po poplačilu zavarovane terjatve.<sup>89</sup> Kdaj natanko in če sploh se je *in ius* koncipirana tožba iz zastavne pogodbe pridružila *in factum* koncipirani tožbi, ostaja v literaturi še vedno sporno. Jurist Gaj omenjene dvojnosti vsekakor še ni poznal.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Primerjaj tudi Gai. 2, 64. O tem Wigmore, 1897, str. 29.

<sup>87</sup> Manigk, 1914, str. 292–321. Izraz *hyperocha* (ὑπεροχή – po Doklerju »štrljenje iznad česa«, »preseganje«) se pojavi zgolj pri grško piščočemu juristu Trifoninu (D. 20, 4, 20).

<sup>88</sup> Več o tem Braukmann, 2008, str. 64 ss.

<sup>89</sup> Lenel, 1927, str. 254 s. Glej tudi Karlović, 2022, str. 239; Kranjc, 2005, str. 128; Zimmermann, 1992, str. 223; Kaser, 1982, str. 85 s; Kaser, 1971, str. 537.

<sup>90</sup> Gai. 4, 62 tožbe *actio pigneraticia* ne uvršča med gibke tožbe. Drugače Justinijan (Inst. 4, 6, 28). Kot dokaz obstoja dveh vrst tožb pri zastavni pogodbi nekateri navajajo Ulp. D. 13, 7, 13 pr., kjer



Rimska ročna zastava je imela v svojem izvirnem stanju torej precejšnjo pomanjkljivost. Uporaba stvari je bila odtegnjena tako upniku kot tudi zastavitelju – upniku zaradi prepovedi uporabe zastavljene stvari, ki jo je imel v posesti; zastavitelju, ker je ni imel v neposredni posesti.<sup>91</sup> Gospodarska neposrečenost je narekovala nadgradnjo pravnega instituta.<sup>92</sup> Visoki klasiki so jo udejanjili s priznanjem upnikovega upravičenja in pozneje celo obveznosti do prodaje zastavljene stvari na eni in zastaviteljevega zahtevka na presežek kupnine na drugi strani, s čimer so naredili enega od bistvenih korakov na poti k uravnoteženju premoženjskih interesov obeh strank. Opisano težnjo potrjujeta še dva dodatna vidika uravnoteženja, ki ju kratko omenjam v naslednjih dveh odstavkih. Prvi zadeva razlago predmeta splošne zastavne pravice, drugi pa obseg upnikovega zahtevka za povrnitev stroškov, ki so mu nastali z zastavljeno stvarjo.

### 3.2. Interpretacija splošne zastavne pravice

Po klasičnem pravu je bilo mogoče zastaviti vse, kar je bilo lahko predmet prodajne pogodbe.<sup>93</sup> Stranki sta se smeli dogovoriti tudi za zastavitev vsega sedanjega in prihodnjega premoženja, kar opisuje kot splošna zastavna pravica (*generalis hypotheca*).<sup>94</sup> Ta je okrepila dolžnikovo kreditno sposobnost, vendar je utegnila imeti zanj tudi težke posledice. Po strogi razlagi bi smel upnik poseči tudi na zastaviteljeve osebne predmete oziroma predmete posebne priljubljenosti.<sup>95</sup> Ulpijan je omenjal domnevo, da se dogovor o splošni zastavni pravici ni raztezal na pohištvo, obleke, stvari, ki so imele za zastavitelja posebno čustveno vrednost – denimo na hišne sužnje, nesvobodne vajence in konkubine

---

jurist omenja, da je zastavni upnik zavezan s »tožbami« iz zastavne pogodbe (*pigneraticis actionibus teneri*).

<sup>91</sup> Če bi zastavni upnik uporabljal zastavljeno stvar, bi odgovarjal za tatvino rabe (*furtum usus*) – glej Inst. 4, 1, 6.

<sup>92</sup> Louis-Lucas, 1886, str. 31; in Zimmermann, 1992, str. 224.

<sup>93</sup> Gai. D. 20, 1, 9, 1.

<sup>94</sup> Ulp. D. 20, 1, 6 (*Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit* [...]); Pap. D. 20, 1, 1 pr.; Paul. D. 20, 1, 29 pr.; Scaev. D. 20, 1, 34, 2; Iust. C. 8, 16, 9, 1: *ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur*. O tem Van Hoof, 2017, str. 474–491.

<sup>95</sup> Da bi se izognili uničujočim posledicam preširoke pogodbene avtonomije za posameznika in s tem tudi za širšo skupnost, je denimo hebrejsko pravo zastavljanje osebnih predmetov v celoti prepovedalo. Glej 2 Mojz. 22, 25 s: »Če vzameš v zastavo plašč svojega bližnjega, mu ga vrni do sončnega zahoda! 26 Kajti to je njegova edina odeja, ogrinjalo za njegovo kožo. V čem naj sicer spi? Če se bo zgodilo, da bo vpil k meni, ga bom uslišal, ker sem milostljiv.«; 5 Mojz 24, 12–13: »12 Če je to ubožec, ne hodi spat, ko imaš njegovo zastavo pri sebi! 13 Vsekakor mu vrni zastavo ob sončnem zahodu, da leže spat s svojim plaščem in te blagoslovi; zate pa bo to pravičnost pred Gospodom, tvojim Bogom.«; in 5 Mojz 24, 17. O tem Skralovnik, 2017, str. 31 s; Kübel, 1870, str. 59 s; in Kurrein, 1890, 27 ss.

ter njene otroke.<sup>96</sup> Za navedene stvari se je namreč domnevalo, da jih lastnik ne bi bil zastavil niti posamično.<sup>97</sup>

### 3.3. Povračilo stroškov zastavnega upnika

Odličen primer težnje po uravnoteženju pravic in obveznosti strank zastavne pogodbe obravnava Ulpijan pri presoji obsega zahtevka zastavnega upnika za povrnitev stroškov:

D. 13, 7, 25 Ulp. 31 ad ed.: *Si servos pigneratos artificiiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servus carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim negligere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recipiendum: puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.*

Ulp. D. 13, 7, 25 (Ulpijan v 31. knjigi k ediktu): »Če je upnik zastavljene sužnje izučil v obrti, mu bo na voljo nasprotna tožba (*actio pigneraticia contraria*) le, če so že prej pridobili nekaj znanja o teh zadevah ali pa če so bili izučeni po dolžnikovi volji. Če pa ni bilo tako in so bila znanja nujno potrebna, je na voljo nasprotna tožba, toda ne v taki višini, da bi se bil dolžnik prisiljen odpovedati sužnjem zaradi visokih stroškov, kajti, kakor ni dopustno, da bi upnik naklepno ali malomarno zamenjal zastavljeno stvar, tako mu tudi ni dopuščeno, da bi zastavljeno stvar spremenil tako, da bi jo bilo dolžniku težko pridobiti nazaj. Podobno namreč velja, če bi veliko zemljišče zastavil nekdo, ki ga le stežka odkupi ali ga sploh ne more obdelovati, ti pa si ga, potem ko si ga sprejel v zastavo, tako obdelal, da je postalo precej dražje. Sicer pa ni primerno, da sem prisiljen iskati druge upnike ali da prodam to, kar želim dobiti nazaj, ali da sem ti [zastavljeno stvar] zaradi pomanjkanja prisiljen prepustiti. Sodnik bo moral torej najti srednjo pot, in sicer tako, da ne bodo slišani niti ugovori občutljivega dolžnika niti zahteve obremenjujočega upnika.«

Zastavni upnik je sužnje, ki jih je dobil v ročno zastavo, izučil v obrti, po izpolnitvi zavarovane terjatve pa njihovo prepustitev pogojeval s plačilom izobraževalnih stroškov. Temu analogen je primer zastavitve zemljišča, ki ga je zastavni upnik obdelal tako, da se je njegova vrednost znatno povišala, nato pa je skušal zastavni upnik stroške obdelave

<sup>96</sup> D. 20, 1, 6 in 8.

<sup>97</sup> Splošna zastavna pravica lastniku ni jemala pravice osvoboditi sužnja, če ta ni bil hkrati zastavljen tudi posamično. Pravilo bi lahko pripisali načelu dobrohotne razlage v prid prostosti (*favor libertatis*). Gai. D. 40, 9, 29 pr., Sev. Ant. C. 7, 8, 3. Glej podobno pravilo pri tih zastavi zakupnikovega inventarja (Ulp. D. 20, 2, 6).

prevaliti na zastavitelja. Ulpijan je menil, da je smel zastavni upnik upravičeno pričakovati le povrnitev nujnih in koristnih stroškov, ki jih je imel z zastavljeno stvarjo.<sup>98</sup> Po njegovem mnenju ni primerno (*non est aequum*), da bi upnikovi zahtevki, ki so izhajali iz stranske obveznosti povračila stroškov, silili zastavitelja v jemanje premostitvenega kredita ali k prodaji dela premoženja. Iz Ulpijanove argumentacije izhaja zahteva po iskanju kompromisa med »občutljivim« dolžnikom in »obremenjujočim« upnikom. Ideal pravne rešitve je v iskanju srednje poti.<sup>99</sup>

#### 4. *Favor debitoris* v postklasičnem pravu?

##### 4.1. Omejitve predmeta zastavne pravice

Ročna zastava je v razmerah prevladujoče agrarne družbe pomenila za zastavitelja posebno obremenitev, ko so bila zastavljena kmetijske proizvodne naprave. Njihova neposredna posest je zastavitelju omogočala, da z delom pridobi sredstva za odplačilo dolga. Najverjetneje so že v klasičnem obdobju šteli ročno zastavo pluga kot bistvenega pripomočka agrarne dejavnosti za nemoralno.<sup>100</sup> Šele cesar Konstantin je izterjevalcem davkov pod grožnjo smrtne kazni prepovedal rubežno zastavno pravico (*pignorum capio*) kmetijskih sužnjev, vprežnega goveda in plugov.<sup>101</sup>

C. Th. 2, 30, 1 Const. A. ad universos provinciales: *Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententiae subiuetur.* <Dat. IV. non. Iun. Sirmio, Constantino A. IV. et Licinio IV. cons.>

<sup>98</sup> Bartolus, spremno besedilo k D. 13, 7, 25 (Accursius, 1627, str. 1408).

<sup>99</sup> Ulpijanova argumentacija je podobna Celzovi v odlomku D. 6, 1, 38, kjer poudarja, da pravica dobrovernega posestnika do povrnitve stroškov gradnje na tujem zemljišču ne sme biti tako daljnosežna, da bi bil revni lastnik, ki dobrovernega posestnika toži s tožbo *rei vindicatio*, že zaradi povračila stroškov prisiljen prodati svoje siceršnje premoženje ali da bi se moral odreči domu in družinskemu grobu. Celz zato predlaga, da naj se dobroverni posestnik, če je lastnik »revež« (*pauper*), zadovolji s pravico do odvzema (*ius tollendi*) tistih dodatkov, ki jih je bilo mogoče odstraniti brez škode za lastnika. O etični konotaciji Celzovega argumenta glej Kambič, 2010, str. 138 s, zlasti op. 41.

<sup>100</sup> To bi lahko izhajalo iz Quint. Inst. Orat. 7, 8, 4: *An, quod in toto, idem in parte. aratrum accipere pignori non licet, vomerem accepit.* (»Ali je tisto, kar je (prepovedano) v celoti, prepovedano tudi v delu? (Na primer): Ne sme se jemati pluga v zastavo. Sprejel je plužnik.«) Kvintilijan je v razpravi o silogističnem sklepanju omenil prepoved zastavitve pluga, toda ni pojasnil, ali je imel v mislih prepoved rimskega ali tujega izvora.

<sup>101</sup> Primerjaj s Const. C. 8, 16, 7 pr., kjer je smrtna kazen za kršitelje konstitucije nadomeščena s kaznijo po sodnikovi diskreciji. Prepoved se je poslej raztezala tudi na vsa kmetijska orodja oziroma pritikline (*instrumenta aratoria*).

Const. C. Th. 2, 30, 1 (Cesar Konstantin vsem provincialom): Cesar Konstantin Avgust vsem provincialom: »Izterjevalci, ki jih imenujejo upravitelji provinc za izterjavo dolgov, ki se zahtevajo v civilnih postopkih, jemljejo z zemljiških posesti sužnje – orače in vole kot zastavo, kar vodi v zavlačevanje plačila davkov. (1) Če bi torej pri tej praksi odkrili kakšnega izterjevalca ali upnika ali mirovnega prefekta ali dekuriona, ga bo upravitelj pokrajine kaznoval s smrtno kaznijo.« <Dano na četrti dan pred junijskimi nonami v Sirmiju v letu četrtega konzulata Konstantina Avgusta in Licinija (2. junija 315)>

Weiß je Konstantinovo prepoved opisal kot člen v verigi ukrepov cesarske zakonodaje, ki si je prizadevala varovati socialno šibkejše družbene sloje.<sup>102</sup> Toda, kot je razvidno iz same utemeljitve konstitucije, je bil ukrep motiviran s fiskalno politiko.

Po stališču starejše teorije, naj bi bila prepoved, izražena v Konstantinovi konstituciji, zamejena le na davčno izvršbo. Ker pa so v besedilu konstitucije poleg davčnih izvršiteljev omenjeni tudi upniki (*creditores*), tako stališče ni povsem prepričljivo.<sup>103</sup> Najkasneje po Honorijevi konstituciji iz leta 414 prepoved ni bila več omejena na zastavno pravico po oblastni odredbi, temveč tudi na pogodbeno in zakonito zastavno pravico.<sup>104</sup>

C. 8, 16, 8 Honor. Theodos. AA. Probo com. sacr. larg.: *Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet auferri non convenit.* <a. 414 D. III id. Iun. Constante et Constantio cons.>

Honor. Theodos. C. 8, 16, 8 (Cesarja Honorij in Teodozij, avgusta, Probu, predstojniku cesarske darilne blagajne): »Ni prav, da se zaradi zastavitve odnese kaj, kar se nanaša na obdelavo polja.« <Dano na tretji dan pred junijskimi idami, ko sta bila konzula Konstancij in Konstantin (11. junij 414)>

O tem, da se je Konstantinova prepoved ustalila kot posebna socialna omejitev pogodbene avtonomije, priča določilo med 4. in 5. stoletjem nastale Sirsko-rimske pravne knjige (SR), ki je v § 100 prepovedala zastavitev goveda.<sup>105</sup> Pri omejevanju predmeta zastavne pravice so bila cesarju lahko v navdih tudi določila helenistične,<sup>106</sup> hebrejske ali starobabilonske zakonodaje.<sup>107</sup> Gortinska zakonodaja je prepovedovala zastavljanje plugov, jarmov, statev, volne, mlinskih kamnov in postelj.<sup>108</sup> Pogodba, katere rezultat bi bilo go-

<sup>102</sup> Weiß, 1909, str. 57 s.

<sup>103</sup> Dupont, 1963, str. 27.

<sup>104</sup> Honor. Th. C. 8, 16, 8 pr: *Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet auferri non convenit.* (»Ni prav, da se zaradi zastavitve odnese kaj, kar se nanaša na obdelavo polja.«) O tem Krumpholz, 1992, str. 76 s; Stühff, 1966, str. 104.

<sup>105</sup> Selb in Kaufhold, 2002b.

<sup>106</sup> Hitzig, 1895, str. 20 s.

<sup>107</sup> § 241 Hamurabijevega zakonika: »Če je človek zarubil govedo, bo plačal tretjino mine srebra.« (Slovenski prevod po Korošec, 1954, str. 84); 5 Mojz 24, 6: »Ne jemlji v zastavo ročnega mlina ali njegovega zgornjega kamna; kajti življenje bi vzel v zastavo.«

<sup>108</sup> Dareste, Haussoullier in Reinach, 1898, str. 328, col. II.

spodarsko in socialno uničenje dolžnika, bi bila protipravna, saj si državljanov brez orožja in osnovnih premoženjskih dobrin ni smela privoščiti nobena grška polis.<sup>109</sup> Zgodovinar Diodor Siciljski iz prvega stoletja pred Kristusom je v luči omenjenega panhelenskega pravila ob analizi nekega egipčanskega zakona opozoril na zanimiv paradoks:

Diodor, *Bibliotheca historica*, 1, 79: Μέμφονται δέ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς Ἑλλησι νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν καὶ ἄροτρον καὶ ἄλλα τῶν ἀναγκαϊοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι.

Diodor, Zgodovinska knjižnica 1, 79: »Nekateri pa se – in to utemeljeno – pritožujejo nad številnimi grškimi zakonodajalci, ki so pri jemanju posojila prepovedali zastavljanje orožja, plugov in drugih potrebščin, po drugi strani pa so dovolili, da so odvedeni tisti, ki bi te stvari uporabljali.«

Kot vidimo je Diodor obžaloval prakso v grškem svetu, ki mu zastavljanje svobodnih oseb in dolžniško suženjstvo ni bilo tuje. Tudi v Rimu je bilo zastavljanje svobodnih oseb prepovedano šele v klasični dobi.<sup>110</sup> Toda razpita praksa se je ponovno razširila v obdobju gospodarskega razsula in draginje konec tretjega stoletja, kar je narekovalo odziv cesarske pisarne:

C. 4, 43, 1 Diocl. Max. AA. et CC. Aureliae Papiniana: *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.* <a. 294 D. XVI k. Dec. Nicomediae CC. cons.>

Diocl. Max. C. 4, 43, 1 (Cesarja Dioklecijan in Maksimijan, avgusta in cesarja, Avreliji Papinijani): »Očitno pravo je, da starši ne morejo na drugega prenesti otrok niti na temelju prodaje in darila niti po pravu zastave niti na kateremkoli drugem temelju in tudi ne pod pretvezo, da pridobitelj ni vedel, da gre za svobodno osebo.« <Dano 16. dan pred decembrskimi kalendami v Nikomediji, leta 294>

Da se je zastavljanje svobodnih oseb in s tem tudi dolžniško suženjstvo ponekod ohranilo do 6. stoletja, kaže vnovična prepoved v Justinijanovi Noveli 134:

Nov. Iust. 134, 7: *Quia vero et huiusmodi iniquitatem in diversis locis nostrae reipublicae cognovimus admitti, quia creditores filios debitorum praesumunt retinere aut in pignus aut in servile ministerium aut conductionem, hoc modis omnibus prohibemus, et iubemus, ut si quis huiusmodi aliquid deliquerit, non solum debito cadat, sed tantam aliam quantitatem adiciat dandam ei, qui retentus est ab eo aut parentibus eius; et post hoc etiam corporalibus poenis ipsum subdi a loci iudice, quia personam liberam pro debito praesumpserit retinere aut locare aut pignorare.*

<sup>109</sup> Weiß, 1909, str. 27. Vpliv krščanstva na omenjeno konstitucijo sta zagovarjala Biondi, 1954, 225; Vogt, 1945, str. 142.

<sup>110</sup> Paul. D. 20, 3, 5: *Creditor, qui sciens filium familias a parente pignori accepit, relegatur.* (»Upnik, ki je vede sprejel sina pod oblastjo v zastavo od očeta, naj bo izgnan.«). Primerjaj PS 5, 1, 1; Diocl. Max. C. 8, 16, 6.

Nov. Iust. 134, 7: »Ugotovili smo, da je v številnih krajih naše države razširjena krivica, ko upniki zadržujejo otroke dolžnikov bodisi v zastavi ali da delajo kot sužnji ali da jih dajejo v najem. To v celoti prepovedujemo. Odrejamo, da tisti, ki bi kaj takega storil, ne izgubi le terjatve, temveč naj bo prisiljen plačati dvakratnik dolgovane vrednosti tistemu, ki je bil zadržan, ali njegovim staršem; nato naj ga s telesno kaznijo kaznuje krajevni sodnik, ker si je drznil pridržati svobodno osebo zaradi dolga, jo dal v najem ali imel v zastavi.«

Na v cesarskih konstitucijah večkrat ponovljene prepovedi zastavljanja svobodnih oseb bi lahko vplivali spisi milanskega škofa, (najverjetneje) jurista in cerkvenega očeta Ambrozija.<sup>111</sup> Večkrat se je odzval na izkoriščevalske in nepietetne posege upnikov na dolžnikovo truplo, s čimer so upniki pritiskali na dolžnikove dediče, da čim prej poplačajo zapustnikove dolgove.<sup>112</sup>

#### 4.2. Prirast zastavljene stvari

Po klasičnem pravu so se šteli kot tiho zastavljeni zgolj tisti plodovi zastavljene stvari, ki so z ločitvijo od matične stvari prešli v zastaviteljevo lastnino.<sup>113</sup> Po Pavlovih Sentencah, najverjetneje pa tudi po Sirsko-rimski pravni knjigi,<sup>114</sup> se je zastavna pravica raztezala na otroke zastavljene sužnje in na živalske mladiče zgolj, če sta se stranki o tem izrecno dogovorili:

PS 2, 5, 2: *Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.*

PS 2, 5, 2: »Živalski mladič ali otrok (sužnje), ki je dana v zastavo, ni zavezan iz zastave, če ni bilo to med strankama posebej dogovorjeno.«

IP PS 2, 5, 2: *Si quis gregem equarum, vaccarum vel ovium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, fetus earum rerum ad debitorem, non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit et partum ediderit: ad debitorem pertinet, non ad creditorem.*

<sup>111</sup> Ambrosius, *De Tobia*, 8 (Migne, 1845, str. 769 s).

<sup>112</sup> Surove upniške prakse v šestem stoletju je izdatno popisala Justinijanova 60. novela. Purpura, 2009; Bonini, 1974, str. 127 ss; Schmitt, 1868, str. 169–172.

<sup>113</sup> Če je imel denimo zastavitelj na zastavljenem zemljišču ustanovljen dedni zakup (*emphyteusis*), plodovi tega zemljišča niso veljali za zastavljene, saj jih je s separacijo pridobil dedni zakupnik. Ulp. 40, 5, 26, 2; Pap. D. 20, 1, 1, 2; Paul. D. 20, 1, 29, 1; Alex. C. 8, 14, 3 pr. Enako je veljalo tudi za otroke sužnje (Alex. C. 8, 24, 1). O tem Löffelmann, 1996, str. 150–171.

<sup>114</sup> SR § 91, 5: »Če [zastavljena sužnja] dobi otroka, ta pripade njenemu lastniku, tj. tistemu, ko jo je zastavil. Kajti človek ni enak polju. Po Božji dobroti plodovi zaradi človeka rastejo na polju.« (Slovenski prevod po nemškem prevodu iz arabščine po Selb in Kaufhold, 2002a, str. 125. O tem Kaser, 1975, str. 315, in Selb in Kaufhold, 2002b, str. 194 ss.

Interpretacija k PS 2, 5, 2: »Če je kdo dal čredo konj, krav ali ovc v zastavo zato, da bi prejel posojilo, donosi teh stvari preidejo na dolžnika, ne na upnika. Tako (velja) tudi, če je prepuščena v zastavo sužnja in je nato rodila otroka: ta pripade dolžniku, ne upniku.«

Žal iz Pavlovih Sentenc ni razvidno, ali je mogoče novo gledanje posploševati na vse donose zastavljene stvari ali pa je pravilo veljalo izključno za primer zastavitve sužnje in živali.

Razhajanje med klasičnim in postklasičnim pojmovanjem v luči prirasti je Kaser pojasnjeval s tem, da so klasični juristi plodove šteli za postransko premoženjsko vrednost, ki je delila usodo matične stvari. V gospodarskem zatonu zgodnjega dominata naj bi se ustalilo prepričanje, da imajo plodovi tako pomembno gospodarsko vrednost, da jih je bilo treba ob zastavitvi matične stvari izrecno opredeliti kot zastavljene. Z obratom klasičnega stališča naj bi bila razvidna enaka težnja postklasičnega prava po zaščiti zastavitelja.<sup>115</sup>

#### 4.3. Prepoved komisornega dogovora

Z dodatnim dogovorom (*pactum adiectum*), imenovanim *lex commissoria* ali *pactum commissorium*,<sup>116</sup> je zastavni upnik pridobil lastninsko pravico na zastavljeni stvari, če terjatev ob dospelosti ni bila izpolnjena.<sup>117</sup> Komisorni dogovor je bil pravna podlaga izročitve (*iusta causa traditionis*), na temelju katerega je prešla lastninska pravica na zastavnega upnika.<sup>118</sup> Zastavni upnik je smel poleg zastavljene stvari, čeprav je imela višjo vrednost od zneska zavarovane terjatve, obdržati tudi morebitne delne izpolnitve. Komisorni dogovor je za zastavitelja predstavljal nevarnost oderuštva. O obstoju komisornih dogovorov ohranjeni viri molčijo, kar je mogoče pripisati njihovi nepriljubljenosti ali pa – kar je verjetneje – interpolacijskim posegom Justinijanovih kompilatorjev, ki so skušali vire vsebinsko uskladiti s Konstantinovo prepovedjo komisornega dogovora.<sup>119</sup>

<sup>115</sup> Kaser, 1958, str. 192.

<sup>116</sup> *Lex commissoria* pomeni dobesedno »dogovor o prepustitvi«. Glagol *committo* pomeni »predajam, prenesem, prepuščam«. V sodobni slovenski literaturi se je uveljavil izraz »komisorni« ali »komisorični dogovor«, tudi »komisorna klavzula« – glej na primer Tratnik, 2022, str. 50. Nemška literatura uporablja izraz »Verfallsabrede«, kar bi lahko prevajali kot »dogovor o zapadlosti«. Ob tem je treba poudariti, da je imel *lex commissoria* poseben pomen v okviru stranskih dogovorov pri rimski prodajni pogodbi. Tako imenovani razdorni dogovor je bil dogovor med prodajalcem in kupcem, na temelju katerega je smel prodajalec razdreti pogodbo, če kupnina ni bila pravočasno plačana (Paul. D. 41, 4, 2, 3).

<sup>117</sup> Braukmann, 2008, str. 118 s. Siber (1928, str. 120) je zagovarjal, da je bil dogovor *lex commissoria* le podlaga za nastanek obligacijskopravnega zahtevka na prenos zastavljene stvari v lastnino zastavnega upnika, ne pa podlaga samodejnega prehoda lastnine.

<sup>118</sup> O pojmu *iusta causa traditionis* glej Žepič, 2021, str. 209 in pass.

<sup>119</sup> Levy, 1956, str. 188 s.

Ker so se pasti komisornega dogovora zavedali že klasični juristi, so si z interpretativnimi posegi prizadevali preprečiti neupravičeno obogatitev zastavnega upnika, o čemer priča Marcijanov odlomek:

D. 20, 1, 16, 9 Marcian. lib. sing. ad formulam hypothecariam: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Marcian. D. 20, 1, 16, 9 (Marcijan v monografiji o hipotekarni tožbi): »Pri ročni ali hipotečni zastavitvi je mogoč dogovor, da (upnik), če denar ni plačan do poteka določenega roka, poseduje zastavljeno stvar s pravico kupca za primerno ceno, ki mora biti tedaj ocenjena. V tem primeru se zdi, da gre za nekakšno pogojno prodajo. In tako sta odpisala cesarja Septimij Sever in Karakala.«<sup>120</sup>

Jurist Elij Marcijan (*Aelius Marcianus*)<sup>121</sup> opisuje dogovor med zastaviteljem in zastavnim upnikom, na temelju katerega je smel zastavni upnik, če mu dolg ob dospelosti ni bil plačan, posedovati zastavljeno stvar, kot da bi jo bil kupil.<sup>122</sup> Kupnina je pri tem izpolnjevala merilo določenosti oziroma določljivosti (*pretium certum*), če je ustrezala vsoti še ne plačane glavnice in pripadajočih pogodbениh obresti.<sup>123</sup> Od Dioklecijana dalje je morala kupnina ustrezati tudi merilu primernosti (*pretium iustum*), tj. biti v sorazmernem odnosu s tržno vrednostjo stvari.<sup>124</sup> V delu *iusto pretio aestimandum* velja Marcijanov odlomek za interpoliranega, saj se besedna zveza *pretium iustum* pred Dioklecijanom ni pojavljala.<sup>125</sup> Ali je vsota glavnice in pripadajočih obresti pomenila primerno kupnino, je v postopku ocenjeval sodnik, zunaj postopka pa je najverjetneje zadoščala ocena tretjega.<sup>126</sup>

Juristova interpretacija zgoraj omenjenega dogovora<sup>127</sup> kot odložno pogojene prodajne pogodbe (*condicionalis venditio*)<sup>128</sup> je ščitila zlasti zastaviteljeve interese, saj si je ta

<sup>120</sup> Prevod po Kranjc, 2013, str. 106, primer 267.

<sup>121</sup> Ustvarjal je v času cesarjev iz dinastije Sever. Kunkel, 2001, str. 258.

<sup>122</sup> Primerjaj Tryph. D. 20, 5, 12 pr.: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.* (»Ko je bil Papinijan vodja cesarske pisarne, je cesar odpisal, da sme zastavni upnik kupiti zastavljeno stvar, ker (dotlej) ostane v dolžnikovi lastnini.«)

<sup>123</sup> Rabel, 1915, str. 496.

<sup>124</sup> Diocl. Max. C. 4, 44, 2.

<sup>125</sup> Arnese, 2018, str. 182 ss; Göttlicher, 2004, str. 112; Wacke, 1998, str. 188; in Kaser, 1975, str. 320.

<sup>126</sup> Primerjaj Inst. 3, 23, 1.

<sup>127</sup> Navedeni dogovor so v občem pravu imenovali *pactum Marcianum*. Arnese, 2018.

<sup>128</sup> Primerjaj Vat. 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.* (»Upnik pravilno kupi zastavljeno stvar od dolžnika, o čemer sta se dogovorila bodisi ob sklenitvi pogodbe bodisi naknadno; in ne zdi se, da gre za prodajo po nedoločeni kupnini, če se dogovorita,



v vlogi prodajalca zagotovil, da od kupca (zastavnega upnika) s tožbo *actio venditi* terja znesek, ki bi presegal primerno kupnino. Prav tako je moral sodnik pri presoji nedoločenega tožbenega zahtevka iz prodajne pogodbe na temelju klavzule *ex fide bona*, ki jo je vsebovala tožba iz kupne in prodajne pogodbe, upoštevati poračunanje delnih izpolnitev, česar morda v okviru zgolj *in factum* koncipirane tožbe *actio pigneraticia directa* vsaj prvotno ne bi bilo mogoče doseči.

Pojav pravih komisornih dogovorov, kjer bi se zastavitelj z zastavnim upnikom dogovoril o brezpogojnem prehodu zastavljene stvari v lastnino brez poračunanja delnih izpolnitev in vračila presežka od kupnine, naj bi bil znamenje gospodarske krize poznega tretjega in četrtega stoletja, ko je zastavni upnik le stežka našel ustrezne kupce oziroma si je zaradi razvrednotenega denarja na vsak način prizadeval na zastavljeni stvari pridobiti lastnino.<sup>129</sup> Komisorne dogovore je prepovedal cesar Konstantin, pri čemer ni mogoče z gotovostjo reči, ali je bil njegov edikt izdan že 31. januarja 320<sup>130</sup> ali šele 31. januarja 326.<sup>131</sup>

C. Th. 3, 2, 1 Const. A. ad populum: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt.* <Dat. prid. kal. Feb. Serdica, Constantino A. VI. et Constantino C. cons.>

Const. C. Th. 3, 2, 1 Cesar Konstantin Avgust ljudstvu: »Ker med ostalimi prevarami raste zlasti ostrina komisornega dogovora, smo jo sklenili razveljaviti in v prihodnje zatreči vsak spomin nanjo. Če kdo torej trpi zaradi take pogodbe, naj si oddahne zaradi te odredbe, ki razveljavlja pretekle in sedanje ter prepoveduje prihodnje dogovore te vrste. Ukazujemo pa, da naj upniki, potem ko so izgubili stvar, dobijo nazaj tisto, kar so dali.« <Dano v Serdiki, dva dni pred februarскими kalendami, ko sta bila konzula Konstantin, šestič, in Konstantin.>

Cesar Konstantin, »prenovitelj in prevratnik starodavnih zakonov«,<sup>132</sup> obžaluje porast komisornih dogovorov v tedanji pogodbeni praksi. Zaradi njihove imanentne nevarnosti oderuštva jih obravnava kot sleparije (*captiones*). Edikt ne opiše, v čem je bila pravzaprav vsebina komisornega dogovora oziroma kot del katere pogodbe je nastopal. Šele v

---

da v primeru neplačanega zneska posojila upnik kot kupec zadrži lastnino, kajti (kupnina) se določa po glavnici in po obrestih, ki morajo biti plačane do določenega roka.«) O tem odlomku glej Sič, 2010, str. 155–179.

<sup>129</sup> Harke, 2021, str. 88 ss; Sič, 2014, str. 98 in 103; in Wacke, 1998, str. 189. O razvrednotenju denarja v poznem dominatu glej Demandt, 2007, str. 283.

<sup>130</sup> Levy, 1956, str. 190; in Gaudemet, 1992, str. 120.

<sup>131</sup> Krüger, 1895, str. 348; in Frier, 2016, str. 2129.

<sup>132</sup> Tako ga je opisal cesar Julijan. Amm. Rerum gestarum, 21, 10, 8: [...] *novator turbatorque prisca-rum legum.*

nekoliko spremenjenem besedilu konstitucije v Justinijanovem kodeksu je natančneje določeno, da gre za komisorni dogovor pri zastavni pogodbi.<sup>133</sup> Pogodbe, ki so vsebovale komisorno klavzulo, razglaša za nične z retroaktivnim učinkom. S tem je v korist šibkejših zastaviteljev omejil pogodbeno svobodo.<sup>134</sup> Učinek Konstantinovega edikta, ki ne skopari z retorično obarvanostjo,<sup>135</sup> je sicer ostal presenetljivo skromen. Dolžnik si je smel »oddahnuti«, saj je cesar izničil pravno podlago za prehod lastnine na zastavnega upnika. Pri tem ostaja nejasno, ali je smel zastavitelj stvar vindicirati ali kondicirati.<sup>136</sup> Kaže tudi, da je zastavni upnik ohranil terjatev in zastavno pravico. Zastavljeno stvar je smel zastavni upnik še vedno prodati ali, če v doglednem času ni našel primernih kupcev, na njej pridobiti lastnino z odobritvijo cesarske pisarne (*impetratio domini*).<sup>137</sup>

V starejši literaturi se navaja, da je bil Konstantinov ukrep eden prvih vplivov krščanske etike na rimsko pravo.<sup>138</sup> To nekateri utemeljujejo z dejstvom, da je leta 325 pod Konstantinovem predsedstvom potekal prvi vesoljni cerkveni zbor v Niceji, kjer so obsodili obrestovanje in oderuške prakse.<sup>139</sup> Če je bil Konstantinov edikt objavljen leta 326, bi vsebinsko povsem ustrezal koncilskemu nauku.

Ne glede na to, ali lahko Konstantinov edikt pripisujemo krščanskemu vplivu, je splošno sprejeto, da gre za enega najstarejših zakonodajnih ukrepov, namenjenih izboljšanju položaja dolžnika.<sup>140</sup> Posledica dolžnikove zamude ni smela biti upnikova obogatitev, temveč zgolj povračilo dejansko nastale škode. Kot je ugotavljal Seidl, se je s tem zasladovala misel, da mora zastavna pravica služiti zavarovanju, ki za upnika ne sme pomeniti lukrativnega posla.<sup>141</sup>

<sup>133</sup> C. 8, 34, 3 pr. Const. A. ad populum. *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, [...]*

<sup>134</sup> Gaudemet, 1992, str. 121.

<sup>135</sup> Enako, kot se je strogost prava umikala humanosti, se je jezik poznoantičnega zakonodajalca vse bolj približeval govorniškimi panegirikom (Gaudemet, 1992, str. 121).

<sup>136</sup> Naknadno prenehanje pravne podlage, na temelju katere bi smel pridobitelj pridobljeno obdržati, po rimskem pravu ni pomenilo samodejne vrnitve lastninske pravice na prvotnega lastnika. To pomeni, da bi neupravičen premoženjski premik sanirala obogatitvena tožba. O tem Žepič, 2021, str. 220.

<sup>137</sup> Kaser, 1975, str. 320; Levy, 1956, str. 192; Brasloff, 1933, str. 131; in Dernburg, 1860, str. 275 ss.

<sup>138</sup> Biondi, 1954, str. 256.

<sup>139</sup> D. 47 c. 2. Glej tudi ponovitev prepovedi komisornega dogovora v X. 3, 21, 7. O tem Endemann, 1883, str. 341 ss; in Brinkmann, 1892, str. 29 s. V obdobju recepcije se prepoved komisornega dogovora umešča v okvir protioderuške zakonodaje. Glej Reichspolizeiordnung (1577), ki prepoved omenja v § 5 dvajsetega poglavja z naslovom »Von Juden und ihrem Wucher«.

<sup>140</sup> Tako tudi Wacke, 1998, str. 179; in Krumpholz, 1992, str. 73 s. Glej tudi Sukačić, 2021, pass.; in Zamora Manzano, 2007, str. 549.

<sup>141</sup> Seidl, 1973, str. 206. Glej tudi Pfaff, 1897, str. 71; Krek, 1921, str. 140; in Puffendorf, 1711, str. 168.

Tudi v moderni stvarnopravni zakonodaji ostaja prepoved komisornega dogovora ena ključnih kogentnih določb na področju stvarnopravnih zavarovanj.<sup>142</sup> Po Stvarnopravnem zakoniku sta prepovedana tako komisorni dogovor kot tudi že omenjeni »marcijanski dogovor« (*pactum Marcianum*), tj. dogovor o pogojno odloženi prodaji zastavnemu upniku za določljivo ceno pred dospelostjo zavarovane terjatve, če sta sklenjena pred dospelostjo terjatve. Prvi odstavek 132. člena SPZ:

»Pogodbeni določili, da zastavljena stvar preide v last zastavnega upnika, če njegova terjatev ob zapadlosti ne bo plačana in o prodaji zastavljene stvari po vnaprej določeni ceni, sta nični, razen če ta zakon določa drugače.«

Po dospelosti zavarovane terjatve pa sme dolžnik prosto izbirati med negotovo potjo prodaje zastavljene stvari na javni dražbi in sklenitvijo komisornega dogovora, ki zdaj že nastopa v vlogi nadomestne izpolnitve (*datio in solutum*).<sup>143</sup>

#### 4.4. Omejitve upnikovega prostega preudarka pri unovčenju zastavne pravice

Upnik si je v zavarovanje iste terjatve lahko izgovoril tako stvarno kot tudi osebno zavarovanje terjatve. Katero obliko zavarovanja je v primeru neizpolnitve obveznosti uveljavljal prednostno, je bilo prepuščeno upnikovi presoji.<sup>144</sup> Pri tem ni bilo pomembno, ali je bila hipotečno zastavljena stvar v posesti zastavitelja ali tretjega.<sup>145</sup>

Že Dioklecijan je določil, da mora upnik, če je osebni dolžnik prisoten, najprej terjati njega, šele nato pa po potrebi unovčiti zastavno pravico.<sup>146</sup>

Pomembno novost je po zgledu orientalske prakse uvedel cesar Justinijan v 4. noveli, s katero je uredil pravno dobroto vrstnega reda pri poroštvo (*beneficium excussionis vel ordinis*), vendar se je dotaknil tudi ureditve zastavne pravice. Šele ko upniku ni uspelo izterjati glavnega dolžnika in nato poroka, je smel s hipotekarno tožbo (*actio hypothecaria*

<sup>142</sup> Glej tudi § 1229 BGB in § 1371 ODZ.

<sup>143</sup> Člen 283 Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01, 32/04 – OROZ195, 28/06 – odl. US, 40/07, 97/07 – UPB1, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631). Glej na primer izrek sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije II Ips 412/2006 z dne 27. novembra 2008: »Prepoved t. i. komisornega dogovora (*lex commissoria*) je omejena le na fazo stipulacije (ustanovitve) in na čas trajanja zastavne pravice, na solucijsko fazo, to je na čas po zapadlosti zavarovane terjatve, pa se ne razteza več. Komisorni dogovor v tej fazi tako ne predstavlja nič drugega kot sporazum upnika in dolžnika o nadomestni izpolnitvi obveznosti.«

<sup>144</sup> Diocl. Max. C. 8, 13, 24: *Persecutione pignoris omissa debitores actione personali convenire creditor urgueri non potest.* (»Upnika ni mogoče prisiliti, da opusti zasledovanje tožbe iz zastavne pravice ter da namesto tega toži z osebno tožbo.«) Glej tudi Diocl. Max. 8, 13, 14 pr. Drugače je veljalo po grških pravih, kjer je imel upnik dolžnost, da skuša še pred uveljavljanjem poroštva izčrpati zastavno pravico. Tako je določala tudi SR § 92. O tem Weiß, 1909, str. 19 in 49; ter Selb in Kaufhold, 2002b, 196 s.

<sup>145</sup> Diocl. Max. C. 4, 10, 14 in C. 8, 13, 14.

<sup>146</sup> Diocl. Max. 8, 13, 10. O tem Harke, 2019, str. 111 s.

*in rem*) zasledovati dolžnikove stvari, ki so bile v posesti tretjega ali stvari tretjega, ki so bile zastavljene v zavarovanje terjatve. Če bi zastavni upnik najprej terjal zastavitelja ali tretjega, ne pa poroka, sta ga smela ta dva zavriniti in preusmeriti na poroka (tako imenovana dobrota osebne odklonitve – *beneficium excussionis personalis*).<sup>147</sup> Vrstnega reda ni bilo treba upoštevati, če je imel porok prebivališče v drugem sodnem okraju kot upnik.<sup>148</sup>

Nadaljnja oblika omejitve upnikove diskrecije pri unovčenju je zadevala primer, ko sta bili v zavarovanje terjatve v korist istega upnika ustanovljeni tako posamična kot tudi splošna zastavna pravica. V tem primeru se je po konstituciji Septimija Severa in Karakale štelo, da je moral zastavni upnik najprej poseči po posamič zastavljeni stvari, če je že ta pokrila zavarovano terjatev, šele nato pa unovčiti zastavno pravico na stvareh, ki so bile predmet splošne zastavne pravice. To zastaviteljevo upravičenje so v občem pravu imenovali dobrota odklonitve stvari – *beneficium excussionis realis*.<sup>149</sup> Zastavitelj se je redno zanesel, da je upnik kot primaren predmet zavarovanja štel posamič zastavljeno stvar. Šele če ta ne bi zadoščala za poplačilo, bi smel upnik poseči na zastaviteljevo siceršnje premoženje in imeti pri tem prednost pred preostalimi nezavarovanimi upniki.<sup>150</sup> Cesarja sta želela, kot slikovito pravi konstitucija, »umeriti pravosodno oblast«, torej najti pravo razmerje interesov pogodbениh strank.<sup>151</sup>

#### 4.5. Omejevanje samopomoči pri posegu po zastavljeni stvari

Skladno s splošno težnjo po zamejevanju samopomoči v postklasični dobi se je zožila tudi pravica zastavnega upnika po zunajsodnem posegu na zastavljeno stvar. Še v klasični dobi se upnikov zunajsodni odvzem hipotечно zastavljene stvari zastavitelju ni štel za tatvino, kar lahko štejemo za izjemo od dekreta Marka Avrelija (*decretum divi Marci*) o prepovedi upniške samopomoči:<sup>152</sup>

D. 47, 2, 56 Ulp. 3 disp.: *Cum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contractare, sed pignori suo incumbere.*

<sup>147</sup> Dernburg, 1864 b, str. 376 ss.

<sup>148</sup> Nov. Iust. 4, 2.

<sup>149</sup> Dernburg, 1864 b, str. 370 ss.

<sup>150</sup> Dernburg, 1864 b, str. 372 s, opisuje institut kot »posebno, s pravičnostjo utemeljeno pravno dobroto.«

<sup>151</sup> Sev. Ant. C. 8, 13, 2: *Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est.* (»Čeprav na splošno velja, da ima tvoj nasprotnik enako pravico tako do posamič kot tudi splošno zastavljenega premoženja, je treba kljub temu umeriti pravosodno oblast.«)

<sup>152</sup> Call. D. 4, 2, 13. Dopustnost samopomoči pri zastavni pravici je zanimivo s primerjalnopravnega vidika. Hebrejsko pravo je denimo ostro obsodilo samopomoč zastavnega upnika, morda tudi zato, da bi revnega dolžnika zaščitila pred socialno sramoto (Brin, 1994, str. 83): 5 Mojz 24, 10–13: »10 Če daš svojemu bližnjemu kar koli na pòsodo, ne hòdi v njegovo hišo, da bi od njega vzel zastavo! 11 Zunaj postoj in ta, ki mu posojaš, naj zastavo prinese k tebi ven.«

Ulp. D. 47, 2, 56 (Ulpijan v 3. knjigi spisa *Disputationes*): »Če upnik odnese stvar, ki mu je bila zastavljena, se ne zdi, da si skuša te stvari prilastiti, marveč da uveljavlja svojo zastavno pravico.«

Ulpijanov odlomek naj bi se nanašal zgolj na primere, ko je zastavni upnik zastavitelju prepustil ročno zastavljeno stvar nazaj v prekarij. S tem so skušali preseči gospodarske pomanjkljivosti ročne zastave, zastavnemu upniku pa hkrati zagotoviti brezpogojno varstvo zoper prekarista.<sup>153</sup> Prekarist zaradi svoje relativne vicioznosti proti *precario dansu* ni imel nobenih posestnih interdiktov, *precario dans* pa je v prekarij prepuščeno stvar smel kadarkoli zahtevati nazaj.<sup>154</sup>

Interpretacija odlomka je zaradi apodiktičnega tona zaposlovala predvsem glosatorje. Dejanski stan tatvine naj po njihovem mnenju ne bi bil izpolnjen zato, ker zastavni upnik, ki je s samopomočjo posegel po zastavljeni stvari, ni deloval z namenom pridobitve premoženjske koristi, temveč z namenom zavarovanja kredita.<sup>155</sup>

Po določilih postklasičnih Pavlovih Sentenc, Sirsko-rimske pravne knjige<sup>156</sup> in Justinijanovega kodeksa<sup>157</sup> je smel zastavni upnik zasledovati zastavljeno stvar izključno po sodni poti, ne glede na to, ali je bila pri zastavitelju ali pri tretjem.<sup>158</sup> V nasprotnem primeru bi odgovarjal za kaznivo dejanje nasilništva (*crimen violentiae*):

PS 2, 14, 5: *Si quis pignora debitoris citra auctoritatem iudicantis abduxerit, violentiae crimen admittit.*

PS 2, 14, 5: »Če kdo dolžnikove zastavljene stvari odvzame brez avtoritete tistega, ki sodi, zagreši kaznivo dejanje nasilništva.«

Kljub oblastnemu neodobravanju samopomoči pa sta se smela zastavni upnik in zastavitelj v zastavni pogodbi dogovoriti, da sme zastavni upnik zunajsodno pridobiti posest na zastavljeni stvari. Zastavitelj naj bi s posebno pogodbeno klavzulo »izvršba naj se izvede kot na podlagi sodbe«<sup>159</sup> privolil v neposredno izvršljivo listino, kar mu je prihranilo zamudni postopek s hipotekarno tožbo. Opisano pogodbeno določilo, ki ga je po helenističnih zgledih<sup>160</sup> predvidela konstitucija cesarjev Septimija Severa in Karakale

<sup>153</sup> Po splošnem pravilu prekarij na lastni stvari ni bil mogoč (Ulp. D. 43, 26, 4, 3). Izjema je veljala za zastavitelja (Ulp. D. 43, 26, 6, 4). Ulpijan je tako prakso označil za vsakodnevno (*cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt* [...]).

<sup>154</sup> O tem Fuenteseca, 2013, str. 91 ss; in Braukmann, 2008, str. 36–40.

<sup>155</sup> *Additio* h glosi *Contrectare: Praesumimus in dubio ea quae benigniora sunt, ut hic: creditores pignus persequi non lucri sui causa, sed potius sui crediti conservandi causa.*

<sup>156</sup> SR § 89b. O tem Selb in Kaufhold, 2002, str. 190. Primerjaj tudi PS 5, 26, 4, ki v drugem delu odlomka velja za predelanega. O tem Sič, 2008, str. 492 s.

<sup>157</sup> Diocl. Max. C. 9, 12, 5.

<sup>158</sup> Selb in Kaufhold, 2002, str. 190.

<sup>159</sup> Pogodbeno določilo se je v papirih glasilo ή πράξις εἶτω καθάπερ ἐκ δίκης. O tem Martin, 2013, str. 243 ss; kritično o tej klavzuli glej zlasti Martin, 2021, str. 89 ss.

<sup>160</sup> Hitzig, 1895, str. 59 ss.

iz leta 205, so v občem pravu imenovali »dogovor o vstopanju (v posest)« (*pactum de ingrediendo*):<sup>161</sup>

C. 8, 13, 3 Sev. Ant. AA. Maximo: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.* <a. 205 pp. k. Mai Antonino A. II et Geta II cons.>

Sev. Ant. C. 8, 13, 3 (Cesarja Septimij Sever in Karakala, Avgusta, Maksimu): »Ne šteje se, da uporabljajo silo upniki, ki v primeru neplačila denarja vstopijo v posest (zastavljene stvari) v skladu z dogovorom (z dolžniki). Kljub temu pa morajo pred tem pridobiti dovoljenje provincialnega upravitelja.« <Dano na majske kalende, v času konzulatov Antonina Avgusta, drugič in Gete, drugič, leta 205>

Zaradi nejasnega zadnjega stavka konstitucije, iz katerega ni mogoče razbrati, v katerem primeru je bil potreben poseg državnega organa, se je razplamtel spor med glosatorji. Bulgar, Martin in Rogerij so zastavnemu upniku dovolili zunajsodni poseg na podlagi dogovora o vstopu v posest v vseh primerih. Glosator Hugo, čigar mnenje je v občepравни literaturi naposled prevladalo, pa je menil, da je sodni poseg nujen takoj, ko se je zastavitelj zastavnemu upniku z orožjem preprečil poseg po zastavljeni stvari.<sup>162</sup>

#### 4.6. Zastarljivost hipotekarne tožbe

Že cesar Gordijan I. je določil, da se ugovora dolgotrajne posesti (*longi temporis praescriptio*) zoper hipotekarno tožbo ne more poslužiti osebni, temveč le stvarni dolžnik.<sup>163</sup> Ugovor dolgotrajne posesti je varoval le dobroverne posestnike.<sup>164</sup> To je bil lahko le tretji, ne pa osebni dolžnik in njegovi vesoljni nasledniki, za katere se je štelo, da bi se morali zavedati obstoja hipotečno zavarovanega dolga.<sup>165</sup> Tudi po Teodozijevem zakonu o zastaranju iz leta 424 je bila hipotekarna tožba, če je bila zastavljena stvar v rokah dolžnika ali njegovih dedičev, nezastarljiva, proti tretjim pa je zastarala v tridesetih letih od dospelosti zavarovane terjatve.<sup>166</sup> Razlog za nezastarljivost hipotekarne tožbe, ki je posebej obremenila zastavitelja in njegove pravne naslednike, v konstituciji sicer ni omenjen. Verjetno pa je do izraza prišla zakonodajalčeva namera, da naj zastavna pravica po načelu akcesornosti ugasne z izpolnitvijo terjatve in ne na temelju zastaranja hipotekarne tožbe.

Cesar Justin je leta 525 določil, da hipotekarna tožba tudi zoper osebnega dolžnika zastara v štiridesetih letih oziroma v tridesetih letih po dolžnikovi smrti. Novost je ute-

<sup>161</sup> Dernburg, 1864 b, str. 328. O *pacta de ingrediendo* v papirih glej Taubenschlag, 1959b, str. 141 in 271, op. 457; in Mitteis, 1891, str. 431.

<sup>162</sup> Haenel, 1834, str. 196 s. O tem Dernburg, 1864b, str. 328–332; in Wach, 1868, str. 57 ss.

<sup>163</sup> Gord. C. 7, 36, 1. O tem Piekenbrock, 2006, str. 61.

<sup>164</sup> Unterholzner, 1858, str. 268.

<sup>165</sup> Ulp. D. 44, 3, 5, 1.

<sup>166</sup> C. Th. 4, 14, 1 pr.

meljil z željo po preseganju »nesmrtnega strahu«, ki bi utegnil pestiti posestnike, če bi še naprej vztrajali pri njeni nezastarljivosti:

C. 7, 39, 7 pr. Iustinus A. Archelao PP: [*N]ostrae provisionis esse perspeximus hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortalis timore teneantur. [...]* <a. 525 D. k. Dec. Constantinopoli Philoxeno et Probo cons.>

Iustinus C. 7, 39, 7 pr. (Cesar Justin Avgust Arhelaju, pretorijanskemu prefektu):

»[M]enimo, da pritiče naši uvidevnosti, da se izboljša to, da tovrstni posestniki ne bi ostali zavezani z malodane nesmrtnim strahom.« [...] <Dano na decembrske kalende v Konstantinoplu, ko sta bila konzula Filoksen in Prob, leta 525>

V občem pravu se je sprožila razprava, kako je sploh mogoče, da je zavarovana terjatev zastarala po splošnem pravilu v tridesetih letih, hipotekarna tožba pa je ostala civilno iztožljiva še nadaljnjih deset let.<sup>167</sup> Menim, da se v tej nekoliko nedosledni zakonodajni rešitvi kaže zakonodajalčeva želja po doseganju kompromisa med prvotno nezastarljivostjo hipotekarne tožbe in splošnim tridesetletnim zastaralnim rokom.

#### 4.7. *Tres denuntiationes*

Zastavitelj je imel zaradi že opisanega zahtevka na presežek kupnine interes po nadzoru zastavnega upnika, ko se je ta odločil po zapadlosti prodati zastavljeno stvar. Če je želel upnik zastavljeno stvar pošteno prodati, je moral namero prodaje naznaniti zastavitelju v navzočnosti prič:

C. 8, 27, 4 Alex. A. Crescenti: *Creditor hypothecas sive pignus cum proscibit, notum debitori facere, si bona fide rem gerit, et quando licet testato dicere debet.* <a. 225 pp. k. Iun. Fusco et Dextro cons.>

Alex. C. 8, 27, 4 (Cesar Aleksander Sever Krescentu): »Ko upnik prodaja na dražbi hipotečno ali ročno zastavljeno stvar, mora ob navzočnosti prič povedati dolžniku, če ravna vestno in pošteno (*si bona fide rem gerit*), ali in kdaj (bo prodajal).« Dano na junijske kalende, v času, ko sta bila konzula Fusk in Dekster, leta 225>

Če je bil zastavitelj prepričan, da bo lahko kmalu po dospelosti odplačal dolg in si je želel zagotoviti, da upnik ne bo prodal njemu posebej ljube stvari, je z upnikom sklenil dogovor o neprodaji (*pactum de non distrahendo pignore*):

D. 13, 7, 4 Ulp. 41 ad Sab.: *Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

Ulp. D. 13, 7, 4 (Ulpijan v 41. knjigi k Sabinu): »Če je bilo bodisi spočetka bodisi kasneje dogovorjeno, da se sme zastavljena stvar prodati, (potem) ne samo, da velja

<sup>167</sup> Löhr, 1827, str. 82 ss.

prodaja, temveč pridobi kupec (tudi) lastninsko pravico na stvari. Vendar pa velja, tudi če ni bilo dogovora o prodaji zastavljene stvari, po pravu, ki ga uporabljamo, da se sme (zastavljena stvar) prodati, kolikor ni bilo (izrecno) dogovorjeno, da (se) ne sme (prodati). Kjer pa je bilo dogovorjeno, da se (stvari) ne sme prodati, bo upnik, če je stvar prodal, odgovarjal za tatvino, kolikor ni (pred prodajo dolžnika) trikrat opomnil, da naj plača, pa (ta tega) ni storil.«<sup>168</sup>

Zastavni upnik, ki je v nasprotju z dogovorom prodal zastavljeno stvar, ni obvešal za tatu, če je prodajo trikrat zapored naznanil dolžniku (*tres denuntiationes*).<sup>169</sup> Po Dernburgovem mnenju bi moralo med naznanitvami po zgledu pravil, ki so veljala za zamudno sodbo, preteči vsaj deset dni.<sup>170</sup> Občepravni juristi so presojo ustreznosti časovnega razmika med posameznimi naznanitvami prepuščali sodnikovi diskrecijski presoji (*arbitrium iudicis*).<sup>171</sup>

Po postklasičnem pravu je moral zastavni upnik zastavitelju v vseh primerih in ne zgolj ob sklenitvi dogovora *pactum de non vendendo* kar trikrat zapored v ustreznih časovnih razmakih naznaniti nameravano prodajo:<sup>172</sup>

PS 2, 5, 1: *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.*

PS 2, 5, 1: »Če želi (zastavni) upnik preprosto odsojiti pri sebi položeno zastavljeno stvar, mora trikrat obvestiti svojega dolžnika, naj stvar reši zastavne pravice, da ne bi bila prodana.«

Pravilo, ki ga postavljajo Pavlove Sentence in ki je prešlo tudi v Sirsko-rimsko pravno knjigo,<sup>173</sup> je v upnikovo škodo zavleklo prodajni postopek. Šele Justinijan je stopil korak nazaj in upniku prodajo olajšal tako, da je redno zadoščala enkratna, zgolj v primeru dogovora o neprodaji pa trikratna naznanitev.

<sup>168</sup> Prevod po Kranjc, 2013, str. 107, primer 272.

<sup>169</sup> Da je besedica *ter* v Ulp. D. 13, 7, 4 interpolirana, so menili Kaser, 1975, str. 310, op. 5; Levy, 1956, str. 188; in Biondi, 1954, str. 256. Liebs (2018, str. 438) trdi, da je interpoliran celoten stavek *nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*. Zdi se mu, da Ulpianu, ki naj bi se »vsakič znova postavil na stran socialno šibkejših« (navaja: D. 24, 3, 22, 8; D. 26, 10, 3, 15; D. 47, 10, 13, 7; D. 42, 4, 7, 4; D. 43, 20, 1, 43; D. 24, 1, 3, 1; D. 48, 19, 6 pr., D. 48, 5, 14, 5; D. 49, 4, 1 pr.), ni mogoče pripisovati zavzemanja za to, da bi »očitno močnejša stran« (tj. upnik) z enostransko, čeprav trikrat ponovljeno izjavo, odpravila izpogajano pogodbeno klavzulo o neprodaji.

<sup>170</sup> Diocl. Max. C. 7, 43, 9.

<sup>171</sup> Dernburg, 1864 b, str. 126.

<sup>172</sup> Liebs (2018, str. 438) besedo *simpliciter* prevaja »brez posebnega dogovora« (tj. *sine condicione*), kar bi pomenilo, da je potreben trikratni opomin tudi v primeru, ko *pactum de non vendendo* ni bil sklenjen.

<sup>173</sup> SR § 89a (primerjaj § 109) govori o treh παραγγελία. Glej Selb in Kaufhold (2002), str. 189.



#### 4.8. Moratorij na prodajo, izprositev lastnine in pravica rešilnega kupa

Justinijan je v Institucijah napovedal dosledno prizadevanje, »da (zastavnih) upnikov ne bi nič oviralo pri zasledovanju njihove pravice in da se ne bi zdelo, da na svojih stvarih dolžniki prehitro izgublajo lastninsko pravico«. <sup>174</sup> Skladno s tem je v konstituciji C. 8, 33, 3 prenovil postopek prodaje zastavljene stvari, njenega morebitnega domika v upnikovo last in pravico rešilnega kupa. Ključni novosti sta bili uvedba dvoletnega moratorija na prodajo zastavljene stvari in podaljšanje zastaviteljeve pravice rešilnega kupa z enega na dve leti. V reformni konstituciji je cesar uvodoma poudaril svojo zavezanost k izboljšavi starega prava:

C. 8, 33, 3 Iust. A. Demostheni PP: *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.*

Iust. C. 8, 33, 3 (Cesar Justinijan Avgust Demostenu, pretorijanskemu prefektu): »Najstarodavnejše pravilo, ki v listinah ni bilo pojasnjeno, želimo v celoti odpraviti ali ga, še raje, popraviti z nazornejšimi sredstvi. Če je torej kdo želel zastavljene stvari posedovati kot lastnik, je bila uvedena javna dražba in staro rešilno leto. Toda teh javnih dražb nismo niti videli niti o njih česarkoli slišali, razen ob prebiranju knjig.«

Strankama zastavne pogodbe je bil v celoti prepuščena možnost dogovora o načinu unovčenja zastavne pravice. Če ni bilo dogovorjeno drugače, je smel upnik zastavljeno stvar po novem prodati šele dve leti po dospelosti zavarovane terjatve. V tem roku je smel dolžnik s plačilom in povrnitvijo morebitne škode, ki je nastala zastavitelju, stvar »rešiti« pred pretečo prodajo. Iztek tega »zakonskega moratorija« se je pri terjatvah z določenim rokom izpolnitve računal od trenutka izdaje sodbe, pri terjatvah brez določenega roka izpolnitve pa od opomina dolžniku:

C. 8, 33, 3, 1: *Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.*

C. 8, 33, 3, 1: »Zato določamo, da če kdo zastavi svojo stvar upniku in je bilo v pogodbi določeno, kako naj se stvar proda, bodisi sočasno bodisi s poznejšimi dogovori, je treba upoštevati to, kar je bilo dogovorjeno med upnikom in dolžnikom.

<sup>174</sup> Inst. 2, 8, 1: [...] *sed ne creditores ius suum persequi impedirentur neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est [...]*. Prevod po Kranjc, 2012, str. 175 in 177.

Če pa ni bilo nič dogovorjeno, je posojilodajalcu dovoljeno, da zastavljeno stvar proda dve leti po naznanitvi dolžniku, ki je opravljena v navzočnosti prič, ali dve leti po izdani sodni odločbi.«

Ker je bil zastavitelj seznanjen z nameravano prodajo, je smel nadzorovati morebitno koluzijo med prodajalcem (zastavnim upnikom) in z njim povezanimi osebami, ki bi jim utegnil zastavni upnik poceni prodati zastavljeno stvar. Pogodbo, ki je bila sklenjena v njegovo škodo, je smel zastavitelj izpodbijati že po konstituciji Dioklecijana in Maksimijana.<sup>175</sup>

Če upnik po preteku dveh let ni našel primernega kupca, je moral dolžnika, ki se je nahajal v domicilu, po sodni poti pozvati k izpolnitvi obveznosti in se z dolžnikom dogovoriti o novem roku izpolnitve ter ga opomniti, da bo v primeru izostalega plačila izgubil lastnino na zastavljeni stvari. Če je dolžnik obveznost izpolnil, mu je moral upnik vrniti zastavljeno stvar. Če dolžnika zaradi odsotnosti niso našli,<sup>176</sup> je rok za izpolnitev določil provincialni sodnik:

C. 8, 33, 3, 3: *Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod licentia ei dabitur sese manifestare et offerre pecunias et pignus ab oppigneratione liberare.*

C. 8, 33, 3, 3: »Če pa dolžnika nikakor ni mogoče najti, naj sodnik določi rok, znotraj katerega mu je dana pravica, da se pojavi in da ponudi plačilo ter da stvar osvobodi zastavne pravice.«

Če dolžnik po preteku sodniškega roka ni izpolnil dolgovane obveznosti, se je smel upnik, če ni našel primernega kupca, obrniti na cesarsko pisarno ter po zgledu javno-pravnih milostnih aktov »izprositi«<sup>177</sup> domik lastninske pravice na zastavljeni stvari (*impetratio domini*).<sup>178</sup> V primeru splošne zastavitve navedenega instituta ni bilo mogoče uporabiti.<sup>179</sup>

C. 8, 33, 3, 2 in 3a: *Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, ut necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure domini possidere, in huiusmodi casibus causam esse observandam censemus, ut, sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur, sive afuerit, provinciale tribunale creditor petat et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est, et certum tempus statuatur, intra quod et, si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas*

<sup>175</sup> Diocl. Max. C. 8, 27, 10, 2.

<sup>176</sup> O pojmu dolžnikove odsotnosti (*absentia*) glej Ulp. D. 50, 16, 199.

<sup>177</sup> Glagol *impetro* pomeni »izprosim« ali »izposlujem«. Institut *impetratio domini* zato prevajam kot »izprositev« (podelitve) lastnine. Gre namreč za obliko vladarjevega milostnega akta. Wiesthalet, 1999, str. 350.

<sup>178</sup> Institut je uredil že cesar Aleksander Sever (Alex. C. 8, 22, 2, 1). Glej tudi Ulp. D. 13, 7, 24. O tem Zamora, 2007, str. 524; Korošec, 2005, str. 217; in Dernburg, 1864 b, str. 241, op. 4.

<sup>179</sup> Alex. C. 8, 33, 1.

*accepit debitum offerre et pignus recuperare. [...] (3a) Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis iure dominii habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio.*

C. 8, 33, 3, 2 in 3a: »Kadar pa ni nikogar, ki bi želel kupiti stvar, in je zato nujno, da upnik na stvari sam pridobi posest kot lastnik, določamo naslednje: če je dolžnik prisoten, naj se mu to sporoči po preteku dveh let; če je odsoten, naj gre upnik pred provincialnega sodnika in ga zaprosi, da naj dolžniku prek sodnih pomočnikov naznani upnikov zahtevke ter določi rok, v katerem sme dolžnik, če se pojavi, upniku ponuditi plačilo dolgovanega denarnega zneska in dobiti nazaj zastavljeno stvar. [...] (3a) Če dolžnik ni bil najden v določenem roku ali pa je zavrnil celotno plačilo dolgovanega denarnega zneska, naj se upnik obrne na najvišje oblastvo ter v svoji prošnji izprosi podelitev lastninske pravice na zastavljeni stvari in to bo dobil po cesarski odredbi v svojo lastnino.«

Upnik po izprostitvi lastnine ni postal dokončni lastnik stvari. Cesar je namreč s sklicevanjem na človečnost oziroma sočutje do dolžnika (*pietatis intuitu*)<sup>180</sup> predvidel, da sme dolžnik še v nadaljnjih dveh letih po upnikovi pridobitvi lastnine izpolniti obveznost, s čimer je upnik izgubil izprošeno lastnino.

C. 8, 33, 3, 3b in 3c: *Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori qui iam dominus factus est offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. (3c) Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam inrevocabilem factam.*

C. 8, 33, 3, 3b in 3c: »In potem ko je bilo to storjeno, se sme dolžniku zaradi sočutja v (naslednjih) dveh letih, ki se štejeta od trenutka izdaje cesarskega dekreta, humano povrniti lastninsko pravico na zastavljeni stvari, če upniku, ki je zdaj že postal lastnik, ponudi dolgovan znesek skupaj z obrestmi in pod upnikovo prisego ocenjenim nadomestilom za škodo, ki je bila upniku povzročena po dolžnikovi krivdi. (3c) Če pa se je dvoleten rok iztekel, naj upnik, ki je hkrati lastnik, stvar nepreklicno pridobi.«

Felgenträger je pravico rešilnega kupa, opisano v gornjem odlomku, pripisoval vplivom grških in starih orientalskih prav.<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Primerjaj Kranjc, 2012, str. 74 s; Wubbe, 1990, str. 257; in Schönbauer, 1942, str. 323.

<sup>181</sup> Felgenträger, 1933, str. 95; in Kaser, 1975, str. 314, op. 16. Omenimo lahko 39. člen zakonika akadjskega mesta Ešnunna, ki govori o prodajalcu, ki je v stiski prodal rodbinsko nepremičnino. § 39 EZ: »Če je človek v denarni stiski za srebro (pro)dal svojo hišo, (tedaj velja): kadar bo kupec zopet prodajal (hišo), (jo) bo lastnik hiše odkupil [ali pa: kadar bo kupec dal (= plačal) kupnino, bo lastnik hiše odšel (iz nje)].« Predlog prevoda, za katerega prevajalec sam ugotavlja, da ostaja negotov, navajam po Korošec, 1953, str. 32 s. V komentarju avtor navaja naslednji pomen določbe: »Prodajalec

Justinijan je enoletni rok za uveljavljanje pravice rešilnega kupa podaljšal na dve leti (*biennium luitionis*). Poleg tega je posegel v strukturo pravice same. Po klasičnem pravu je smel zastavitelj rešiti (*luere*) prodano stvar le, če sta se o tem upravičenju dogovorila zastavni upnik v vlogi prodajalca in kupec zastavljene stvari. Pri njunem dogovoru je šlo pravzaprav za pravo pogodbo v korist tretjega, tj. zastavitelja.<sup>182</sup> Če se kupec ni želel podvreči izgovorjeni zastaviteljevi pravici rešilnega kupa, je smel zastavitelj zastavnega upnika (kot prodajalca) tožiti z *actio pigneraticia directa*, s katero ga je prisilil k odstopu tožbe *actio venditi* zoper kupca zastavljene stvari. Alternativno je smel zastavitelj kupca tožiti tudi z *rei vindicatio* ali z *actio in factum*.<sup>183</sup> Po preteku v pogodbi določenega roka sta zastaviteljeva pravica rešilnega kupa in z njo povezana pravica izpodbijanja prodajne pogodbe prenehali, če ni bil dolžnik nedoletni, varovanec ali odsoten po državnih poslih.<sup>184</sup> Zastaviteljevo pravico rešilnega kupa, ki je bila neodvisna od posebnega dogovora med zastavnim upnikom in kupcem, so najverjetneje priznali v provincialni praksi.<sup>185</sup> Prek te je prešla v Justinijanovo pravo. Če se je zastavitelj odločil uveljavljati pravico rešilnega kupa, je moral skladno s C. 8, 33, 3, 3b povrniti ne le obrestovane glavnice, marveč tudi odškodnino zaradi zavlačevanja, ki pa jo je moral, da ne bi prišlo do pretiravanja, upnik oceniti pod prisego.

Justinijan je po izprostitvi lastninske pravice predvidel tri možne situacije, glede na to, ali je bila vrednost zastavljene stvari lahko nižja, enaka ali višja od vrednosti zavarovane terjatve. V prvem primeru so upniku za izterjavo preostanka dolga (*residuum*) ostale na voljo tožbe iz temeljnega razmerja, v drugem primeru je smel upnik stvar obdržati, v tretjem primeru pa je zastavitelj (dolžnik) na presežku kupnine (*superfluum*), izraženem v solastninskem deležu, ohranil vse pravice. Če sta postala upnik in zastavitelj (dolžnik) solastnika, je smel upnik zastavitelju izplačati pripadajoči solastninski delež ali zastaviteljevim upnikom zagotoviti ustrezno zavarovanje:

C. 8, 33, 3, 4 in 4 a–c: *Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra.* (4a) *Sin autem ex*

(sme) odkupiti svojo prodano hišo (morda za isti znesek??), kadar jo bo novi lastnik prodajal.« Če je nameraval kupec zadevno nepremičnino znova prodati po določeni ceni, je moral dati prednost nekdanjemu lastniku, če se je ta potegoval za nakup. Določba, ki jo literatura obravnava kot značilen motiv socialne pravičnosti, saj naj bi varovala reveža pred izgubo družinskega premoženja, je *a fortiori* zavezovala tudi kupca zastavljene stvari. Westbrook, 2001, str. 72; in Skralovnik in Matjaž, 2017, str. 27.

<sup>182</sup> Manigk, 1941, str. 1274.

<sup>183</sup> Ulp. D. 13, 7, 13 pr.

<sup>184</sup> Marcian. D. 20, 5, 7, 1.

<sup>185</sup> To bi izhajalo iz Diocl. Max. C. 8, 19, 2 (l. 293), kjer cesar poudari napačnost take prakse: *Obligata pignoris iure creditore recte distrabente post debitor emptori pretium offerens vel creditori quod debuit evincere non potest.* (»Potem ko je upnik pravilno prodal zastavljeno stvar, dolžnik proti plačilu kupnine kupcu ali izpolnitvi dolga upniku ne more evincirati zastavljene stvari.«)

*utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat.* (4b) *Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.* (4c) *Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre.*

C. 8, 33, 3, 4 in 4 a–c: »Toda če je bila zastavljena stvar vredna manj, kot je znašal dolg, sme upnik terjati dolžnika glede preostanka dolgovane obveznosti. (4a) Če pa vrednost zastavljene stvari ni enaka višini dolga, ima upnik nedvomno pravico do zadržanja celotne stvari. (4b) Če pa je vrednost zastavljene stvari višja od višine dolga, bo po našem zakonu dolžnik ohranil vse pravice. Upniki posojilodajalca (zdaj lastnika) nimajo na tem premoženju nobenega zahtevka, saj se pravice ohranjajo v korist dolžnikovih upnikov ali za samega dolžnika. (4c) In da ne bi pri solastnini nastala kakšna težava, dajemo upniku oziroma lastniku dovoljenje, da sme presežek plačati dolžniku ali da je dolžnikovim upnikom zagotovljeno ustrezno zavarovanje.«

Upnik, ki je pridobil lastnino na zastavljene stvari, je smel to stvar kljub določenemu dvoletnemu rešilnemu obdobju prodati. *Superfluum* je moral ob prodaji izročiti zastavitelju. Zastavitelj ali zastaviteljevi upniki bi upniku lahko očitali, da je stvar prodal pod tržno vrednostjo in jih tako prikrajšal za presežek kupnine. Zato je Justinijan od upnika (lastnika) zahteval, da priseže, da je pri prodaji iztržil najvišjo možno vrednost.

C. 8, 33, 3, 5 in 5 a: *Sin vero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare.* (5a) *Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote vilioze pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem.*

C. 8, 33, 3, 5 in 5a: »Če pa želi upnik, potem ko je začel posedovati zastavljeno stvar kot lastnik, stvar prodati, sme to storiti, in če je bilo od tega kaj presežka, tega ohraniti za dolžnika. (5a) Toda če se porodi dvom, da stvar ni bila prodana po dovolj visoki ceni, je upnik dolžan priseči, da pri tem ni bilo nobene zvižaje ali obida, temveč da je (upnik) prodal stvar za toliko, kot je največ mogel. Tako bo moral vrniti le presežek, ki je izhajal iz prisege. Če pa je iz prisege razvidno, da je upnik prejel manj, kot je znašal dolg, mu preostane tožba na razliko.«

Vrednost zastavljene stvari, na kateri je upnik pridobil lastnino, je ocenil sodnik:

C. 8, 33, 3, 6: *Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis, ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in*

*aestimatioe pignoris obtineat.* <a. 530 D. XV k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. CC. cons.>

C. 8, 33, 3, 6: »Vse dokler je zastavljena stvar pri upniku v njegovi lastnini, je ocena višine njene vrednosti, ne glede na to, ali je zastavljena stvar vredna več ali manj od dolga, v sodnikovi presoji, kar pomeni, da je le po sodniku ocenjena vrednost zastavljene stvari merodajna za določitev njene (prave) vrednosti.« <Dano v Konstantinoplu, 15. dan pred aprilskimi kalendami, v času konzulata Lampadija in Oresta (leta 530)>

## 5. Sklep

Kaserjeva teza o okrepljenem pravnem položaju zastavnega upnika kot posebnosti rimskopravnega razvoja se je po analizi njegovih nosilnih argumentov izkazala kot pretirana. Pridružujem se Wackeju,<sup>186</sup> ki je poudarjal napačnost Kaserjeve hipoteze, po kateri naj bi v primeru neizpolnitve zavarovane terjatve zastavljena stvar samodejno prešla v lastnino zastavnega upnika. Zastavni upnik je smel zastavljeno stvar od začetka ob odsotnosti komisornega dogovora ali dogovora o prodaji le zadrževati v posesti vse do izpolnitve zavarovane obveznosti. To nakazuje, da je bil zlasti v luči standardov skrbnosti<sup>187</sup> zastavni upnik varovan sorazmerno šibko in prav to je bil ključen razlog za vključitev dodatnih dogovorov v zastavno pogodbo. Zlasti dogovor o prodaji, ki je bil prvotno izgovorjen v korist zastavnega upnika, je s priznanjem zastaviteljeve pravice do presežka kupnine postal vitalnega pomena tudi za zastavitelja. Komisorni dogovor, ki je koristil predvsem zastavnemu upniku, so že klasiki obravnavali kot pogojno odloženo prodajno pogodbo. Ta razlaga je zastavitelju zagotovila vračunanje delnih izpolnitev in presežka nad določeno oziroma določljivo (ter po Dioklecijanu tudi primerno) kupnino.

V nadaljevanju razprave sem relativiziral tudi nekatere druge Kaserjeve argumente. V primeru neupravičenega zahtevka za predčasno prepustitev hipotečno zastavljene stvari pod pretvezo njene devastacije bi se smel zastavitelj, ki mu je Kaser odrekel vsakršno varstvo, najverjetneje braniti z ugovorom zvičajne prevare.

Dejstva, da zastavni upnik redno ni bil odgovoren za evikcijo, ni mogoče pojmovati za poseben odsev načela *favor creditoris*, saj je bil zahtevke za sklenitev dvojne stipulacije za primer evikcije tudi pri navadnem prodajalcu priznan komaj v visoki klasični dobi.

<sup>186</sup> Wacke, 1998, pass.

<sup>187</sup> Po nekaterih klasičnih virih je zastavni upnik, ki mu je bila stvar prepuščena v posest, odgovarjal za varovanje (*custodia*). To je pomenilo odgovornost za predvidljive naključne dogodke, ki bi jih s skrbnim varovanjem lahko preprečil (na primer tatvina) (Ulp. D. 13, 7, 13, 1; Gai. 3, 204 in Diocl. Max. D. C. 8, 13, 19). Da je odgovarjal za vsako krivdo (*omnis culpa*), bi izhajalo iz Ulp. D. 39, 2, 15, 30; Ulp. D. 42, 5, 9, 5 in Ulp. D. 13, 6, 5, 2. O tem Kaser, 1971, str. 509; Nörr, 1956, 84 ss; in Zimmermann, 1992, str. 226, op. 273.

Poleg tega je zastavni upnik kot prodajalec odgovarjal za evikcijo, če mu je kupec dokazal dolozno ravnanje.

V primeru zastave več stvari je že načelo vestnosti in poštenja narekovalo, da je upnik pri odločitvi, katero stvar bo najprej unovčil, upošteval njemu znane zastaviteljeve interese.

Poznoklasična Gordijanova konstitucija, ki se jo pogosto omenja kot primer daljnosežnih upnikovih upravičenj, po večinski oceni ni uzakonila zastavne, temveč zgolj retencijsko pravico. Če upoštevamo širši kontekst rimskega zasebnega prava, retencijske pravice ne moremo opisati kot posebnosti zastavne pogodbe.

Odsotnost oblastnega nadzora pri unovčenju zastavne pravice odgovarja splošni razvojni stopnji rimskega prava in družbe, ki se je v liberalnem duhu vzdrževala posegov v zasebno pravo, kolikor ni šlo za neposredno ogrožanje fiskalnih interesov.

Analiza izpostavljenih vidikov potrjuje, da je bil cilj rimskih klasičnih juristov zagotoviti izravnavo premoženjskih interesov in ne vnaprejšnje privilegiranje ene ali druge pogodbene stranke.<sup>188</sup> Zastava je bila dana v obojestransko korist – *pignus utriusque gratia datur*.<sup>189</sup>

Šele v postklasični dobi so se na področju zastavne pravice uveljavile novosti, ki bi jih lahko označili za privilegiranje zastavitelja oziroma dolžnika (*favor debitoris*). Cesarske konstitucije na več mestih zamejujejo pogodbeno avtonomijo. Omejuje se predmet zastavne pravice in uvajajo domneve, ki varujejo šibkejšega zastavitelja. Prirast zastavljene stvari se šteje za zastavljeno le ob izrecnem dogovoru. Za zastavitelja pogosto neugoden komisorni dogovor ni več predmet dobrohotne pravne interpretacije, saj ga je zakonodajalec v celoti prepovedal. Konstitucije so ožile upnikovo samopomoč in obseg njegove proste presoje v prodajnem postopku. Prodaja zastavljene stvari in prehod lastninske pravice na zastavnega upnika postaneta izdatno regulirana in podvržena oblastnemu nadzoru<sup>190</sup> z namenom omejevati oderuške prakse.

Justinijanova konstitucija C. 8, 33, 3 se je v zgodovino zasebnega prava zapisala kot eden tipičnih zakonodajalčevih ukrepov, ki bi jih lahko uvrstili v okvir razprave o privilegiranju dolžnika (*favor debitoris*).<sup>191</sup> Nerazumno dolg dveletni rok, ki je moral poteči, da

<sup>188</sup> Primerjaj Biondi, 1972, str. 341: »Il diritto della obbligazione si sviluppa secondo una linea di proiezione del debitore; ma per tutta l'epoca classica rappresenta un sapiente equilibrio tra la pretesa del creditore e la pietà verso il debitore.« Primerjaj Hofstetter, 1999, str. 237.

<sup>189</sup> Inst. 3, 14, 4.

<sup>190</sup> O tem Wieacker, 2006, str. 207, 232.

<sup>191</sup> Felgenräger, 1933, str. 95: »So ist das fremde Verfahren in den Dienst der *pietas* und *humanitas* gegenüber dem bemitleidenswerten Schuldner gestellt.« Dernburg, 1864 b, str. 140–143: »Hauptmotiv war schlaffe Humanität gegen den Schuldner, die sich ja durchaus in der justinianischen Gesetzgebung geltend macht.« Zamora Manzano, 2007, str. 529; Biondi, 1954, str. 256: »[I]n realtà ha voluto avvantaggiare il solo debitore, in quanto ha concesso in definitivo una dilazione, che il Dernburg non esita a qualificare »unerträglichler ja unbegreiflicher« e quindi caduta nel diritto commune.« David, 1939, str. 385: »[...] die Tendenz, den Schuldner zu schonen, auch bei

je zastavitelj sploh smel pristopiti k prodaji zastavljene stvari, je zavlekel postopek unovčenja zavarovanja. Tudi zastaviteljeva pravica rešilnega kupa, ki jo je Justinijan prav tako razširil na dve leti, je v pravna razmerja zanesljivo vnašala dodatno negotovost. Pri tem jo je skupil predvsem posojiljemalec. Pretirani državni paternalizem ga je stal ugodnega kredita, državo pa investicij.

Menim, da so bili razlogi za blagohotno obravnavo zastavitelja v postklasičnem pravu zlasti gospodarski in fiskalni. Država ni mogla trpeti pogodbenih določil, ki bi vodila v gospodarsko uničenje državljana, ki je bil hkrati družinski oče, vojak in davkoplčevalec. Morda je nekaterim zakonodajnim ukrepom prek naukov cerkvenih očetov in sklepov cerkvenih zborov, ki so se odvijali pod cesarskim pokroviteljstvom, botrovala tudi krščanska etika. Za zgodovinarje in pravnike, ki jih zanimajo povezave med pravom in ekonomijo, je razvoj rimske ureditve stvarnopравnih zavarovanj posebej inštruktiven pojav, ki si zasluži poglobljeno dogmatično in primerjalnopravno obravnavo.<sup>192</sup> Razvoj zastavne pravice v postklasični dobi zlasti v luči neumerjenih zakonodajalčevih posegov v domišljeno in težko doseženo klasično ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom potrjuje staro modrost, ki bi jo moral upoštevati tudi sodobni zakonodajalec: *omne, quod est nimium, vertitur in vitium*.

## Viri in literatura

- Arnese, A. (2018) 'Marcian. lib. sing. ad form. hyp. D. 20.1.16.9. Il patto marciano: il problema del giusto prezzo e il rapporto col il divieto del patto commissorio', v: Solidoro, L. idr. (ur.) *Il diritto romano caso per caso*. Torino: Giappichelli Editore, str. 177–192.
- Baldus, C. (1998) *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 2. del. Frankfurt na Majni, Berlin, Bern, New York, Pariz in Dunaj: Peter Lang.
- Baldus, C. (2010) 'Römische Privatautonomie', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, št. 210, zvezek 1, str. 2–31.
- Bethmann-Hollweg, M. A. (1877) *Das zwanzigste Buch der Pandekten als Beispiel klassischer Jurisprudenz*. Bonn: Adolph Marcus.
- Biondi, B. (1954) *Il diritto romano cristiano, III. La famiglia – rapporti patrimoniali, diritto pubblico*. Milano: Giuffrè.
- Biondi, B. (1972) *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè.

anderen Massregeln von Justinian zu Tage zu treten scheint [...]« Wubbe, 1990, str. 257; Kranjc, 2012, str. 73 s.

<sup>192</sup> Schulz, 1951, str. 405.



- Bonini, R. (1974) 'Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto (Nelle novelle Giustiniane)', v: Lombardi, G. (ur.): *Studia et documenta historiae et iuris*, XL, Rim: Pontificia universitas Lateranensis.
- Brassloff, S. (1933) *Sozialpolitische Motive in der römischen Rechtsentwicklung*. Dunaj: Perles.
- Braukmann, M. (2008) *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*. Göttingen: Wallstein.
- Brin, G. (1994): *Studies in Biblical Law from the Hebrew Bible to the Dead Sea Scrolls*, Translated from the Hebrew by Jonathan Chipman, Journal for the Study of the Old Testament Supplement Series 176. Sheffield: Sheffield Academic Press.
- Brinkmann, H. (1892) *Die Lex commissoria beim Pfandrecht*. Göttingen: Kaestner.
- Bürge, A. (1979) *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, v: Züricher Studien zur Rechtsgeschichte, Zürich.
- Bürge, A. (1980) 'Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 97 (1), str. 105–156.
- Cigoj, S. (1976) *Obligacije. Sistem splošnega obligacijskega prava*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije.
- Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Imp. PP. Avgusti, Repetitae Praelectionis Libri Duodecim, Accursii Commentariis, Ac Contii, Et Dionysii Gothofredi Atque Aliorum Quorvndam illustrium Iurisconsultorum lucubrationibus illustrati [...]* (1627). Lyon: Prost.
- Crook, J. (1967) *Law and Life of Rome*. New York: Cornell University Press.
- Dareste, R., Haussoullier, B., Reinach Th. (1898) *Recueil des inscriptions juridiques Grecques*, 2. serija. Pariz: Ernest Leroux.
- David, M. (1939) 'Recenzija k Wilhelm Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht*', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, str. 372–388.
- Demandt, A. (2007) *Die Spätantike, Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284-565 n. Chr.* München: C. H. Beck.
- Dernburg, H. (1864a) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Prvi zvezek. Leipzig: Hirzel.
- Dernburg, H. (1864b) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Drugi zvezek. Leipzig: Hirzel.
- Diodori Bibliotheca historica editionem primam curavit Imm. Bekker alteram Ludovicus Dindorf recognovit F. Vogel* (1888), Leipzig: Teubner.

- Dokler, A. (2015) *Grško-slovenski slovar*. Ljubljana: Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša, Založba ZRC, ZRC SAZU (spletni dostop: <https://www.termania.net/?searchIn=Linked&ld=6>, 23. 6. 2022).
- Du Plessis, P. (2007): 'The "Interdictum de Migrando" revisited', v: *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 54, str. 219–244.
- Dupont, C. (1963) *La réglementation économique dans les constitutions de Constantin*. Lille: Impr Morel & Corduant.
- Endemann, W. (1883) *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen des Siebzehnten Jahrhunderts*, drugi zvezek. Berlin: Guttentag.
- Felgenträger, W., *Antikes Lösungsrecht*. Berlin in Leipzig: De Gruyter, 1933.
- Frezza, P. (1963) *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, II. Garanzie Reali*. Padova: Cedam.
- Frier, B. (2016) *The Codex of Justinian, A new Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text*, 3. del, knjige VIII–XIII. Cambridge: University Press.
- Frier, B. W. (1980) *Landlord and Tenants in Imperial Rome*. Princeton University Press.
- Fuenteseca, M. (2013) *Pignus e hyptheca en su evolución histórica*. Andavira: Santiago de Compostela.
- Gaudemet, J. (1992) 'La Constitution »ad populum« du 31 janvier 320', v: *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*. Neapelj: Jovene, str. 117–136.
- Gesterding, F. C. (1832) *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Vierten Theils erste Abtheilung*, Greifswald.
- Goldschmidt, L. (1891) *Handbuch des Handelsrechts, Geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren*. 1. zvezek, prvi oddelek. Stuttgart: Enke.
- Göttlicher, D. R. (2004) *Auf der Suche nach dem gerechten Preis, Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*. Göttingen: V&R Unipress GmbH.
- Gouron, A. (1961) 'Gage confirmatoire et gage pénitentiel en droit romain (Suite)', v: *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), 39, Editions Dalloz, str. 197–223.
- Haenel, G. (1834): *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig: Hinrichsius.
- Harke, J. D. (2019) *Iuris prudentia Diocletiana. Kaiserliche Rechtsprechung am Ende des dritten Jahrhunderts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Harke, J. D. (2021) *Utilitas Constantiniana. Privatrechtsgesetzgebung am Beginn des vierten Jahrhunderts*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Hitzig, H. F. (1895) *Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts*. München: Ackermann.
- Hofstetter, J. (1999): 'War Atilicinus Schuldnerfreundlich?', v: Gerkens, J.-F. (ur.): *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Lüttich, str. 225–238.
- Honsell, H., Mayer-Mally, T., in Selb, W. (1987) *Römisches Recht*. Berlin, Heidelberg, New York, London, Pariz in Tokio: Springer.
- Jhering, R. v. (1992) *Der Kampf um's Recht. Zum hundertsten Todesjahr des Autors herausgegeben von Felix Ermacora*. Berlin: Propyläen Verlag.
- Jörs, P.; Kunkel W.; Wenger L. (1935) *Römisches Recht*, 2. izdaja. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Kambič, M. (2010): 'Aedificatio po D. 6, 1, 38 – primer sodobnega pomena eksegeze', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 70, str. 127–158.
- Karlović, T. (2022) 'O pravnoj naravi i konstrukciji formule *actio fidei*', v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 59 (2), str. 229–256.
- Kaser, M. (1935) *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1958) 'Partus ancillae'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 75 (1), str. 156–200.
- 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, Die nachklassischen Entwicklungen*. 2. izdaja, 2. odsek. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1982) *Studien zum römischen Pfandrecht*. Neapelj: Jovene Editore.
- 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: Weidmann.
- Korošec, V. (1954) 'Slovenski prevod določb Hammurabijevega zakonika', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 54, str. 53–96.
- Korošec, V. (1954) *Zakonik mesta Ešnunne in Lipit-Ištarjev zakonik*. Razprave. Dissertationes. II. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti.

- Korošec, V. (2005) *Rimsko pravo*, 1. del. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Krämer, G. (2007) *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*. Köln, Weimar in Dunaj: Böhlau.
- Kranjc, J. (2005) 'In ius und in factum konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung', v: Ernst, W., in Jakab, E. (ur.): *Usus Antiquus Juris Romani Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*. Berlin, Heidelberg in New York: Springer.
- Kranjc, J. (2012) *Justinijanove Institucije*. Ljubljana: GV Založba.
- Kranjc, J. (2012) *Virtues in the Law: The Case of Pietas*. New York: New York University School of Law.
- 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).
- Krek, G. (1921) 'Pomen rimskega prava nekdanj in sedaj, Uvodno predavanje', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 1, str. 116–182.
- Krek, G. (1937) *Obligacijsko pravo*. Celje: Družba sv. Mohorja.
- Krüger, P. (recog.) (1878) *Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani: Ulpiani Liber Singularis Regularum. Pauli Libri Quinque Sententiarum. Fragmenta Minora*. Berlin: Weidmann.
- Krüger, P. (recog.) (1906) *Codex Iustinianus*, Volumen secundum, Editio stereotypa. Berlin: Weidmann.
- Krumpholz, H. (1992) *Über sozialstaatliche Aspekte in der Novellensetzgebung Justinians*. Bonn: Habelt.
- Kübel, F. E. (1870) *Die soziale und volkswirtschaftliche Gesetzgebung des Alten Testaments unter Berücksichtigung moderner Anschauungen dargestellt*. Wiesbaden: Niedner Verlagshandlung.
- Kunkel, W. (2001) *Die römische Juristen. Herkunft und soziale Stellung*. Köln, Weimar in Dunaj: Böhlau.
- Kurrein, A. (1890) *Die sociale Frage im Judenthume*. Mülheim am Rhein: Glitscher.
- Lenel, O. (1889) *Palingenesia iuris civilis*, 2. del. Leipzig: Tauchnitz.
- Lenel, O. (1927) *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. Leipzig: Tauchnitz.
- Levy, E. (1929) 'Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 49 (1), str. 230–259.

- Levy, E. (1956) *Weströmisches Vulgarrecht*. Weimar: Böhlau.
- Liddell, H. G. in Scott, R. (1996) *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press.
- Liebs, D. (1976) 'Römische Provinzialjurisprudenz', v: Temporini, H. (1976). *Recht (Methoden, Schulen, Einzelne Juristen), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung II*. Berlin, Boston: De Gruyter.
- Liebs, D. (2018) 'Wenn Fachliteratur Gesetz Wird – Inwieweit wurden Römische Juristenschriften im Lauf der Jahrhunderte Überarbeitet?', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 135, str. 395–473.
- Louis-Lucas, P. (1886) *De la préférence des romains pour les garanties personnelles (satisfactions) comparées aux sûretés réelles (observation sur la L. 25, de div. reg. jur. ant. D., L, 17)*. Pariz: Ernest Tilorin.
- Löffelmann, A. (1996) *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen, Rechtsvergleich zwischen deutschem und römischem Recht*. Köln: Böhlau.
- Löhr, V. (1828): 'Einiges zur Lehre von der Verjährung der Klagen', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 10 (1), str. 66–89.
- Lucas, P. L. (1886) *De la préférence des romains pour les garanties personnelles (satisfactions) comparées aux sûretés réelles*. Paris: Ernest Thorin.
- Manigk, A. (1914) 'Hyperocha', v: Wissowa G.: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft*, Metzler, IX, 1, str. 292–321.
- Manigk, A. (1941) 'Pignus', v: Wissowa G.: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft*, Metzler, XX, 1, str. 1239–1283.
- Martín, J.-D. R. (2013) 'Sobre la supervivencia de la cláusula «καθάπερ ἐκ δίκης» en los papiros romanos y bizantinos', v: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 60, str. 243–277.
- Martín, J.-D. R. (2021) 'Textual Evidences of the Executive Legal Effects of a 'Καθάπερ Ἐκ Δίκης' Formula in Early Roman Egypt', v: *Neue Grenzen / New Frontiers*. Budimpešta: Humboldt-Kolleg, str. 89–104.
- Mayer-Maly, T. (1958): 'Das Notverkaufsrecht des Hausvaters', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 75 (1), str. 116–155.
- Migne, J. P. (1845) *Patrologiae cursus completus, tomus XIV, S. Ambrosii tomi primi pars prior*, Pariz: J. P. Migne.
- Mitteis, L. (1912) *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Zweiter Band: Juristischer Teil, Erste Hälfte: Grundzüge. Leipzig, Berlin: Teubner.
- Mommsen, T. (recog.) (1870) *Digesta Iustiniani Augusti*, Vol. I in II. Berlin: Weidmann.

- Mommsen, T. in Krueger P. (recog.) (1905) *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes*. Berlin: Weidmann.
- Nardi, E. (1939) *Ritenzione e pegno Gordiano*. Rim: Giuffrè.
- Nixon C. E. V. et al. (ur.) (1994) *Panegyrici Latini. English & Latin in Praise of later Roman Emperors: the Panegyrici Latini: Introduction, Translation, and Historical Commentary, with the Latin Text, The Transformation of the Classical Heritage*. Berkeley in Los Angeles: University of California Press.
- Nörr, D. (1956) 'Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 73 (1), str. 68–119.
- Pellecchi, L. (2016) 'Dimensione economica e azione della giurisprudenza: il caso delle garanzie reali', v: *Revue historique de droit français et étrangere*, 94 (4), str. 491–547.
- Perry, M. J. (2014) *Gender, Manumission, and the Roman Freedwoman*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pfaff, I. (1897) *Über den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung*. Weimar: Emil Felber.
- Phillipson, D. E. (1968) 'Development of the Roman Law of Debt Security', v: *Stanford Law Review*, 20 (6), str. 1230–1248.
- Piekenbrock, A. (2006) *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*. Freiburg: Mohr Siebeck.
- Purpura, G. (2009) 'La 'sorte' del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem (Ambrogio, De Tobia X, 36–37)', v: *Iuris antiqui historia*, 1, str. 41–60.
- Raape, L. (1912) *'Der Verfall des Griechischen Pfandes': besonders des Griechisch-Ägyptischen: eine Studie*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses.
- Rabel, E. (1915) 'Grundzüge des römischen Privatrechts', v: Holtzendorff, F. von, in Kohler, J.: *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 1. Zvezek. München in Leipzig: Duncker Humblot, str. 399–541.
- Repgen, T. (2001) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rodríguez Martín, J.–D. (2013) 'Sobre la supervivencia de la cláusula "καθάπερ ἐκ δίκης" en los papiros romanos y bizantinos', v: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, LX, str. 243–277.
- Roßhirt, C. F. (1853) *Dogmen-Geschichte des Civilrechts*. Heidelberg: Mohr.

- Schanbacher, D. (1997) 'Beobachtungen zum sog. ‚pignus Gordianum‘, v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 114 (1), str. 233–271.
- Schanbacher, D. (2005) 'Verpfandungspraxis und Pfandrecht', v: Ernst in Jakab (Hrg.) *Usus Antiquus Juris Romani, Antikes Rech in lebenspraktischer Anwendung*. Springer.
- Schanbacher, D. (2006) 'Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 123 (1), str. 49–70.
- Schmitt, J. (1868) *Die Selbsthilfe im römischen Privatrecht*. Erlangen: Deichert.
- Schmolke, K. U. (2014) *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schönbauer, E. (1942) 'Diokletian in einem verzweifelten Abwehrkampfe?: Studien zur Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 62 (1), str. 267–346.
- Schulz, F. (1916) *Einführung in das Studium der Digesten*. Tübingen: C. H. Mohr.
- Schulz, F. (1951) *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Seidl, E. (1973) *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz. Die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen*. Sankt Augustin: H. Richarz.
- Seidl, E., Levet, A. (1931) Le bénéfice de compétence, Paris, Recueil Sirey 1927 (Recenzija), v: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Folge, 24 (60), str. 88–101.
- Selb, W. in Kaufhold, H. (2002) *Das syrisch-römische Rechtsbuch, Texte und Übersetzungen*, 2. del. Dunaj: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften.
- Selb, W. in Kaufhold, H. (2002) *Das syrisch-römische Rechtsbuch, Kommentar*, 3. del. Dunaj: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften.
- Siber, H. (1928) *Römisches Recht, Bd. II: Römisches Privatrecht*. Berlin: Hermann Sack.
- Sič, M. (2008) 'Fiducia and Pignus in Sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms of Terms Utilized for Different Kinds of Pledges', v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 143, str. 475–497.
- Sič, M. (2010) 'Kupovina predmeta zaloge od strane založnog poverioca prema Papi-nijanu', v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, str. 155–179.
- Sič, M. (2014) 'Remarks on the Reasons of Commissoria Rescindenda (C. Th. 3, 2, 1 / =Brev. CTh. 3, 2, 1 = CJ. 8, 34, 3/)', v: *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, 3, str. 91–112.

- Skralovnik, S. in Matjaž, M. (2017) 'Izziv revščine v nekaterih mezopotamskih zakoni-kih in Svetem pismu', v: *Studia Historica Slovenica*, Časopis za humanistične in družboslovne študije, letnik 17 (2017), št. 1, str. 19–46.
- Stühff, G. (1966) *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Großen*. Weimar: Böhlau.
- Sukačić, M. (2021) 'Lex Commissoria: From a Forbidden Clause in Roman Law to a (Contemporary) Debtor's Welcome Relief.' *Journal of European History of Law*, 12 (2), str. 96–105.
- Tambour, J. (1856) *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français*. Tome premier. Paris: Lacour.
- Taubenschlag, R. (1959 a) 'Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians', v: *Opera minora I*, Varšava: Panstwowe wydawnictwo naukowe, str. 3–177.
- Taubenschlag, R. (1959 b) 'Selfhelp in Greco-Roman Egypt', v: *Opera minora II*, Varšava: Panstwowe wydawnictwo naukowe, str. 135–141.
- Terpstra, T. (2008) 'Roman Law, Transaction Costs and the Roman Economy: Evidence from the Sulpicii Archive', v: Verboven, K. idr. (ur.): *Pistoi dia tèn technèn. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of Raymond Bogaert*, (Studia Hellenistica 44). Leuven: Peeters, str. 345–369.
- Tratnik, M. (2022) *Zastavna pravica*, Ljubljana: Lexpera, GV Založba.
- Unterholzner, K. A. D. (1858): *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*. Zweiter Band, Leipzig: Barth.
- Van Hoof, V. J. M. (2017) 'The 'generalis hypotheca' and the sale of pledged assets in Roman law', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 85, str. 474–491.
- Verhagen, H. L. E. (2011) 'Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 79, str. 1–46.
- Verhagen, H. L. E. (2013) 'The evolution of pignus in classical Roman law. Ius honorarium and ius novum', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, str. 51–57.
- Verhagen, H. L. E. (2020) 'Secured Transactions in Classical Roman Law', v: Dari-Mattiacci, G. in Kehoe, Dennis P. (ur.): *Roman Law and Economics: Exchange, Ownership, and Disputes*, Volume II. Oxford: Oxford University Press, str. 113–156
- Vilfan, S. (1961) *Pravna zgodovina Slovencev. Od naselitve do zloma Stare Jugoslavije*. Ljubljana: Slovenska matica.



- Visky, K. (1983) *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*. Bonn: Rudolf Habelt; Budimpešta: Akademiai Kiado.
- Vogt, J. (1945) Zur Frage des christlichen Einflusses auf die Gesetzgebung Konstantins des Grossen, v: *Festschrift für Leopold Wenger*, 2. zvezek, München: C. H. Beck.
- Wach, A. (1868) *Der Arrestprocess in seiner geschichtlichen Entwicklung, Erster Theil: Der italienische Arrestprocess*. Leipzig: Haessel.
- Wacke, A. (1973) 'Ungeteilte Pfandhaftung', v: *Index 3 (Omaggio a Max Kaser)*, Summarium in Iura, 24, str. 454–502.
- Wacke, A. (1998) 'Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 115 (1), str. 168–202.
- Warnkönig, L. A. (1841) 'Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 24. Bd., H. 1, str. 1–38.
- Weiß, E. (1909) *Pfandrechtliche Untersuchungen, Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*. Weimar: Hermann Böhlau.
- Weiß, E. (1909) *Pfandrechtliche Untersuchungen*. Weimar: Böhlau.
- Westbrook, R. in Jasnow, R. (2001) *Security for Debt in Ancient Near Eastern Law*, Leiden, Boston, Köln: Brill.
- Wieacker, F. (1974) 'Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft', v: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt na Majni.
- Wieacker, F. (2006) *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Abschnitt, Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*. München: C. H. Beck.
- Wiesthaler, F. (1999) *Latinsko slovenski slovar III, F-K*. Ljubljana: Kres.
- Wigmore, J. H. (1897) 'The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas', III, v: *Harvard Law Review*, 11 (1), str. 18–39.
- Wigmore, J. H. (1942) 'Pledge-Mortgage Idea in Roman Law: A Revolutionary Interpretation', v: *Illinois Law Review*, 36 (4), str. 371–393.
- Willems, C. (2017) *Justinian als Ökonom: Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den Quinquaginta Decisiones*, Forschungen zum römischen Recht. Köln, Weimar, Dunaj: Böhlau.
- Wolf, M. (2007) *Sachenrecht*. 23., dopolnjena in predelana izdaja. München: C. H. Beck.
- Wubbe, F. B. J. (1990) 'L'humanitas de Justinien', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 58 (3), str. 249–262.

- Zamora Manzano, J. L. (2007) 'Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus', v: *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* LIV, str. 519–552.
- Zimmermann, R. (1992) *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town, Wetton in Johannesburg: Juta and Co.
- Žepič, V. (2021) 'Iusta causa traditionis. Narava pravne podlage izročitve v luči antinomije Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 81, str. 201–238.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 34(37):347

DOI: 10.51940/2022.1.257-305

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 257–305

*Vid Žepič*

### **Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu**

Rimska hipotečna zastavna pravica je zastavnemu upniku ob odsotnosti drugačnega dogovora po zapadlosti zavarovane terjatve zagotavljala zgolj zahtevke za prepustitev zastavljene stvari v nelastniško posest do poplačila zavarovane terjatve. Zaradi svojih šibkih upravičenj si je zastavni upnik prizadeval z dodatnimi dogovori okrepiti pravni položaj. Da bi preprečili zlorabe praviloma gospodarsko in družbeno močnejšega ter pogajalsko spretnejšega upnika, so rimski klasični juristi zasledovali ideal uravnoteženja pravic in obveznosti udeleženih strank. Bistveni prvini njihovega prizadevanja sta priznanji upnikove pravice do prodaje zastavljene stvari kot tudi zastaviteljeve pravice do zahtevka za vračilo presežka kupnine. Kaserjeva teza o okrepljenem pravnem položaju zastavnega upnika, ki naj bi bil nekakšna posebnost rimskopravnega razvoja, se že pri obravnavi razvoja zastavne pravice v klasičnem pravu izkaže za pretirano. Poseben pravopolitični obrat je opazen v postklasični cesarski zakonodaji, ko se je ustalila zahteva po olajševanju zastaviteljevega pravnega položaja. Ta ustreza težnji postklasičnega obligacijskega prava po privilegiranju dolžnika kot stereotipno šibkejše stranke. Med novosti tega obdobja na področju razvoja zastavne pravice štejemo zlasti omejitve predmeta zastavne pravice, nove razlagalne pristope k zastavni pravici na prirasti zastavljene stvari, prepoved komisorsnega dogovora, omejevanje upnikove proste presoje pri unovčenju zastavne pravice in okrepitev državnega nadzora pri upnikovi prodaji zastavljene stvari. Varstveni ukrepi cesarske zakonodaje, ki jih lahko štejemo za odsev nazadujočega gospodarstva, so sicer izboljšali zastaviteljev socialni položaj, vendar prispevali k nižji kreditni ponudbi.

**Ključne besede:** zavarovanje terjatve, kreditno razmerje, hipoteka, *favor debitoris*, komisorsni dogovor, omejitve pogodbene avtonomije.

Scientific article

UDC: 34(37):347

DOI: 10.51940/2022.1.257-305

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 257–305

*Vid Žepič*

### **The Balance of Interests between the Pledgor and the Pledgee in Roman Law**

The Roman *hypotheca*, unless agreed otherwise, originally bestowed upon the creditor (pledgee) merely a claim to transfer the pledged object into his possession, when the payment was due. Owing to the weak protection, the creditor strived to strengthen his pecuniary interests by supplementary covenants. To prevent abuses by the economically and socially superior creditor, the classical jurists sought to attain a balance of interests of the contracting parties. The fundamental elements of their effort were the recognition of pledgee's right of sale as an essential element of the pledge contract on the one hand, and the recognition of the pledgor's right to the surplus of purchase price on the other. Kaser's thesis that the Roman pledgee enjoyed a particularly strong legal position as a distinctive character of Roman law has been proved to be an exaggeration even in the light of the development of classical law. In the post-classical period, a shift towards prioritising the position of the pledgor is noticeable. It corresponds to a general tendency of post-classical law to favour the debtor as a stereotypically weaker party. Among the innovations of the period, the limitations regarding the object of the pledge were introduced, new interpretative approaches concerning the pledge of the increments were accepted, *lex commissoria* was entirely prohibited, the creditor's discretion over the realisation of the pledge was restricted, and the State's control over the sale of the object of pledge was strengthened. The protective safeguards established through imperial legislation can be seen as a symptom of the declining economy and although they improved the pledgor's social standing, they reduced the supply of the credit.

**Key words:** collateral security, credit relationship, mortgage, *favor debitoris*, *lex commissoria*, limits of freedom of contract.



Pravna fakulteta  
Univerza v Ljubljani

