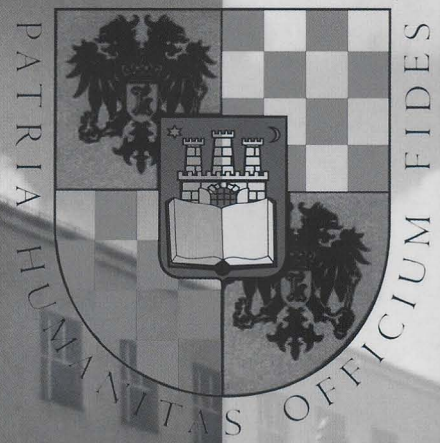


1607.-2007.



KLASIČNA GIMNAZIJA



Klasična
gimnazija
u Zagrebu

THESAURUS ARCHIGYMNASII

THESAURUS ARCHIGYMNASII

ZBORNİK RADOVA U PRIGODI 400. GODIŠNJICE
KLASIČNE GIMNAZIJE U ZAGREBU
1607. – 2007.



Zagreb, 2007.

H

10.
ezik i

THESAURUS ARCHIGYMNASII

MISCELLANEA PER OCCASIONEM QUADRINGENTESIMI ANNIVERSARII
GYMNASII CLASSICI ZAGRABIENSIS
(MDCVII – MMVII)

Glavni urednik:
IVAN KOPREK

Urednice:
ANĐELKA DUKAT, MILANA FUNDUK

Uredništvo:
DAMIR BORAS, MARIJAN BRUČIĆ, IVO GOLDSTEIN, LJERKA MINTAS HODAK, MISLAV JEŽIĆ,
NENAD MOAČANIN, MILAN MOGUŠ, IVO PADOVAN, ŽELJKO PAVIĆ, KORNELIJA PAVLIĆ, TEO RADIĆ,
ŽELJKO REINER, ANTE RENDIĆ-MIOČEVIĆ, MILIVOJ SIRONIĆ, ENNIO STIPČEVIĆ, AGNEZA SZABO,
MARINA ŠEGVIĆ, KRISTINA ŠUNJIĆ, MARIJAN ŠUNJIĆ, MARKO TADIĆ, ALAN UZELAC, MARIJO ŽIVKOVIĆ

Recenzenti:
VESNA BILIĆ, TOMISLAV LADAN, VLADIMIR VRATOVIĆ

Lektura:
MARY ANN ŠKARE

Korektura:
TEO RADIĆ

Urednica likovnih priloga:
VERA TURKOVIĆ

Ovitak:
NATALIJA NIKPALJ POLONDAK

Grafički i izvršni urednik:
JOSIP MILIĆ

Prijevodni sažetaka:
VIŠNJA ČUTURA, MARIJA DUNDOVIĆ-VRBANČIĆ, SNJEŽANA HADŽALIĆ,
MARINA MIKAC, TAJANA NERAL, VLATKA POTKONJAK, GALJINA VENTURIN, MARIJANA
VLAHOVIĆ, MARIE ANTOINETTE JURJEVICH (lektura sažetaka na engleskom)

Fotografije:
ARHIV KLASIČNE GIMNAZIJE, JOSIP MILIĆ, IVAN ŽUGAJ, INTERNET I DRUGI IZVORI

Suradnice:
BISERKA GRČEVIĆ, ANA NOVAK

Nakladnik:
KLASIČNA GIMNAZIJA U ZAGREBU, Križanićeva 4a, HR-10000 Zagreb

Za nakladnika:
ANĐELKA DUKAT

ISBN
978-953-95772-0-7

Naklada: 2000

Tisak:
GRAFIČKI ZAVOD HRVATSKE, D.O.O., ZAGREB, 2007.

SADRŽAJ

PROSLOV (11-32)	11
<i>Riječ predsjednika Hrvatskog sabora, pokrovitelja proslave, Vladimira Šeksa</i>	13
<i>Riječ predsjednika Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti Milana Moguša</i>	15
<i>Riječ ministra znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske Dragana Primorca</i>	17
<i>Riječ ministra kulture Republike Hrvatske Bože Biškupića</i>	18
<i>Riječ rektorice Sveučilišta u Zagrebu Helene Jasne Mencer</i>	19
<i>Riječ ravnatelja Zavoda za školstvo Republike Hrvatske Vinka Filipovića</i>	21
<i>Riječ gradonačelnika Grada Zagreba Milana Bandića</i>	22
<i>Riječ zagrebačkog nadbiskupa Josipa kard. Bozanića</i>	23
<i>Riječ pročelnika Kongregacije za katolički odgoj pri Svetoj Stolici Zenona kard. Grocholewskog</i>	24
<i>Riječ apostolskog nuncija u Republici Hrvatskoj mons. Francisca Javiera Lozana</i>	26
<i>Riječ predsjednika Paneuropske unije Dr. Otta von Habsburga</i>	27
<i>Riječ dekana Filozofskoga fakulteta D.I. u Zagrebu Ante Mišića</i>	28
<i>Riječ ravnateljice Klasične gimnazije u Zagrebu Anđelke Dukat</i>	29
<i>Riječ glavnog urednika Ivana Kopraka</i>	31
POVIJEST KLASIČNE GIMNAZIJE OD 1607. DO DANAS (33-102)	33
<i>Agneza SZABO, Pregled povijesti Klasične gimnazije u Zagrebu i njeni doprinosi razvoju kulture i prosvjete – u povodu 400. obljetnice osnivanja (1607. – 2007.)</i>	35
<i>Ivo GOLDSTEIN, Klasična gimnazija 1914. – 2005.</i>	81
POVIJESNI OSVRTI – HISTORIA MAGISTRA VITAE (103-184)	103
<i>Slavko JEŽIĆ, Klasična gimnazija i njeni učenici u hrvatskom preporodnom pokretu</i>	104
<i>Bosiljka JANJATOVIĆ, Klasičari u događajima 16. listopada 1895.</i>	111
<i>Lada TAJČEVIĆ, O vezama Klasične gimnazije i Odsjeka za klasičnu filologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu</i>	121
<i>Tihomila TEŽAK-GREGL, Zagrebački »klasičari« u hrvatskoj arheologiji</i>	139
<i>Josip MILIĆ, Uloga Klasične gimnazije u stvaranju i razvitku Sveučilišta u Zagrebu</i>	146
GRČKA I LATINSKA BAŠTINA – GRAECA & LATINA (185-340)	185
<i>Maja RUPNIK-MATASOVIĆ, Mikenska kultura i Homer</i>	186
<i>Zdeslav DUKAT, Ilijada i Odiseja kao cjelovita slika života starih Grka</i>	196
<i>Lucija STAMAĆ, Byronija i bezusni od Ahileja do suvremena idola</i>	206
<i>Mladen BORŠIĆ i Luka BORŠIĆ, ΜΕΤΡΩ ΧΡΩ</i>	219
<i>Dubravko ŠKILJAN, Pouke Ciceronovih »Partitiones oratoriae« – »Podjele u govorništvu« Marka Tulija Cicerona</i>	237
<i>Alan UZELAC, Dokazivanje i teret dokazivanja u pravu staroga Rima</i>	265
<i>Ljerka MINTAS HODAK, Od rimskog prava do prava Europske unije</i>	278
<i>Zdenka DUKAT, Rimski novac u Zagrebu</i>	289
<i>Vesna BADURINA-STIPČEVIĆ, Grčki i latinski izvori hrvatskoglagoljske Biblije</i>	293
<i>Ivanka PETROVIĆ, Latinski Dijalozi pape Grgura Velikoga u hrvatskoj književnosti srednjega vijeka</i> ...	299
<i>Vladimir VRATOVIĆ, Hrvatski latinizam i Europa</i>	304
<i>Teo RADIĆ, Latinske pjesme Frane Mužića iz rukopisa »Varia Dalmatica« (ZKZD, sign. 25290, ms. 617)</i>	307
<i>Antun PETRUŠIĆ, Antičke teme u djelima hrvatskih skladatelja</i>	321
O ODGOJU I UČITELJEVANJU – QUI BENE DISTINGUIT, BENE DOCET (341-408)	341
<i>Ivan KOPREK, Odgoj i obrazovanje – mjesta posredovanja i čuvanja vrijednosti</i>	342
<i>Boris KALIN, O odgoju i učiteljevanju</i>	346

DOKAZIVANJE I TERET DOKAZIVANJA U PRAVU STAROGA RIMA

Alan UZELAC, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

*Ovaj rad daje povijesni prikaz dokaznog postupka u pravu staroga Rima. Analiziraju se dvije faze kroz koje je starorimsko pravo evoluiralo: legisakcijski postupak ranoga razdoblja, formularni postupak klasičnog razdoblja, te postklasični kognicijski postupak. Uz sumarni opis općih karakteristika pojedinog razdoblja i prikaz sudskoga postupka koji je u svakom pojedinom razdoblju dominirao, posebna se pozornost pridaje pojmu tereta dokazivanja (*onus probandi*). Iz analize dane u radu naglašava se bliskost današnje objektivne koncepcije tereta dokazivanja i kasnoga kognicijskog i libelnarnog postupka*

A. Uvod

Suvremena pravna tradicija na višestruk način počiva na zasadama klasične starine. Recepcija pravnih izvora iz doba staroga Rima, posredovana nastankom srednjovjekovnih visokih učilišta te reinterpretirana u svjetlu potreba borbe za vlast između svjetovnih i crkvenih vlasti, vjerojatno je najvažniji zajednički temelj pravnih institucija moderne zapadne pravne civilizacije (BERMAN, 1983). Iako ulogu *linguae francae* za pravnike danas sve više preuzima engleski jezik, latinska je baština i danas elemenat prepoznavanja za pravnike, bez obzira na nacionalne i regionalne granice. *Fumus boni iuris*⁴⁰, »pojavní oblik dobrog prava« – dimna zavjesa koja jednako pridonosi izgledu primjerenoga pravnog stila kao i laganom mitologiziranju pravnih sadržaja i njihovu udaljavanju od »pravnih laika« – u dobrom se dijelu odlikuje »začinima« latinskih sentencija koja čine opća mjesta (*topoi*) za sve one koji su prošli kulturnu inicijaciju pravnog obrazovanja. *Last but not least*, za suvremenu je pravnu tradiciju važno i kako je stvarno izgledala pravna svakidašnjica i koju su stvarnu ulogu i funkciju imali pojmovi koji su kasnije stekli drugi sadržaj kroz naslage kasnijih interpretacija i reinterpretacija.

U ovome tekstu, napisanu za potrebe veće studije (UZELAC, 2003), pokušava se govoriti upravo na posljednjoj razini – ispitujući korijene postupka koji je vitalan dio središnje faze svakoga sudskog postupka, postupka dokazivanja. Predstavljamo dva razdoblja kroz koje je rimsko pravo prolazilo i opisujemo način na koji se sudski postupak provodio, prateći značenje nekih pojmova koji danas obilježavaju suvremenu pravnu kulturu, a osobito pojma tereta dokazivanja – *onus probandi*.

B. Rano rimsko razdoblje: legisakcijski postupak

Kao i druga primitivna prava, i rano pretklasično rimsko pravo u prvom redu karakterizira nastojanje da se ograniči i regulira samopomoć, kao još uvijek najznačajniji način reakcije na napad na osnovna dobra zajednice i njezinih članova. U nedostatku složenijih mehanizama za zaštitu povrijeđenih ili ugroženih prava preostajalo je jedino socijalnim normama – običajem i, razvojem pismenosti, pisanim izvorima prava – ublažiti negativne posljedice situacije u kojoj je svatko bio u velikoj mjeri prisiljen samostalno zaštititi ono što je smatrao da mu pripada (svoje »pravo«) od nasrtaja drugih, ili prisiliti drugoga da učini ono što bi trebao ili da ne učini ono što ne bi smio (izvrši svoju »dužnost«).⁴¹

⁴⁰ Ovaj izraz koristi se u tekstu metaforički, u njegovu općem kulturnom značenju, a ne u pravnotehničkom značenju koje mu se danas pridaje u talijanskom pravu.

⁴¹ U ranim društvima moral i pravo još se nisu odvojili kao dva samostalna regulatorna sustava, a percepcija »prava« bila je nediferencirana i sfumatozna. Stoga se u ovom izvodu termini »pravo« i »obveza« stavljaju pod navodnike, da bi se upozorilo na to da ih se ne koristi kao jurističke tehničke izraze.

Staro pravilo taliona («oko za oko», odgovor jednakom mjerom) imalo je tako smisao mehaničkog postavljanja vanjskih, sadržajnih granica neograničenoj individualnoj i plemenskoj osveti. Samopomoć se postupno dodatno ograničavala *formom* u koju se morala zaogrnuti da bi joj se priznala društvena prihvatljivost. Neke od formalnih granica bile su *vremenske* (npr. postavljanje rokova unutar kojih se smjelo aktivno odgovoriti na napad ili povredu prava); druge su se odnosile na *oblik postupanja* u koji se samopomoć morala zaogrnuti ako se pretendiralo na njezin legitimitet. Onaj tko bi u borbi za svoje »pravo« prekoračio granice izlagao se opasnosti da, u očima zajednice, to »pravo« izgubi, kao i da sam postane objektom tuđe osvete (ROMAC, 1987, 399).

S vremenom se u starom Rimu samopomoći postavljaju nove granice koje proizlaze iz uvlačenja trećih osoba u razrješavanje sporova dviju strana u sporu. U prvo vrijeme obraćanje trećima za pomoć pri razrješavanju spora ovisilo o dobroj volji stranaka i eventualnim pozitivnim iskustvima (ENGELMANN, 1969, 247). Kasnije sudjelovanje trećih prestaje biti proizvoljna alternativa, a samopomoć postaje u određenim slučajevima dopuštena samo ako se provodi uz odobrenje i nadzor za određena državnog tijela – *pretora*. Samopomoć tako sve više gubi značenje *samostalne* borbe za svoja prava te se uključivanjem predstavnika zajednice pretvara sve više u *postupak pravosuđenja*. Sudjelovanje trećih, zajednice (*res publicae*, »države«), tijekom čitavoga klasičnog razdoblja rimskog prava ne eliminira, međutim, u cijelosti samopomoć, već je polako usmjerava i civilizira. I sudski postupak tako sve do kraja klasičnog razdoblja predstavlja kompromis između individualne samopomoći i državne intervencije. Pravo na borbu za vlastito pravo – i to na borbu vlastitim rukama – bilo je dio klasične rimske demokratske tradicije. Tek njezinim odumiranjem u postklasičnom razdoblju otvara se put sudovanju kao intervenciji državnog autoriteta u odnose koji su tome autoritetu podređeni (tj. na koje se kao podanike proteže državna *iurisdictio*).⁴²

Klasični rimski sudski postupak (kako legisakcijski, tako i kasniji formularni) odvija se tako u dvama stadijima. Samo jedan od njih odvija se pred tijelom koje bi se u današnjem smislu smatralo »državnim«. Pravosudni magistrat, *praetor*, sudjeluje tako u prvom stadiju, stadiju nazvanu *in iure*. U prvo vrijeme njegova je uloga daleko od onoga što bi se u današnjem smislu smatralo ovlastima državnih tijela; sve što je *praetor* trebao učiniti bilo je provjeriti jesu li zahtjevi stranaka postavljeni u odgovarajućem obliku te, ako jesu, odobriti vođenje postupka, potvrditi suca koga su stranke postavile i naložiti mu da presudi spor.

Kako se sudski postupak razvio kao asistencija i, postupno, supstitucija za stranačku samopomoć, tako je bilo nemoguće povući crtu između materijalnog prava (apstraktnih pravila ponašanja koja uređuju individualna subjektivna prava i obveze) i procesnog prava (mehanizma pružanja zaštite tim pravima). Smisao regulacije, još od Zakonika XII. ploča, bio je određivanje tipova zahtjeva i odnosa kojima se mogla zaštita pružiti u formalnom sudskom postupku; sve ostalo bilo je prepušteno individualnoj inicijativi, točnije, sve ostalo nije se smatralo uopće dostatno važnim da bi zavrijedilo reakciju države/zajednice. Ako su i postojala neka »prava« (legitimne pretenzije) izvan sudskog postupka, ona su iz očista društvene cjeline bila ne nepostojeća, već naprosto irelevantna. »Pravo« kome se priznavala zaštita uz pomoć za to predviđenih mehanizama bilo je samo ono »pravo« za koje je postojala pripadajuća tužba – *actio*. Prožimanje materijalnog i procesnog prava najbolje se vidi u klasičnoj definiciji pojma *actio* koju je dao Celsus: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* – *Actio* nije ništa drugo do li nečije pravo koje se može sudski ostvariti (ROMAC, 1987, 403).

Pravo na *actio* u ranom je razdoblju rimskog prava bilo krajnje ograničeno: ono se priznavalo samo onome koji je mogao svoj zahtjev formulirati u terminima koje su propisivali malobrojni rani

⁴² Samopomoć je u Rimu zabranio tek Marko Aurelije svojim dekretom (*Decretum divi Marci*) iz druge polovine 2. stoljeća n.e.

pravni izvori – *leges*⁴³. Takva *actio* stoga se zvala i *legisactio*, po čemu je onda i najstariji oblik rimskoga građanskog postupka dobio svoje ime. Osnovne su karakteristike toga postupka, kako se smatra, bile »strogi formalizam, usmenost, neposrednost i javnost, uz gotovo potpunu stranačku dispozitivnost i relativno skućenu ulogu javne vlasti, predstavljene pretorom.« (ROMAC, 1987, 405).

Osobe koje su se željele obratiti pretoru trebale su doći pred sud (tj. mjesto u blizini Foruma na kojemu je pretor za sudskih dana – *dies fasti* – uređovao) u pratnji svojih parničnih protivnika. Stoga je sam tužitelj trebao obavijestiti osobu protiv koje je podizao tužbu o tome te je pozvati pred sud (*in ius vocatio*). Pozvani je tužitelja morao slijediti ili (u kasnijem razdoblju) dati jamca (*vindex*) da će se pojaviti pred sudom. U protivnom je tužitelj mogao tuženika silom predvesti pred sud.

Kada bi se stranke pojavile pred pretorom započinjao bi postupak *in iure*, čija je svrha bila da se ustanovi postoji li u postojećim zakonima prikladan »parnični program« (Musielak, 1975, 191). U protivnom, pretor bi odrekao tužitelju pravo na tužbu (*denegare actionem*). Ako bi smatrao da *legisactio* postoji, trebao bi odrediti koja bi to od više njih⁴⁴ bila te odrediti suca (ili suce) koji će spor presuditi. Stranke su se u svojim obraćanjima morale služiti visoko artificijelnim i formaliziranim jezikom i svećano izgovoriti propisane formule. Greška pri izgovaranju predviđenog teksta mogla je dovesti do gubitka spora: *cadit a sillaba, cadit a toto*.⁴⁵

Legisakcijska razmjena tužbe i odgovora na nju bila je visoko stilizirana i imala je ritualno-simbolički karakter. U tipičnoj vlasničkoj legisakciji, kakva je bila *legisactio sacramento in rem*, strane u sporu donijele bi pred pretora spornu stvar ili dio koji ju simbolizira te bi, držeći u ruci štap koji je simbolizirao koplje, naizmjenice svećano izjavile da je stvar njihova. Nakon toga pretor bi objema stranama naredio da stvar ostave te da se svećano oklade u okladnu svotu (*sacramentum*) od 50 ili 500 asa, ovisno o vrijednosti spora. Kada bi oklade pale, pretor bi zatražio od stranaka da izaberu svoga suca (ili bi ga on odredio) te bi sucu naložio da utvrdi tko je okladu dobio (tj. čija je oklada »ispravna«, *sacramentum iustum*). Da bi se to ustanovilo, trebalo je ustanoviti činjenice i odrediti koja je strana u pravu: dobivanje oklade simbolički je označavalo pobjedu u sporu.⁴⁶

Postupak *in iure* završavao je najvažnijim procesnim aktom u prvoj fazi – aktom koji se zvao *litis contestatio*. Iako su značenje i svrha litiskontestacije sporni, ona nedvojbeno upućuje na provođenje dokaznog postupka i svećano pozivanje svjedoka (MUSIELAK, 1975, 191)⁴⁷. Sukladno dispozitivnom karakteru postupka, izrasla iz samopomoći čije je tragove još nosio, smatralo se da je litiskontestacija u biti sporazum stranaka o tome da se odreknu samopomoći i svoj spor predaju u ruke privatnom sucu; ako je to točno, litiskontestacija bi u jednom dijelu imala ono značenje koje se daje arbitražnom sporazumu u današnjem pravu. Litiskontestacija je, kako u legisakcijskom, tako i u kasnijem formularnom postupku, dovodila do važnih procesnih učinaka: nakon nje pravo tužitelja da od pretora traži pravnu zaštitu bilo je konzumirano (*actio consumitur*) te se više o tom sporu nije mogao povesti

⁴³ Prema Gaju (4.11) riječ *lex* odnosi se u prvom redu na Zakonik XII ploča, ali i na neke kasnije propise (HORVAT, 1998., 347).

⁴⁴ Gaj u *Institutiones* govori o pet vrsta legisakcija: *legis actio sacramentum*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per conditionem*, *legis actio per manus iniunctionem* i *legis actio per pignoris capionem*. Dok su prve tri prave parnične tužbe, posljednje dvije zapravo su programi ovrhe.

⁴⁵ Engelmann navodi da je formalizam legisakcijskog postupka, kao i zakonodavstvo XII ploča, proizvod moćnog popularnog pokreta koji je nastojao ostvariti pravnu sigurnost i predvidljivost prava, zbog kojeg su se ustrajno i s gotovo mućnom preciznošću držali svakog slova starih zakona (ENGELMANN, 1969., 251).

⁴⁶ No, ne samo simbolički: uz stvar pobjednik je mogao od druge strane tražiti i svotu na koju se okladila – i izgubila. Sudska oklada imala je tako i elemente kazne za stranku koja je spor izazvala; u nekim razdobljima ona se nije isplaćivala protivniku, već sudu.

⁴⁷ Prema Musielaku, *litem contestari* doslovno bi znaćilo zajednički pozvati svjedoke za postupak. Prema Romcu, međutim, *contestatio* je utvrđivanje pred svjedocima. Berger navodi da se posljednja faza postupka *in iure* zaista i odvijala pred svjedocima, koje se pozivalo frazom *testes estote*, budite svjedoci (BERGER, 1953., 566).

postupak;⁴⁸ utoliko se može povući druga, još bliža, paralela s današnjim pojmom litispencije. Litiskontestacijom su se, nadalje, gasile sporne tražbine (*tollitur obligationes*) i pretvarale u obvezu podvrgavanja suđenju, a kasnije i obvezu ispunjenja presude (*iudicatum facere*) ako je ova imala kondemnatorni karakter (BERGER, 1953, 566).

Drugi dio legisakcijskog postupka, postupak *apud iudicem* (ili postupak *in iudicio*), u najranije je doba započinjao dva dana nakon nastupanja litiskontestacije; kasnije, kompliciranjem odnosa (i usporavanjem pravosuđenja), bilo je propisano da između litiskontestacije i postupka *apud iudicem* treba proteći najmanje 30 dana. Postupak je vodio *iudex privatus*, privatni sudac, kojega se zvalo još i *arbiter*.⁴⁹ Sudac se birao u pravilu s liste sudaca koja se u Rimu sastavljala svake godine među pripadnicima senatorskog staleža. Sudačka je dužnost bila pravo i obveza svakoga uglednog rimskog građanina, a njezina važnost i proširenost, kao i utjecaj na rimsko poimanje demokracije, može se očitati iz podatka da je početkom principata na listi sudaca bilo pet tisuća Rimljana (ROMAC, 1987., 401).⁵⁰

O tome kako se provodio postupak u stadiju *apud iudicem* nema mnogo sačuvanih izvora. Čini se da je u tom stadiju postupak bio znatno manje formalan, a ako je i bilo krutih pravila i rutina, o njima nema mnogo svjedočanstava. Zbog toga se može tek nagađati o tome jesu li kakvu ulogu igrali iracionalni dokazi te jesu li možda postojala pravila kojima bi *iudex* bio vezan pri ocjeni dokaza (WALTER, 1979., 11). Malobrojni izvori ne spominju u pravilu veća ograničenja postavljena dokaznom postupku, iz čega se zaključuje da je legisakcijski postupak već od razmjerno ranog razdoblja u svome razvoju, kao i kasniji formularni postupak, bio vođen u skladu s načelom slobodne ocjene dokaza.⁵¹ Nakon provedenoga dokaznog postupka sudac je izricao presudu (*sententia*). Nju bi tuženik bio dužan izvršiti kao dio obveze preuzete litiskontestacijom. U protivnom, tužitelj je mogao podnijeti novu tužbu, *legis actio per manus injectionem*. Njezina svrha bila je ovrha na osobi tuženika, a konzekvencije su joj bile drastične: tuženik koji nije ispunio presudu mogao je biti prodan u ropstvo ili ubijen (BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 437-539).

C. Klasično razdoblje: formularni postupak

Formularni postupak razvio se u nastojanju da se omekšaju krute forme legisakcija koje nisu bile primjerene rastućoj kompleksnosti svih sfera života u starome Rimu. Promjene su nastupile u prvom dijelu postupka, u postupku *in iure*; postupak *apud iudicem* ostao je po svome ustrojstvu gotovo sasvim nepromijenjen.

Otprilike u 3. stoljeću pr. n. e. nastala je nova forma postupka, vjerojatno razvijena iz djelovanja peregrinskog pretora koji se u pravnom prometu s ne-Rimljanima nije mogao služiti malobrojnim i pretjerano formaliziranim legisakcijama. Umjesto njih, pretor je izvorno počeo pružati pravnu zaštitu zahtjevima za koje nije postojala odgovarajuća legisakcija na taj način da je, uz sudjelovanje i suglasnost stranaka, u jednom aktu – kratkom pismu ili obrascu nazvanu *formula* – opisao bitne elemente spora te ga preko stranaka uputio sucu kako bi na temelju provedenih dokaza i uputa iz formule izrekao presudu. Formula je, za razliku od legisakcija, bila jednostavan i elastičan instrument te je brzo istiskivala iz upotrebe stare obrasce. U 17. godini pr. n. e. *Leges Iuliae* su, uz neke iznimke,

⁴⁸ Ako bi tužitelj pokušao pokrenuti novu tužbu, tuženik se mogao obraniti prigovorom *exceptio rei in iudicium deductae*, a ako bi pravomoćna presuda bila već donesena, mogo je istaći *exceptio rei iudicatae*.

⁴⁹ U prvo doba postojala je razlika između jednoga i drugoga, utoliko što je *iudex* bio vezan formalnim pravilima *iuris civilis*, a *arbiter* nije. Kasnije se ta razlika izgubila.

⁵⁰ »U mogućnosti da sami biraju suca koji će odlučiti u njihovu sporu, a ne da im sudi državni organ, Rimljani su u doba republike vidjeli jednu od bitnih crta demokracije svojega političkog uređenja.« (ROMAC, 1987., 401).

⁵¹ Budući da se dokazni postupak legisakcijskog razdoblja prirodno prozeo i pretvorio u onaj formularnog perioda o kome ima i više sačuvanih izvora, ovdje ispuštamo prikaz dokaznih sredstava, a čitatelja upućujemo na prikaz *infra* pod C.

sasvim napustile legisakcijsku formu, a *formulae* su postale univerzalni instrument (MUSIELAK, 1975., 192; ROMAC, 1987., 408; HORVAT, 1998., 350).

Formularni je postupak, poput legisakcijskog, zadržao podjelu na dva stadija, *ius* i *iudicium*. Tijela koja su provodila postupak u tim stadijima i dalje su bila »državni« pravosudni magistrat, *praetor*, i »privatni« sudac, *iudex*. Ovlasti pretora, međutim, bitno su proširene u odnosu prema prethodnom razdoblju, gdje se njegova funkcija zaustavljala na provjeri poštovanja krutih obrazaca. Kao onaj tko oblikuje formulu i podešava ju osobinama slučaja koji pred njega dođe, pretor je postao pravnostvaralački čimbenik.

Premda fleksibilne, formule su se najčešće sastojale od nekoliko stalnih i tipičnih sastavnih dijelova. Svaka formula trebala je imati svoju *intentio*, u kojoj je tužitelj određivao pravnu zaštitu koju je od suda tražio; tako postavljen tužbeni zahtjev mogao je biti određen (*intentio certa*)⁵² ili neodređen (*intentio incerta*)⁵³, ako se iznos tražbine nije mogao unaprijed odrediti (BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 219). Ako je tužitelj postavljao *intentio incerta*, trebao je odrediti temelj spora u *demonstratio*, da bi na osnovi toga *iudex* mogao odrediti sadržaj prava koje tužitelju pripada.⁵⁴ Nešto rjeđe u formuli se pojavljivala i *praescriptio*, koja je određenim uvjetima ograničavala neke posljedice tužbe, te *exceptio*, prigovor tuženika kojemu je tužitelj ponekad isticao svoju *replicatio*.⁵⁵ Tužbama na utvrđenje (*formulae prejudicialis*) nije bilo potrebno drugih dodatnih dijelova⁵⁶, dok je kod tužbi na činjenje formula sadržavala i *condemnatio*, dio kojim se sucu nalagalo da tuženika osudi ako ustanovi da je tužitelj u pravu, a u protivnom da ga oslobodi: *si paret [...] condemna, si non paret, absolve* (BETHMANN-HOLLWEB, 1865., 220-228).

Kao u ranijim vremenima, ni pretor ni sudac nisu morali imati nikakvo posebno obrazovanje, ponajmanje pravno. No, u skladu sa sve većom složenošću formula te razvojem novih, sofisticiranih oblika u kojima su se pojavljivale *actiones*, pojavljuje se praksa sudjelovanja u postupku osoba s posebnim pravnim obrazovanjem, koje su davale savjet, *consilium* sucima. U kasnijem razvoju takvi su pravници-prisjednici postali stalni, plaćeni savjetnici sudaca (ENGELMANN, 1969., 267). U formularnom postupku pojavljuje se i institut zastupanja stranaka. Sudske rasprave postaju poprište na kojem se razvija nova disciplina, forenzička retorika, koja je ostavila dubok trag na dokaznom postupku klasičnog razdoblja (MUSIELAK, 1975., 194).

Dokazna sredstva klasičnog razdoblja svjedoče o šarenilu načina na koje su stranke – kao i njihovi novi savjetnici i zastupnici – nastojale *iudexa* uvjeriti u istinitost svojih tvrdnji i osnovanost svojih zahtjeva. Među »dokazima« mogu se tako naći raznorodne kategorije, od konvencionalnih dokaznih sredstava (*probationes inartificiales*) kao što su svjedoci (*testes*), prisega (*iusiurandum*), priznanje stranaka (*confessio*), razne vrste isprava (*scripta, tabulae, instrumenta, codex accepti et expensi, libelli, chirographa*) pa i vještaci⁵⁷ i uviđaj (očevid, *inspectio*)⁵⁸. Tu su i ranije sudske odluke u sličnim predmetima (*praejudicia*), kao i zakoni (*leges*), dekreti (*edictae*) i zaključci Senata: njih se u postupku *apud iudicem* također smatralo elementom na kojemu se temelji *probatio*, dokazivanje, a ne dijelom pravne osnove spora koja je već bila definirana formulom. Kao svojevrsna dokazna sredstva

⁵² Npr. »... sestertium X milia ei dare oportere ...«, »...treba isplatiti X tisuća sestercija...«.

⁵³ Npr. »... quidquid dare facere oportet ...«, »... što god on zbog toga trebao učiniti ...«.

⁵⁴ U *intentio* se kratko opisivao činjenični supstrat koji je do spora doveo, npr. »... quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit...«, »... stoga što je Aulo Agerio prodao roba Numeriju Negidiju ...«.

⁵⁵ Na *replicatio* moglo se odgovoriti s *duplicatio*, potom je slijedila *triplicatio* itd.

⁵⁶ Njima je umjesto *condemnatio* slijedila *pronuntiatio*, svečana deklaracija postojanja činjenice, npr. *an aliquis liber sit*. (ENGELMANN, 1969., 293).

⁵⁷ Npr. u tužbama koje su se odnosile na vlasnička prava na nekretninama pojavljivali su se državni službenici, mjernici (*agrimensores*) – (ENGELMANN, 1969., 362).

⁵⁸ Dokaz saslušanjem stranaka i uviđajem provodio se pretežno izvan sudskog postupka (BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 601).

(*probationes artificiales*) navodili su se i dijelovi retoričke mašinerije, kao što su glasine (*rumores*) te dobar ili loš glas stranaka (*fama*), potom indicije (*signa*), logički zaključci (*argumenta*) te tipični primjeri (*exempla*). Retoričkim se elementima u klasičnom razdoblju pridavala znatna težina (MUSIELAK, 1975., 195).

Sve ovo upućuje na to da je barem u klasičnom formularnom postupku u samom postupku *apud iudicem* dominiralo načelo slobodne ocjene dokaza: sva dokazna sredstva bila su dopuštena da bi se utjecalo na sučevu sliku o činjenicama. Sačuvani sudski govori i retorička nastojanja da se ojača vlastita pozicija i pozicija svoje stranke u sudskom diskursu mogu dobro ilustrirati koliko je u postupku bilo važno s uspjehom apelirati na sudačku svijest i emocije. Ocjena pojedinih dokaza također je bila slobodna, što se možda najbolje vidi iz Ciceronova navoda da su kod dobrog suca presudni argumenti, a ne broj svjedoka: *apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent* (CICERON, *De re publica*, I, 38; cf. BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 608; WALTER, 1979., 12.).

Pobjedu u sporu odnosila je ona strana koja je dokazala (ili pobila) *intentio* ili *demonstratio* formule: *si paret... condemna, si non paret... absolve*. U ovom se kontekstu pojavljuje pitanje raspodjele uloga i poteza u vođenju dokaznog postupka: koja je stranka pozvana u kome času da dokazuje koje činjenice? Na ovom sustavnom mjestu pojavljuje se i pojam tereta dokazivanja.

Vjerojatno je upravo dvodijelnost formularnog postupka pridonijela tome da je koncept tereta dokazivanja u njemu bio toliko lako pojmljiv i jednostavan da se za inače visoko sofisticirane autore uopće i nije pojavljivao kao problem. Već u formulaciji *formulae* bila je izražena distribucija dokaznih uloga. Sama je *condemnatio* u izrazima *si paret, condemnato* i *si non paret, absolvito* već govorila o tome tko ima izvesti dokaz, koga to *incu(m)bit probatio*.

Kasniji globalno upotrebljavan izraz *onus probandi* u radovima se rimskih autora iz klasičnog razdoblja tako uglavnom ne pojavljuje, a malobrojni su i dvoznačni čak i navodi koji sadrže druge, s teretom dokazivanja povezivane fraze. Nekoliko skromnih mjesta Levy tako ili ignorira ili proglašava za apokrifne ili nerazumljene, smatrajući da »[rimski] klasičari još nisu poznavali pojam tereta dokazivanja u tehničkom smislu« (LEVY, 1952, 171).

Nekoliko sačuvanih fragmenata iz klasičnog razdoblja, bili oni autentični ili ne⁵⁹, ipak već tematiziraju distribuciju tereta dokazivanja. Tako tekst autora kasnoga klasičnog razdoblja Celsusa između ostaloga sadrži i rečenicu: »Onus enim probandi mutatum esse defuncti voluntatem ad eum pertinent, qui fideicommissum recusat.«⁶⁰, a izrazi *onus* ili *necessitas probandi* (*probationis*) kao i termin *probationem incumbere* može se pronaći i u nekim drugim klasičnim izvorima⁶¹ (WACKE, 1992., 422). Kod Marcijana u sličnom se nasljednopravnom kontekstu kao i kod Celsusa, kada je riječ o tome tko treba dokazivati (*probare oportere*), pojavljuje misao o tome da *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*, teret dokazivanja uvijek tereti onoga tko aktivno poduzima radnju u postupku.⁶²

Iz klasičnog razdoblja potječu i neki tekstovi koji se mogu povezati s drugim poznatim pravilom iz domene tereta dokazivanja, pravilom da tuženik treba dokazati svoje prigovore. Tuženika tereti dokazivanjem jedan drugi, doduše problematično autentičan Celsusov tekst.⁶³ U formi bližoj

⁵⁹ Levyjevimi sumnjama u autentičnost pojedinih takvih suprotstavlja se Pugliese (PUGLIESE, 1956., 349-422). O sporu Levyja i Pugliesea oko tereta dokazivanja govori i Wacke, (WACKE, 1992., 411-449). O teretu dokazivanja u rimskom pravu, s rezultatima sličnima Puglieseovim, očituje se i Giuffre (GIUFFRE, 1984.; LEVY, 1985., 532-534; LEMOSSE, 1984., 329-333).

⁶⁰ Cels. D. 31, 22 i d.

⁶¹ *Vidi npr.* Gai. D.6,1,24; Paul. D. 12,2,30.

⁶² D. 22, 3, 21 (Marcianus libro 6 institutionum): »Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non eredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.«

⁶³ D. 22, 3, 12 (Celsus libro 17. digestorum).

srednjovjekovnoj formulaciji *reus in exceptione fit actor* pravilo o teretu dokazivanja prigovora prenosi u dvama tekstovima Ulpijan:

D. 22, 3, 19 (Ulpianus libro 1. disp.): »In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.«

D. 44, 1, 1 (Ulpianus libro 4. ad edictum): »Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.«

Sporno je koliko su ova pravila utjecala na tijek dokaznog postupka u formularnom razdoblju. U svakom slučaju, pitanjima tereta dokazivanja klasična rimska pravna literatura posvećivala je veoma malo prostora. Činjenice koje je *iudex* trebao utvrditi te raspodjela dokaznih uloga bile su već unaprijed čvrsto ugrađene u pretorsku formulu, a teret dokazivanja proizlazio je prirodno iz nastojanja svake stranke da ojača svoju poziciju u postupku i uvjeri suca u ispravnost svojih tvrdnji i osnovanost svoga zahtjeva. Stoga su »rečenice poput *actor probare debet* i *reus in exceptione actor est* vjerojatno u svome početku označavale samo opis takvog iskustva« (MUSIELAK, 1975., 200). Ne treba se stoga čuditi da se u klasičnom razdoblju njima pridavalo toliko malo pozornosti.

O tome koliko je *iudex* bio vezan na shemu raspodjele tereta dokazivanja izraženu u pretorovoj formuli ne postoji suglasnost romanista. Kaser i Levy smatraju da je *iudex* prilikom vođenja postupka bio slobodan po svojoj slobodnoj ocjeni odstupiti od inicijalne raspodjele dokaznih uloga te se, ako za to budu postojali opravdani razlozi, obratiti bilo kojoj od stranaka da bi dopunila svoje činjenične navode i pridonijela dodatne dokaze i razjašnjenja za njih.⁶⁴ Pugliese i Wacke, naprotiv, smatrali su da su pravila o tome da *actor* treba dokazati svoju *intentio*, a *reus* svoju *exceptio* strogo vezivala *iudexa* (PUGLIESE, 1956., 349-422; WACKE, 1992., 411-449).⁶⁵ Prema njihovoj analizi izvora, rimsko bi pravo u osnovi zastupalo istu poziciju kao i središnja struja suvremene europske procesne teorije: dok je sudac bio ovlašten slobodno ocjenjivati dokaze, u pogledu distribucije tereta dokazivanja on bi bio vezan zakonskom normom. U prilog tezi da je formularna distribucija tereta dokazivanja mogla donijeti znatnu prednost jednoj od stranaka ističe se da sačuvani kazuistički materijal iz klasičnog razdoblja pokazuje da su stranke, posebno u vlasničkim parnicama, ulagale velike napore ne bi li za sebe uspjele isposlovati ulogu tuženika (MUSIELAK, 1975., 198).

Bez obzira na krutost ili fleksibilnost pravila o teretu dokazivanja i na ovlaštenje da *iudex* od njih odstupi, tipična je formula upućivala na to da se u slučaju dokazanosti tuženika osudi, a da ga se u slučaju nedokazanosti oslobodi: *si paret condemnato, si non paret absolvito*. U takvoj se formuli nije nigdje upućivalo na treću soluciju, na stanje niti-dokazanoga-niti-nedokazanoga. Utoliko se teško može reći da je rimsko pravo poimalo *onus probandi* kao apstraktan, objektivan teret dokazivanja koji dolazi do izražaja ako niti nakon svih dokaznih napora sporne činjenice nije bilo moguće sa sigurnošću utvrditi. Većina izvora upućuje na to da je klasično rimsko pravo računalo s *ili-ili* situacijom, u kojoj se teret dokazivanja mogao poimati samo u subjektivnom smislu, kao praktička nužnost dokaznog djelovanja koja je teretila stranku ako se ona nije željela izložiti opasnosti da *iudex* dođe do *non paret* zaključka.

⁶⁴ Vidi KASER, 1954., 221-241; LEVY, 1952., 173. Levy suprotno vladajućem shvaćanju čak tvrdi da pravilo o tome da teret dokazivanja prigovora *exceptiones* leži na tuženiku nije bilo univerzalno stajalište klasičara (157) te da je određene prigovore trebao dokazati i tužitelj. Utoliko prema Levyju niti struktura formule nije uvijek davala jednoznačne odgovore, a u prvom se planu nalazila sudačka sloboda kako u ocjeni dokaza, tako i u distribuciji tereta dokazivanja. Promjena u rimskom pravu, prema njemu, zbila se u kognicijskom postupku, gdje su ranije samo privremena, tentativna ili relativna pravila o teretu dokazivanja postala konačnima, čvrstim i apsolutnima.

⁶⁵ Pugliese i Wacke izražavaju sumnju da bi sudačka diskrecija mogla smatrati promišljene pravopolitičke razloge za neobvezatne preporuke, npr. pravilo da onaj tko osporava oslobođenje roba mora to i dokazati: *Sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet, aut, si non probet, vincitur* (ULPIJAN, D. 40,14,6) - WACKE, 419. Utoliko za njih funkcija tužitelja automatski implicira teret dokazivanja, i obratno: tko treba dokazati, taj je tužitelj.

Klasično rimsko pravo, stoga, upravo proturječi suvremenim koncepcijama prema kojima bi pravila o teretu dokazivanja bila pravila koja se primjenjuju u *non liquet* situaciji, tj. situaciji u kojoj sudac niti nakon svih dokaznih napora ne može doći do određenog stava o postojanju relevantne činjenice. Sam je izraz *non liquet* naime deriviran iz odgovarajuće prisege (*iurare sibi non liquere*) koju je *iudex* mogao izreći u građanskoj parnici ako mu se činilo da »stvar nije jasna«; nakon polaganja prisege, dolazilo bi do promjene formule kojom se mijenjao sudac (*translatio iudicii*).⁶⁶

Prema vladajućem mišljenju ipak je *non liquet* prisega bila tek mogućnost koja je sucu stajala na raspolaganju.⁶⁷ Ostaje međutim dvojbeno kakav je bio odnos između *non liquet* prisege i meritorne odluke koju bi sudac utemeljio na tome što stranka nije uspjela dokazati svoje navode. Je li *non liquet* bio rijedak slučaj, ili je *mutatio iudicis* bilo pravilo, a odluka utemeljena na pravilima o teretu dokazivanja iznimka, nije poznato. Čini se da u cjelini do spornih situacija nije dolazilo odveć često, jer se iz naznaka može zaključiti da je za formiranje vlastitog uvjerenja suca bila dostatna pretežnija vjerojatnost,⁶⁸ tako da se *non liquet* ograničavao na situaciju kada »dokaz i protutokaz, suprotstavljene vjerojatnosti, održavaju vagu u ravnojvjesju« (BETHMANN-HOLLWEB, 1865., 620) uslijed čega sudačka svijest sili suca da posegne za tim krajnjim izlazom.

U svakom slučaju, neki bi fragmenti govorili o tome da razmišljanja kakav bi ishod trebao biti kada bi se svijest suca nalazila u potpunom ekvilibriju, tj. kada bi tvrdnje obje strane bile podjednako uvjerljive, kada bi *ambo pares essent*⁶⁹, nisu bila strana starim Rimljanima. U takvim bi situacijama sudac odlučivao u prilog stranke čija je sloboda u pitanju (*favor libertatis*), u prilog nasljednika koji se nalazi u posjedu stvari (*favor hereditatis*) ili, u svim ostalim slučajevima, u prilog tuženika (ENGELMANN, 1969., 364; BETHMANN-HOLLWEG, 1865., § 109).

Još jedna sentencija koja je ušla u zajedničko dobro svjetske procesne teorije pojavljuje se u ovo doba. Riječ je o pravilu izraženu u poznatom kratkom fragmentu čiji je autor Paulus: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.⁷⁰ Taj je fragment poslužio za formiranje tzv. teorije negacije srednjovjekovnog prava (*Negativentheorie*), tj. teorije da teret dokazivanja leži na onome tko iznosi tvrdnju o postojanju, a ne tvrdnju o nepostojanju koja je teško dokaziva – *negativa non sunt probanda*. Ova teorija, međutim, osim u navedenom Paulusovu fragmentu i dvije postklasične primjedbe Dioklecijana⁷¹, nema uporišta u starorimskim tekstovima. Naprotiv, prema suvremenom mišljenju, ova Paulusova rečenica u osnovnoj ideji ne želi reći ništa više do li pravilo *actor probare debet*, tj. pravilo koje inicijalni teret dokazivanja pripisuje tužitelju. Izraz *negat* u tom tekstu treba čitati kao »osporavanje tuženikovih tvrdnji«. Kako navodi Wacke, »*Qui negat* nije prema tome, onaj tko postavlja negativnu tvrdnju nego onaj tko negira, poriče, osporava tvrdnju protivnika«. *Qui dicit* prema tome nije onaj tko tvrdi nešto pozitivno, nego tvrdi bilo koju činjenicu, bilo ona pozitivna ili

⁶⁶ BERGER, 1953., 522. Prema istom izvoru, procesne posljedice takve promjene formule nisu sasvim jasne. O tome i ENGELMANN, 1969., 364.

⁶⁷ Suprotno Sturm, koji iznosi tezu da je *non liquet* bila nužna konzekvencija *paret-non paret* dihotomije: *tertium non datur*. STURM, u: RIDA 9, 371, bilj. 35.

⁶⁸ O standardu vjerojatnosti u rimskom građanskom postupku vidi Musielak: »Ovo je shvaćanje [o tome da je demisioniranje suca u *non liquet* situaciji bilo obvezatno, nap. A.U.] praktički provedivo samo ako je sudac već kod male pretežnosti u vjerojatnostima mogao doći do *paret* ili *non paret*. Visok prag vjerojatnosti, kakav danas traži vladajuće procesno učenje, vezano s obvezom demisioniranja suca [...], doveo bi do toga da rješenje spora često ne bi bilo moguće.« (MUSIELAK, 1975., 199).

⁶⁹ Fragment Katona starijeg, GELLIUS u: NA 14, 2, 12/26.

⁷⁰ D. 22, 3, 2 (Paulus libro 69. ad ed.).

⁷¹ ...cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit; ...negantem numberationem, cuius naturi ratione probatio nulla est. Diocl. C. 4, 19, 23 i d. i C. 4, 30, 10.

negativna. ‚Pozitivno‘ ili ‚negativno‘ je procesno držanje, upuštanje u raspravljanje svake od stranaka, a ne sadržaj tvrdnje.«⁷²

Treba ponoviti da su iz perspektive rimskoga prava klasičnog razdoblja svi navedeni aspekti tereta dokazivanja imali tek marginalno značenje. Tek u kasnijem je povijesnom razvoju nekoliko raspršenih usputnih stavova klasičara počelo izazivati pozornost da bi postupno ti fragmenti, čestim navođenjem i interpretiranjem, bili ugrađeni u temelje zapadne pravne civilizacije. Val porasta interesa za teret dokazivanja započeo je već u samom starom Rimu napuštanjem formularnog procesa i njegovim zamjenjivanjem novim tipom postupka.

D. Postklasično razdoblje: kognicijski postupak

Prijelaz u nov tip postupka, koji je zamijenio postupak *per formulas* klasičnog razdoblja, bio je spor i postupan. Klica novoga sustava razvila se dok je klasični postupak bio u svome punom naponu, u doba principata, pa i ranije. Njegovi se počeci mogu naći u pretorovu posebnom ovlaštenju (*imperium*) da preuzme i sam riješi neke odnose u kojima pravo nije predviđalo redovni put zaštite (ROMAC, 1987, 412).⁷³ Iznimni, izvanredni put koji je postojao u takvim odnosima nazivao se *extraordinaria cognitio*.⁷⁴ U takvu je postupku pretor⁷⁵ kao državni službenik provodio sve faze postupka, određivao primjenjivu pravnu normu i utvrđivao činjenice te se skrbio za njezinu ovrhu.

U kognicijskom postupku dolazi tako do fuzije stadija i napuštanja razlikovanja postupka *in iure* i *apud iudicem*; distinkcija između *ius* i *iudicium*, konstitutivna za klasično razdoblje, nestaje nakon što je u doba cara Dioklecijana krajem 3. st. n.e. formularni postupak sasvim iščezao, a dotad izvanredni kognicijski postupak postao redovnim putem pravne zaštite. Pravo stranaka da slobodno biraju svoga suca, podvrgavajući svoj spor mehanizmima koji su primarno privatni, a tek supsidijarno imaju podršku državnog autoriteta, nije odgovaralo autokratskom ustroju kasnoga Rimskog Carstva. Duhovni zamah koji je kreirao sjajnu plejadu pravnika klasičnog razvoja također je bio jenjao, a bez snažne i cehovski uređene pravne profesije bilo je nemoguće udovoljavati profinjenim i visoko artificijelnim zahtjevima formularne procedure. Uz to, Dioklecijanove i postdioklecijanske reforme, kojima se pokušalo ustrojiti upravljanje u sve većem i nepreglednijem Carstvu, kao osnovni su zamašnjak imale državnu birokraciju koja je počivala na profesionalnim činovnicima raspoređenima u lanac subordinacije i superordinacije i odgovornima središnjem autoritetu. Isti se princip u velikoj mjeri preslikavao i na području sudbene vlasti.⁷⁶ Naposlijetku, ne manje bitno, legislativna aktivnost careva koja je u doba Dioklecijana urodila vječnim ediktom – *edictum perpetuum* – Salvija Julija umanjila je, ako ne i sasvim isključila, potrebu da se pravnostvaralačka djelatnost odvija u formulama, podešenima osobinama konkretnog slučaja.

Novo, jednodijelno ustrojstvo postupka iz temelja je promijenilo značenje osnovnih pravnih pojmova staroga Rima. Riječ *actio*, u formularno doba oznaka za pravo da se od pretora ishodi

⁷² WACKE, 1992., 433-434 (kritizirajući Levyjevu interpretaciju koja u rimsko pravo učitava prevladanu *Negativen-Theorie*). Vidi i MUSIELAK, 1975., 206.

⁷³ U takva neregulirana pitanja ubrajale su se stvari koje je trebalo riješiti prema pravičnosti, ili koje zbog drugih razloga nisu imale odgovarajuću pravnu zaštitu, npr. naknada za *operae liberales*, slobodna zanimanja (liječnici, odvjetnici i učitelji) koja su se obavljala za počast – *honoraria*. Cf. ENGELMANN, 1969., 316.

⁷⁴ *Cognitio* se nazivao svaki čin obnašanja javnih ovlasti (*imperium*), pa tako i čin izdavanja formule strankama u sporu. Stoga je postupak različit od redovnog tijeka sudskog postupka nazvan »izvanrednim« kognicijskim postupkom, *extraordinaria cognitio*. Cf. ENGELMANN, *ibid.*

⁷⁵ Odnosno, provincijski namjesnik, jer se izvanredni postupak još više koristio u provincijama, gdje su demokratske institucije i participacija građana u javnim poslovima bili znatno manji nego u Rimu. Prelazak iz klasičnog u postklasično razdoblje većina autora povezuje s usponom monarhije i autokratskih elemenata, i s njome povezanom dekadencijom klasične rimske jurisprudencije (KASER, 1954., 410).

⁷⁶ Cf. povijesni pregled u: BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, sv. 3 (*Cognitiones*), 8-35.

formula, prvi je put počela označavati univerzalno pravo na tužbu priznato materijalnim pravom. Naziv *iudex* počeo se koristiti ne više za privatnoga, izabranog suca, već za državnog činovnika. Izrazi *actio*, *iudicium* i *formula*, očišćeni za svoje izravno značenje, počeli su se upotrebljavati u istom smislu u riječima kojima je sudac usvajao tužbu: *formulam dabo*, *iudicium dabo* i *actionem dabo* (ENGELMANN, 1969., 319).

Temeljni pojam postupka *in iure*, pojam *litiscontestatio*, izgubio je također svoje izvorno značenje svečane deklaracije volje stranaka da se određeni spor riješi onako kako odluči *iudex*, na čemu se zasnivao legitimitet i legalitet za *iudicium* i *sententia*. Litiskontestacija tako u kognicijskom postupku biva temeljeto redefinirana, označavajući trenutak kada je *iudex* započeo (*coeperit*) sa saslušanjem stranaka, tj. kada tužitelj izloži svoju tužbu (*narratio*), a tuženik na nju odgovori (*contradictio*) (BERGER, 1953., 566; ENGELMANN, 1969., 319). U skladu s time i neki učinci litiskontestacije postali su drugačiji ili su se preselili u kasnije stadije postupka.

I druge procesne institucije podešavale su se novoj formi postupka. Privatni sustav inicijalne obavijesti o tužbi (pozivanja na sud) – kakav je postojao u klasično doba – *in ius vocatio* – ustupa postupno mjesto sustavu dostave u kojemu intenzivno sudjeluju državna tijela, nazvanu *litis denuntiatio*.⁷⁷ U Justinijanovo doba taj sustav postaje još sličniji današnjem modernom europskom sustavu dostave (posebno germanskom, a u okviru njega i hrvatskom). Spor se u to doba inicira razmjenom dvaju podnesaka, jednoga u kome tužitelj izlaže svoju tužbu i koji se naziva *libellus conventionis* te drugoga u kome tuženik na tužbu odgovara i koji se naziva *libellus contradictionis* (ROMAC, 1987., 413; ENGELMANN, 1969., 322). Prema nazivu tih podnesaka (*libellus*, tj. knjiga) postupak o kojem je riječ bio je nazvan *libelarnim postupkom*.

Čitava ta revolucija u strukturi sudskoga postupka snažno je utjecala na postupak dokazivanja koji je sada prožet ne manje važnim promjenama. Najvažnija od njih je bitan otklon usmjeren na ograničavanje diskrecije suca pri ocjeni dokaza: postklasično razdoblje, iako nikada nije u cijelosti napustilo opći princip slobodne ocjene, u nizu detalja kreće se sve više prema sustavu vezane ocjene dokaza. To je vidljivo na nizu primjera u korištenju pojedinih dokaznih sredstava. Upotreba prisege (*iuramentum*) sve je proširenija i reguliranija, a njezin ishod biva obvezatan za suca u nizu slučajeva. Svjedoci (*testes*) posebno su izdašan predmet reguliranja. U prvom redu, niz osoba postaje nesposoban za svjedočenje: robovi (*servi*), kažnjenici (oni osuđeni s *iudicium publicum*) te osobe koje se bave nečasnim poslovima (*infames*), heretici i apostati (BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 274).⁷⁸ U Justinijanovu općem ediktu o svjedocima, na razinu načela uzdiže se pravilo da su samo tri staleža, plemstvo (*dignitas*), vojska (*militia*) i imućnici (*divitiae*), bezuvjetno kvalificirana kao svjedoci,⁷⁹ dok su svjedoci iz nižih staleža (*humiles*) prihvatljivi tek uz zaprisegnuti zagovor viših ili uz uporabu torture (*vel sacramento dignitas, vel suppliciiis terror*)⁸⁰. Iskazivanje u svojstvu svjedoka u svim vrstama postupka sada postaje obveza prema državnom autoritetu: »svatko je sada čak i u građanskim parnicama dužan dati svoj iskaz, ili zaprisegnuti da o stvari ništa ne zna«. (BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 276).

⁷⁷ *Denuntiatio* je imala tri oblika: privatno pozivanje po ovlaštenju vlasti (*denuntiatio ex auctoritate*), dostavljanje po sudskom tijelu (*denuntiatio litteris*) i pozivanje, i izlaganje poziva u sudu (*denuntiatio edicto*). Denuncijacija nije bila jedini oblik pozivanja. Uz starije metode pozivanja u sud može se spomenuti i postupak po reskriptu, gdje se tužba podnosila direktno vladaru, koji je potom spor ili samostalno rješavao ili imenovao suca te mu uputio predmet na rješavanje uz kratak opis činjeničnog stanja (prema izlaganju tužitelja) i primjenjivih pravnih pravila i principa u pismenu zvanu *epistola* ili *rescriptum*. Budući da je careva volja u postklasično doba bio primaran izvor prava, dobar dio zakonodavnog razvoja odvijao se u tom razdoblju kroz reskripte (ENGELMANN, 1969., 321-22).

⁷⁸ Svjedočenje tih osoba, kako u kaznenom, tako i u građanskom postupku, dopušteno je samo kao rezultat torture – instituta koji također sve više dobiva na značenju u dokaznom postupku.

⁷⁹ Nov. cit. c. 1 § 1, c. 1.

⁸⁰ Hon. Theod. et Const. a. 421.

U doba Konstantina pojavljuje se i pravilo da iskaz jednog svjedoka (bez obzira na stalež) nije dostatan dokaz⁸¹, iz čega je u srednjovjekovnom razdoblju derivirana čuvena formula *unus testis, nullus testis*. Dokazom svjedocima nije bilo moguće pobiti činjenice utvrđene ispravama (*instrumenta*) čija je autentičnost bila dokazana u posebnom postupku preispitivanja – *impositio fidei*. Dok pravilno sastavljena i autentična isprava konstituira neoboriv dokaz nastanka obveze, dotle je za dokaz njezina ispunjenja potrebno najmanje pet svjedoka, ili druga isprava.⁸² Isprave i inače u postklasičnom razdoblju sve više dobivaju na važnosti, a paralelno i sudski postupak postaje sve manje javan, a sve više slični na kancelarijsko administriranje carskih činovnika (MUSIELAK, 1975., 203-205). Iako se u tim odredbama mogu zamijetiti počeci onoga što je u kasnijem razdoblju rimsko-kanonskog prava postalo pravilo – tzv. zakonska dokazna teorija, čini se da praksa zakonskog reguliranja dokazne snage pojedinih dokaza nije u kasno rimsko pravo niti izdaleka bila tako sustavno provedena i proširena kao u zreloom srednjovjekovnom razdoblju – iako su bez sumnje kasni rimski uzori u velikoj mjeri motivirali kanonističku dokaznu doktrinu.

Za teret dokazivanja posebno je zanimljiva promjena koja se zbilila s pojmom prigovora, *exceptio*. Kako pretorske formule više ne postoje, tako i *exceptio* prestaje biti tehničkim dijelom formule koji sadrži određeni uvjet ili rezervaciju koju treba dokazati tuženik. Umjesto toga, izraz *exceptio* dobiva svoj supstancijalni sadržaj: ona pomalo počinje označavati ono što je i danas: dio apstraktnoga pravnog pravila koji bi, po svom sadržaju, bio uključen u formulu kao *exceptio*. Koji bi to dio pravnog pravila bio – to postaje sve zanimljivija tema za kasnorimske pravnike, a time jača i zanimanje za teret dokazivanja. Pitanje raspodjele tereta dokazivanja često je tematizirano u carskim reskriptima, posebno u doba Dioklecijana.⁸³ Dotada neuobičajeni izrazi *onus probationis* i *necessitas probandi* sada postaju dio standardne pravne terminologije.

Kako navodi Musielak, kao osnovna pravila raspodjele tereta dokazivanja važe i dalje pravila *actor probare debet* i *reus in exceptione actor est* (Musielak, 1975, 206). No, ta pravila nisu više zdravorazumski opis za uloge u postupku dokazivanja dodijeljene strankama u sporu pretorskom formulom.⁸⁴ U novim okolnostima, kada sudac više nije privatna osoba od povjerenja stranaka, već od države nametnut posrednik i implementator državne politike koji rješava kako pravna, tako i činjenična pitanja, pitanja kontrole njegova djelovanja i ograničavanje njegove samovolje postaju pitanjima prvorazrednoga značenja. Klasičarska pravila o teretu dokazivanja tako u postklasičnom razdoblju dobivaju obvezatni normativni sadržaj zbog kojega se u postklasičnom razdoblju dokazni postupak strogo dijeli u dva odvojena stadija, stadij u kojemu svoje dokaze izlaže tužitelj, te stadij u kojemu dokaze izlaže tuženik. Regulator redosljedila izlaganja dokaza i prijelaza iz stadija u stadij bila su upravo pravila o teretu dokazivanja.⁸⁵

Među pravilima o teretu dokazivanja osim općih formula o teretu za *intentio* i *exceptio*, pojavljuje se i niz pojedinačnih pravila. No, u pojedinostima se slika znala često mijenjati, kao što

⁸¹ L. 3. pr. C. Th. h. t. = L. 9. pr. C. I. h. t.

⁸² L. 18. C. I. h. t. Nov. cit. c. 2.

⁸³ C. 4, 19, 8 - 23; C. 4, 24, 10; C. 8, 35, 9; C. 8, 42, 25.

⁸⁴ Za diskusiju Levyja i Pugliesea oko toga koliko su u ranijem postupku pravila o teretu dokazivanja bila privremena i provizorna v. *supra*. Sigurno je, međutim, da je klasični *iudex* u svojoj djelatnosti utvrđivanja činjenica bio mnogo slobodniji, barem utoliko što nije bio vezan obzirima koji su postojali u kasnijoj carskoj hijerarhijski organiziranoj činovničkoj mašineriji.

⁸⁵ Cf. zanimljivu usporedbu kognicijskog dokaznog postupka i tadašnjeg njemačkog dokaznog postupka kod Bethmann-Hollwega: »Što se tiče dokaznog postupka, on više nije, kao u našem današnjem postupku, poseban stadij postupka koji se otvara rješenjem o dokazivanju i u kojem se o svim spornim činjenicama unutar roka koji sudac odredi dokazi najprije izvode, potom koriste i napokon se o njima raspravlja, nego se suprotstavljene tvrdnje stranaka koje su bile sažete u litiskontestaciji i rastavljene na sastavne dijelove prema pravilima o teretu dokazivanja razdvajaju u više interlokuta te se u odgovarajućem redosljediu zadaje najprije jednoj, a onda drugoj strani ono što treba dokazati...« (BETHMANN-HOLLWEG, 1865., 3, 272-273).

pokazuje primjer tereta dokazivanja u vlasničkopравnim tužbama. Prema općim pravilima »đavolji dokaz« (*probatio diabolica*) prava vlasništva trebao bi teretiti tužitelja. Car Konstantin je, međutim, iz razloga pravičnosti (*aequitate et iustitia moti iubemus*) olakšao taj teret tako da je, u slučaju da tužitelj ne dokaže vlasništvo, tražio od tuženika da izloži pravni temelj svoga posjeda (*unde possideat vel quo iure teneat*). Nedugo nakon toga car Justinijan je vratio pravo na stanje kakvo je postojalo prije Konstantina. Slične fluktuacije postojale su u pogledu tereta dokazivanja autentičnosti isprava: razni postklasični tekstovi stavljaju taj teret malo na obje stranke⁸⁶, malo na tuženika koji osporava obvezu vraćanja duga o kojoj postoji isprava⁸⁷, malo na tužitelja koji se na ispravu poziva⁸⁸ (MUSIELAK, 1975., 207).

Unatoč razmjerno bogatoj kazuistici i izraženom interesu za to koja stranka u kojim situacijama treba dokazati svoje navode, ni postklasični rimski latinitet nije razvio jedinstvenu i uniformnu teoriju o teretu dokazivanja, zbog čega su i u kasnijim epohama, koje su u velikoj mjeri bile obilježene recepcijom rimskoga prava, preostala mnoga otvorena pitanja. Osim izraza *onus probationis* (*probandi*) i nekoliko prigodnih sentencija, inspirativnih ali višeznačnih, generacije pravnikā koje su nadograđivale na rimsko pravo nisu naslijedile drugoga čvrstog uporišta. Ipak, u starorimskim, posebno postklasičnim izvorima, interpretatori su već mogli nazrijeti početke modernog poimanja tereta dokazivanja. Rimski izvori ne pružaju, doduše, jaču podršku radikalnom objektivnom pojmu tereta dokazivanja kao rizika neutvrđenosti (*Feststellungslast*) u situaciji činjenične neizvjesnosti i općenito se koncentriraju na subjektivnu dimenziju tereta dokazivanja (*Beweisführungslast*), tj. na pitanje koje je činjenice pojedina od stranaka pozvana dokazati. Ali, i samo vezivanje tereta dokazivanja za apstraktnu pravnu normu – ustoličenje toga tereta kao *pravnog* pitanja podobna za to da ga se unaprijed zakonski regulira, u svojoj je osnovi duboko moderno, kao što su to (barem iz europske kontinentalne perspektive) i mnoge druge osobine kasnoga kognicijskog i libelarnog postupka.

⁸⁶ C. 9. 22. 22. 1 (CT. 11. 39. 1. (325)).

⁸⁷ CT. 11. 39. 6. (369).

⁸⁸ CT. 11. 39. 7.

BIBLIOGRAFIJA

- BERGER, Adolf (1953), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia.
- BERMAN, Harold (1983), *Law and Revolution*, Cambridge, 1983.
- BETHMANN-HOLLWEG (1865), *Der Römische Civilprozeß*, Bonn, 1865.
- ENGELMANN, Arthur (1969), *A history of continental civil procedure*. South Hackensack, N.J., Rothman Reprints.
- GIUFFRÉ, Antonino (1984) *Necessitas probandi, u: Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napulj, 1984.
- HORVAT, Marijan (1998), *Rimsko pravo*, Zagreb.
- KASER, Max (1954), *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß*, u: *Savigny-Zeitschrift*, 71:1954., 221-241.
- LEMOSSÉ, Maxime (1984), *Onere della prova e procedura classica*, u: *Labeo*, 30/3:1984., 329-333.
- LEVY, Jean-Philippe (1952) *Beweislast im klassischen Recht*, u: *Iura*, 3:1952.
- LEVY, Jean-Philippe (1985) *Necessitas probandi*, *Revue historique de droit français et étranger*, 63/4:1985., 532-534.
- MUSIELAK, Hans-Joachim (1975), *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1975.
- PUGLIESE, Giovanni (1956), *L'onere della prova nel processo romano ,per formulas'*, u: *RIDA*, 3:1956.
- ROMAC, Ante (1987), *Rimsko pravo*, Zagreb, 1987.
- UZELAC, Alan (2003), *Teret dokazivanja*, Zagreb, 2003.
- WACKE, Andreas, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß*, u: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Savigny Zeitschrift)*, 1992.
- WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979.

SUMMARY

EVIDENCE-TAKING AND THE BURDEN OF PROOF IN THE LAW OF ANCIENT ROME

Alan UZELAC, University of Zagreb

The paper sets forth a historical review of the evidentiary proceedings in ancient Rome. Three stages through which the old Roman law of judicial procedure evolved were analysed: early (*legis actio*), classical (*formulary*) and postclassical (*cognitio extraordinaria*) stages. After a summary description of the general characteristics of each stage and its respective legal proceedings, particular attention is devoted to the burden of proof (*onus probandi*). The analysis demonstrates that the current objective concept of the burden of proof bears close ties to the postclassical proceedings of Roman law (stage of *cognitio extra ordinem*).

O AUTORU



Prof. dr. sc. Alan UZELAC, pravnik, sveučilišni profesor, rođen je 15. lipnja 1963. u Zagrebu, gdje je 1981. završio Klasičnu gimnaziju. Na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu diplomirao je pravo (1988.), a na Filozofskom fakultetu filozofiju i komparativne književnosti (1990.). Doktorirao je na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Predavao je na Filozofskom fakultetu Sveučilišta u Rijeci i Fakultetu političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu. Danas radi na zagrebačkom Pravnom fakultetu kao profesor na Katedri za građansko procesno pravo, a nastavu održava i na Pravnom fakultetu Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku. Aktivan je u više stručnih asocijacija: nacionalni je delegat u Europskoj komisiji za efikasnost pravosuđa pri Vijeću Europe te u radnoj skupini za arbitražu i mirenje Komisije UN za međunarodno trgovačko pravo. Objavio je nekoliko knjiga te više desetaka članaka.