

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Огњен Б. Вујовић

**РИМСКИ ДЕЛИКТ *FURTUM* У СТАРОМ
И КЛАСИЧНОМ ПРАВУ**

докторска дисертација

Београд, 2013.

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Ognjen B. Vujović

**ROMAN TORT *FURTUM* IN ANCIENT
AND CLASSICAL LAW**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2013.

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

	Титула	Име и презиме	Звање	Назив универзитета и факултета/института
Ментор	доктор правних наука	Мирослав Милошевић	ванредни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
Члан Комисије	доктор правних наука	Мила Јовановић	редовни професор у пензији	Универзитет у Нишу Правни факултет
Члан Комисије	доктор правних наука	Жика Бујуклић	ванредни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
Члан Комисије	доктор правних наука	Милена Полојац	ванредни професор	Универзитет у Београду Правни факултет

	дан	месец	година
Датум одбране			

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов докторске дисертације	РИМСКИ ДЕЛИКТ <i>FURTUM</i> У СТАРОМ И КЛАСИЧНОМ ПРАВУ
Резиме	<p>Након недефинисаног фуртума у Закону XII таблица, пред истраживачем се јавља његово широко одређење у класичном периоду.</p> <p>Реч <i>furtum</i> се најчешће преводи као крађа. Данас, у свим правним системима, крађа представља кривично дело. Њен опсег, ипак, значајно одступа од римског приватног деликта <i>furtum</i>. Овај је неупоредиво шири. Фуртум се прилично разликује и од деликта крађе у античкој Грчкој.</p> <p>Приликом истраживања је било нужно почети од решавања питања односа фуртума и додирних појава, као што су својина, државина и <i>bona fides</i>, мотиви, кривица и њени облици. Тражен је одговор на питања настанка и развоја два настарија деликта, фуртума и инјурије. Инјурија је на почетку била <i>знак њројивѡравносѡи</i> и пракримен. Како се римско друштво развијало из ње су постепено издвајани посебни деликти. Фуртум се не издваја из пракримена. Он настаје врло рано и потпуно независно од инјурије. Смртна казна након манифестног фуртума говори у прилог тога да у почетку није могло бити личне својине. Постојала је само апсолутна својина. Манифестни фуртум је пре Закона XII таблица био једини облик фуртума. Овај Закон успоставља разлику између манифестног и неманифестног фуртума. Она се, макар термилошки, одржала до краја римске историје. Међутим, постепено су створени услови за укидање тог дуализма. Иако је опстала термилошка разлика, суштинске више није било. То је зато што је место почињања деликта изгубило на значају. Како се друштво развијало тако, код фуртума, у први план почиње да избија заштићени имовински интерес поводом покретне телесне ствари, науштрб светости дома чији је припадник била та ствар.</p> <p>Фуртум само прати формирање приватне својине. Не узрокује је, нити је то обратан случај. Први фуртум и прва инјурија се складно допуњују – једна установа штити власт над робовима и лицима <i>alieni iuris</i> (припадницима породице), а друга власт над осталим, у сваком случају мање вредним покретним стварима (припацама дома).</p>

Сви ови покретни предмети одговорности су, у то време, у чисто имовинском смислу, мање вредни од земљишта, пашњака и шума, који су још увек под врховном влашћу ширих колектива – рода и племена.

Првобитно није могло бити доминације процесног над материјалним правом, већ је процес био подређен заштићеним вредностима. Доказивање ове хипотезе је довело до закључка да тек касније настаје неманифестни фуртум као угрожавање несумњиво релативних вредности. Тек неманифестни фуртум може да се одреди као крађа. Потом се постепено мења и природа манифестног фуртума. Неманифестна крађа је настала, у једном тренутку, када је процес, који је био мотивисан потребом за индивидуализацијом кривице и одговорности, узео маха. Та индивидуализација је већ започела код манифестног фуртума. Међутим, код неманифестног фуртума је та потреба израженија, јер је неизвесније питање ко је заправо прекршилац.

Током истраживања је предложен другачији изглед и другачији редослед одредби Закона XII таблица које говоре о фуртуму.

Оно што се са фуртумом дешавало у преткласичном праву може да се посматра као транзиција од старе ка класичној регулацији – од старе ка класичној одговорности. У преткласичном праву питање места где је фуртум почињен више нема великог значаја. Настаје тенденција да се сваки фуртум посматра као неманифестни фуртум. У овом периоду, област манифестног фуртума, по природи ствари, није могла да буде предмет неког динамичнијег развоја.

Било је потребно детаљније анализирати и однос одржаја и фуртума. Ово питање игра пресудну улогу у транзицији од преткласичног ка класичном фуртуму. Тај проблем своју кулминацију налази у нејасном односу између Закона XII таблица и *Lex Atinia*, закона из другог, или трећег века пре Христа. Код неманифестног фуртума преткласичног права је битније питање постојања, или непостојања правног основа (и сагласности власника) – концепт *објективне жриве*, на супрот претходно важећем концепту *објективној кривици* – питању фактичке контроле и савесности, или кривице починиоца. Све је то доказ да правила о неманифестном фуртуму допуњују правила о одржају и обратно. Правила о одржају настају као посредна последица настанка неманифестног фуртума.

У класичном периоду су идентификована два кључна елемента фуртума: објективни, или *contrectatio* и субјективном, или *invito domini*, или, како се понекад наводи, *animus furandi*, или *animus lucri faciendi*. Фраза *lucri faciendi gratia*, исто као и *fraudulosa*, је потребна као део дефиниције фуртума. То је зато што се, да нема ове фразе, фуртум не би могао разликовати од деликта оштећења туђе имовине. Она се потпуно уклапа у схватање фуртума, које је присутно барем од времена доношења Аквилијевог закона.

Пре класичног периода је физички акт који се састоји у неовлашћеном долажењу у додир са неком ствари био неопходан за конституисање фуртума. Тако је остало и у класичном праву. Фуртум је присутан увек када неко без адекватног правног основа, или, пак, супротно њему долази у додир са туђом ствари. Потребно је само да ствар није оштећена, јер се сврха фуртума увек огледа у намери за противправним стицањем имовинске користи. При том није битно колики је износ те користи, ни да ли је извршилац стицао непосредну, или посредну имовинску корист из украдене ствари.

Обрађивано је и питање саучесништва код фуртума. Тек у класичном праву може бити речи о одговорности саучесника који нису саизвршиоци. Зато се преко овог питања прелама суштински различито схватање фуртума од оног које је присутно у преткласичном праву. Речено је како тамо постоји *нейраво саучесништво*. Римско класично право донекле разликује саучесника од непосредног лопова. Не по санкцији, већ по условима за њихову одговорност. Тако је фур онај ко испољава намеру за противправним присвајањем непосредне имовинске користи, а саучесник (онај који није саизвршилац) тежи посредној имовинској користи. У преткласичном праву пак још увек нема саучесника, јер је посредно подређено непосредном – *објективни кривац* је подређен *објективној жриви*. **Нейраво саучесништво преткласичног права је окарактерисано као манифестни фуртум.** Саучесништво класичног права је један од облика неманифестног фуртума.

Правно разликовање између саучесника и непосредног лопова у суштини није постојало никада – ни у преткласичном, ни у класичном праву. Зато се каже да римско право, не познаје саучесништво у правом смислу те речи. Оно никада у првом плану није имало радњу деликта фуртум, већ је то било или место, или потреба заштите жртве,

	<p>или последица овог деликта. Тек последица (која добија на значају у класичном праву) ствара услове за појаву <i>условног саучесништва</i>.</p> <p>До наведених резултата се дошло уз помоћ изузетно обимног методолошког апарата. Поред историјског метода и правних метода, као што су нормативни и упоредни (упоређивана су поједина правила римског права и њихови пандани у античком грчком праву и правним обичајима старозаветних народа), коришћени су лингвистички метод, антрополошка и социолошка методологија.</p>
Кључне речи	<p><i>furtum</i>, инјурија, <i>furtum manifestum</i> и <i>furtum nec manifestum</i>, <i>contrectatio</i>, <i>animus furandi</i>, одржај, <i>неправо саучесништво</i>, <i>условно саучесништво</i>, <i>објективни кривац</i>, <i>објективна жртва</i>.</p>
Научна област	Правне науке
Ужа научна област	Правна историја
УДК	<p>347.5.05(37)(091)(043.3)</p> <p>347.42.05(37)(091)(043.3)</p>

DATA ON DOCTORAL DISSERTATION

Title of doctoral dissertation	ROMAN TORT <i>FURTUM</i> IN ANCIENT AND CLASSICAL LAW
Summary	<p>After the undefined <i>furtum</i> in Law of the Twelve Tables, the researcher is faced with its broad definition in the classical period.</p> <p>Word <i>furtum</i> is commonly translated as theft. Today, in all jurisdictions theft represents a crime. Its scope, however, differs significantly from the Roman private tort <i>furtum</i>. This one is much broader. <i>Furtum</i> is quite different from the tort of theft in ancient Greece.</p> <p>During the research it was necessary to begin with resolving the issues of relationships between <i>furtum</i> and common phenomena, such as property, possession, and <i>bona fides</i>, motives, guilt, and its forms. It is sought the answer to the question of the origin and development of the two oldest torts, <i>furtum</i> and <i>iniuria</i>. <i>Iniuria</i> was originally a sign of unlawfulness and <i>pra-crimen</i>. As Roman society was developing, specific torts are gradually being emerged from <i>iniuria</i>. <i>Furtum</i> is not excluded from the <i>pra-crimen</i>. It occurs very early and completely independently of <i>iniuria</i>. The death penalty in the case of the manifest <i>furtum</i> supports the fact that in the beginning there could not be personal property. Only absolute property existed. Manifest <i>furtum</i>, before the Law of the Twelve Tables, was the only <i>furtum</i>. This Act establishes a distinction between manifest and non-manifest <i>furtum</i>. That distinction, at least terminologically, was held until the end of the Roman history. Nevertheless, there have been gradually created conditions for the abolishing of this dualism. Although terminological difference survived, there were no substantial ones. This is because a place of tort commit was diminished. As well as society develops with <i>furtum</i>, in the foreground begins to emerge protection of property interest regarding the movable thing, at the expense of holiness of home whose member was the mentioned thing.</p> <p><i>Furtum</i> just follows the formation of private property. It neither causes it nor <i>vice versa</i>. The first <i>furtum</i> and the first <i>iniuria</i> are harmoniously complementing each other – <i>iniuria</i> protects power over slaves and <i>alieni iuris</i> persons (family members), and <i>furtum</i> authority over the other, in each case less valuable movables (appurtenances of home).</p>

All these movable objects of responsibility are, at that time, in pure terms of property, less valuable than land, pastures and forests, which are still under the suzerainty of the wider teams (collectivises) – gender and tribe.

Originally, there could not be the fact that process dominated over the substantive law, but the process was subordinated to the protected values. The proof of this hypothesis has led to the conclusion that *furtum nec manifestum* emerges only later as the endangering of certainly relative values. Only that *furtum* can be defined as theft. Afterwards, the nature of *furtum manifestum* is gradually changed. Non-manifest theft occurred, at the time when the process, which was motivated by the need for individualization of guilt and responsibility, gained momentum. The individualization has already started with the *furtum manifestum*. However, in *furtum nec manifestum* that need is more pronounced, because it is uncertain the question of who is actually the offender.

During the research, it is proposed different look and a different sequence of the provisions of Twelve Tables speaking about *furtum*.

What was being happened with the *furtum* in Pre-classical law may be seen as the transition from the old to the classical regulation – from the old to the classical liability. The question where *furtum* was committed in Pre-classical law is not to be of greater importance. It is appearing the tendency that each *furtum* is seen as non-manifest *furtum*. In this period, the area of manifest *furtum*, by nature of things, could not be subject of a dynamic development.

It is necessary to analyse the relationship between *furtum* and possession more thoroughly. This issue plays a crucial role in the transition from Pre-classical to classical *furtum*. That problem takes its culmination in the vague relation between the Law of the Twelve Tables and *Lex Atinia*, the law from the second or the third century BC. In Pre-classical non-manifest *furtum* the issue of the existence or non-existence of a legal basis (and the owner's consent) is more important – the concept of *objective victim*, as opposed to the previously prevailing concept of *objective culprit* – the actual control and conscientiousness, or the guilt of the perpetrator. All this represents the evidence that the rules of non-manifest *furtum* complement the ones on adverse possession and *vice versa*. Rules on adverse possession arise as an indirect consequence of the occurrence of non-manifest *furtum*.

In the classical period two key elements of *furtum* are identified: objective, or *contrectatio* and subjective, *invito domini*, or, as is sometimes stated, *animus furandi*, or *animus lucri faciendi*. The phrase *lucri faciendi gratia*, as well as *fraudulosa*, is required as part of the definition of *furtum*. This is because if there were not this phrase, *furtum* could not differ from tort damages of someone else's property. It completely fits in the understanding of *furtum*, which has at least been present since the adoption of *lex Aquilia*.

Before the classical period, physical act that consists of an unauthorized arriving into contact with something was necessary to constitute *furtum*. And it was like that in the classic *furtum*. *Furtum* is always present when someone, without an adequate legal basis or otherwise, comes into contact with someone else's thing. It is only necessary the thing should not be damaged, because the purpose of *furtum* is always reflected in the intention of unlawful material gain acquire. So, it is neither important which is the amount of that benefit nor whether the perpetrator gained direct or indirect economic benefit from the stolen items.

The issue of complicity and *furtum* was also studied. Only in the classical law the accomplice liability that is not to be perpetrators can be discussed. Therefore, over this issue it is reflected substantially different understanding of *furtum* than the one present in the Pre-classical law. It is said that there exists *quasi complicity*. Classical Roman law somewhat makes difference between accomplices from immediate thieves, not as per sanction, but as per the conditions for responsibility. So, *fur* is the one who manifests intent to (*iniuria*) misappropriation of immediate proceeds, and an accomplice (the one who is not an accomplice) tends toward indirect proceeds. The Pre-classical law still does not know the term of accomplice, because the indirect one was subordinated to the immediate one – *the objective culprit* was subordinated to *the objective victim*. *Quasi complicity* of Pre-classical law is characterized as the manifest *furtum*. Complicity of classical law is a form of non-manifest *furtum*.

The legal distinction between direct accomplices from immediate thieves basically never existed – neither in the Pre-classical nor in the classical law. Therefore, it is said that the Roman law does not recognize complicity in the true sense of the word. It has never had in the foreground *furtum* tort action, but it was either place or the need to protect

	<p>the victim, or the consequences of this tort. Only consequence (which gets its importance in the classical law) creates conditions for the emergence of <i>conditional complicity</i>.</p> <p>The mention results were reached by means of abundant methodological research. Beside historical method and legal method as well, such as normative and comparative ones (same rules were been compared of the Roman law and their peers in antique greek law, and legal customs of the Old Testament Peoples), linguistic, anthropological and sociological method were also used.</p>
Key words	<i>furtum, iniuria, furtum manifestum and furtum nec manifestum, contractatio, animus furandi, adverse possession, quasi complicity, conditional complicity, objective culprit, objective victim.</i>
Scientific field	Legal Sciences
Narrow scientific field	Legal History
UDC	347.5.05(37)(091)(043.3) 347.42.05(37)(091)(043.3)

САДРЖАЈ

1. УВОД	1
1.1. Етимологија речи <i>furtum</i>	2
1.2. Како доћи до дефиниције	4
1.3. Основна питања деликта фуртум	5
2. РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ РИМСКОГ ФУРТУМА И САВРЕМЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА КРАЂЕ	7
3. ФУРТУМ ПРЕ ЗАКОНА XII ТАБЛИЦА	10
3.1. Два најстарија деликта и основне тенденције њиховог кретања	10
3.2. Друга претходна питања	18
3.2.1. Својина и фуртум	18
3.2.2. Архаична виндикација и фуртум (проблем супротности манифестног и релативног)	24
3.2.3. Секуларизација, противправно виндицирање и фуртум – и о теорији Казера	33
3.3. Шта се може закључити о предмету фуртума у архаичном праву?	39
4. МЕЂУПИТАЊЕ (Однос материјалног и процесног права и о схватањима Алана Вотсона)	43
5. ФУРТУМ У ЗАКОНУ XII ТАБЛИЦА	50
5.1. Извори о фуртуму и претрагама	51
5.2. <i>Lance et licium</i>	61
5.2.1. Питања која отвара древна претрага просторија осумњиченог	61
5.2.2. Друштвени услови у којима је настала претрага <i>lance et licium</i>	67
5.2.2.1. О објашњењима Дејвида Даубеа	69
5.2.3. Сврха поступка <i>lance et licium</i>	72
5.2.4. Карактер поступка <i>lance et licium</i>	77
5.2.5. Ритуализована и неритуализована претрага – сличности и разлике	87

5.2.5.1. Клетва и претрага	92
5.2.5.2. Клетва, претходна сагласност на казну и индивидуална одговорност	102
5.2.5.3. Предмет фуртума	110
5.3. Проблем сведока и <i>furtum manifestum</i>	112
5.3.1. Тип одговорности и сведоци	116
5.4. <i>Furtum conceptum</i> и <i>furtum oblatum</i> (Имовинска одговорност и питање кривице)	120
5.4.1. Након претраге са <i>lanx et licium</i>	131
5.5. <i>Furtum manifestum</i> и <i>furtum nec manifestum</i>	140
5.5.1. Разлози разликовања (поново)	140
5.5.2. <i>Furtum manifestum</i>	146
5.5.2.1. Природни и не-природни манифестни фуртум	146
5.5.2.2. Санкција и манифестни фуртум	156
5.5.2.3. Радња и кривица код манифестног фуртума	160
5.5.2.4. Суужење категорије манифестног фуртума	162
5.5.2.5. Како се дошло до неманифестног фуртума	164
5.5.3. <i>Furtum nec manifestum</i>	169
6. ЗАКЉУЧАК – ФУРТУМ ПРЕ И У ВРЕМЕ ДОНОШЕЊА ЗАКОНА XII ТАБЛИЦА	178
7. ОДГОВОРНОСТ И КРИВИЦА: ОД ФУРТУМА ДО АКВИЛИЈЕВОГ ЗАКОНА	181
7.1. Спољна и унутрашња одговорност	182
8. ФУРТУМ У ПРЕТКЛАСИЧНОМ ПРАВУ	189
8.1. Радна дефиниција преткласичног фуртума	190
8.2. Основне тенденције у развоју фуртума	194
8.3. Одржај и фуртум	199
8.3.1. Разлог и услови за доношење <i>lex Atinia</i>	223
8.3.2. Одржај, одржај закопаног блага и преткласични фуртум	230
8.3.3. Још једном – проблем односа Закона XII таблица и Атинијевог закона	237
8.4. Неманифестни фурту предкласичног права	246
8.5. Истраживачки приступ и његово оправдање	257
8.6. Елементи за дефиницију преткласичног фуртума	260

9. ФУРТУМ У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ	262
9.1. Извори	262
9.2. <i>Contrectatio</i> и класични фуртум	263
9.2.1. Контекст појма <i>contrectatio</i>	267
9.3. Субјективни елемент фуртума	277
9.3.1. Елемент <i>lucri faciendi gratia</i>	277
9.4. Однос између објективног и субјективног елемента фуртума	288
9.4.1. Радња деликта фуртум и проблем саучесништва	298
9.4.2. Проблем саучесништва	302
9.5. Елементи за класичу дефиницију фуртума	316
10. ТЕНДЕНИЦИЈЕ – ОД ПРЕТКЛАСИЧНОГ КА КЛАСИЧНОМ ФУРТУМУ	319
11. ПРЕДМЕТ ФУРТУМА И ЊЕГОВ ЗНАЧАЈ У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ	334
12. <i>ACTIO FURTI</i>	341
12.1. Тужба и остала процесна средства	351
13. НА ПОЧЕТКУ	356
Извори и литература	362
Биографија	362
Изјава о ауторству	370
Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада	371
Изјава о коришћењу	372

1. УВОД

Често се истиче како су фуртум и инјурија два најстарија римска деликта. Првим је угрожавана имовина, а другим, пре свега, тело римског грађанина. Поред тога, опстали су колико и само право које их је изнедрило. Током дуге еволуције ове деликте су задесиле бројне модификације. Након њих, први и даље штити имовину, а други телесни и морални интегритет.

Ово је опште мишљење теоретичара. Оно уме да сугерише да баш ставови око којих нема спора завређују преиспитивање и мењање.

Имајући у виду колико-толико поуздане извештаје римских правника који се односе на досад, у изворима, најраније доступну фазу у развоју деликта фуртум (*Tab. VIII 12 до Tab. VIII 17*)¹, чини се да се, већ на први поглед, може закључити да он у почетку није био само, па ни претежно, деликт имовинске природе. Тако нешто се не може рећи за инјурију која је од почетка, па доста дуго, прекршај претежно телесног интегритета. Пошто и закључивање „на први поглед“ може и те како да превари, онда је потребно да се претпоставка, која се тиче фуртума, провери.

Фуртум је деликт хиљадугодишње историје, па је потребно да излагање о њему прати уобичајену периодизацију развоја римског права. Зато ће посебна пажња бити посвећена облицима и карактеру овог деликта у архаичном, преткласичном и класичном праву. Архаичним се сматра право пре и у време доношења Закона XII таблица. Управо у том периоду се јављају извесна претходна питања. Одговор на та питања је од пресудне важности за било какво даље оригинално истраживање. Тако је нужно да се расправи однос фуртума и својине. Том приликом ће бити разграничен однос фуртума и инјурије као пракримена. Испитивање древних појава мора да буде

1 Вид. Carolus Georgius Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, Lipsae 1893, 31.

пропраћено достигнућима антропологије. У сваком случају, за проучавање било ког правно-историјског феномена користи се изузетно обиман методолошки апарат.

Што се древних појава тиче, све почиње и завршава се са етимологијом.

1.1. Етимологија речи *furtum*

На почетку римског права нема дефиниције фуртума: бар је Закон XII таблица не нуди. Зато је, што се етимологије тиче, најзгодније поћи с краја – од следећег Павловог извештаја:

*Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui furas appellant fures: immo et Graeci apud tou ferein furas dixerunt.*²

Дакле, Лабеон каже да појам фуртум потиче од појма „црно, мрачно“ (*id est nigro dictum*) – зато што се крађа углавном дешава потајно и ноћу.

Сабин тврди да она долази од речи *fraudatio* (превара).

Осим тога, још се каже да је могуће и да долази од речи *ferendo et auferendo* (носити, односити), или, пак, да долази из грчког језика.

Не чини се вероватним да је Римљанима требало да из грчког језика позајме реч за неовлашћено одношење туђе ствари. То је појава која прати цивилизацију од њених почетака. Не само што је прати, него је одувек изазивала најоштрију реакцију римског друштва. Ако је судити по облику речи *furtum*, и по радњи која се овим термином, од самих почетака, морала означавати, онда се најприхватљивијим чини објашњење које *furtum* изводи из речи *ferendo et auferendo*.

Треба рећи и то да што је Павле у објашњењу даље од Лабеона, никако не мора да значи да је Лабеоново запажање, само по себи, у већем складу са условима архаичног Рима и карактером ондашњег језика.

С друге стране, већ је истакнуто да се на први поглед може рећи да фуртум није био прекршај који претежно угрожава туђу имовину. Зато би можда могло да

2 D. 47. 2. 1. pr (*Paulus libro 39 ad edictum*).

се претпостави да се он доста разликује од тадашње крађе у Грчкој. Шта је етимолошки корен речи *furtum* и које је њено значење, остаје да се коначно види када се буде решило питање архаичног карактера овог деликта.

Шта о овом етимолошком проблему кажу теоретичари?

Вулзли (*Wolseley*) истиче како је захваљујући Гелију познато да је Лабен био страствени истраживач и неко ко се залагао за правилну употребу језика. Неки од његових етимолошких каприца (*etymological crotchets*, како их Вулзли назива) имали су озбиљне последице. Као један од таквих примера Вулзли наводи Лабеново извлачење порекла речи *possessio* из *pedis* или *sedis positio*, и како на тај начин Лабен долази до закључка да две особе могу поседовати (држати) исту ствар уколико могу заузети исто место.³ Још снажнији закључак Вулзли проналази на примеру претпостављеног порекла речи *furtum*, *ferendo seu auferendo*. По њему, ово је довело до чврстог принципа да непокретност не може бити украдена. Како каже, складност фразе је прихваћена као диктат природног разлога.⁴

Из горе цитираног Павловог коментара се, пре свега, не чини да се Лабен чврсто определио за једно такво етимолошко објашњење (*ferendo seu auferendo*). Павле каже да је Лабен говорио да реч *furtum* потиче од појма „црно, мрачно“ (*id est nigro dictum*) – зато што се крађа углавном дешава потајно и ноћу. Поред тога, и да је објашњење *ferendo seu auferendo* било опште усвојено, оно никако није могло да доведе до снажног принципа да непокретност не може бити украдена. О том проблему ће бити речи на одговарајућим местима.

Други романисти у вези с питањем етимологије *furtum* не виде веће проблеме. Тако Штајн (*Stein*) сматра да Закон XII таблица није дефинисао *furtum*, јер је идеја била добро увржена. Каже да је довољно поћи од етимологије која каже да *furtum* потиче од речи *ferre* (носити, однети). Зато је јасно да се крађом сматра одношење туђе ствари. Штајн наводи Баклендово (*Buckland*) запажање да су римски правници захваљујући томе што су пред собом имали задатак да интерпретирају

3 Emerton Wolseley, „Stoic Terminology in Roman Law“, *Law Quarterly Review (LQR)* 3/1887, 65.

4 *Ibid.*

једну једину реч, могли да начине тако широк концепт крађе који би обухватао скоро било коју врсту непоштења.⁵

Чини се да је претерана ова тврдња – да је крађа обухватала скоро било коју врсту непоштења. При том, не може се рећи да су римски правници били некакви „кабинетски правници“. Напротив, они су, пре свега, окренути практичним потребама, због чега се и не ослањају само на лингвистику.

Поред тога, римски извори, правни и неправни, дозвољавају да се донекле проникне у дух времена из кога су норме. Приликом њиховог тумачења, треба само мало више суптилности. Такође, треба да се уђе у ширу друштвену стварност како би одговори били потпунији и тачнији.

Широка етимолошка основа речи *furtum* навела је многе ауторе да стварају често неосноване претпоставке.

1.2. Како доћи до дефиниције

Приликом дефинисања било које појаве, прво треба разјаснити саме њене почетке. Када за то нема непосредних извора, онда се полази од оних који су временски и садржински најближи. Тако је за фуртум у архаичном периоду једини најближи извор реконструкција Закона XII таблица, тачније, извештаји римских писаца који су послужили за ту сврху.⁶ Тачно је да овај закон није дефинисао много шта, па ни *furtum*, али је ова реч окружена неким нормативним контекстом. Он је некада вишеслојан и, у сваком случају, пружа добру подлогу за дефинисање. Пошто је

5 Peter Stein, „Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law“, *Chicago-Kentucky Law Review* 70/1994–1995, 1542–1543.

6 Чини се да нема бојазни да би се том приликом могло упасти у лажни еволуционизам друштвених наука како га назива и о коме говори Леви Строс, вид. Клод Леви – Строс, *Раса и историја, Раса и култура*, Београд 2011, 39 и даље.

Када је историја фуртума у питању, онда је реч о једном народу и једној култури која се одликује несумњивим континуитетом у развоју и права. Због тога примена еволутивног метода може да да колико–толико поуздане одговоре.

Када критикује лажни еволуционизам коме су склони многи теоретичари друштвених наука, Леви Строс каже: „Исти географски положај не мења ништа у вези са чињеницом да су се на истом тлу смењивали различити народи, који нису познавали ни марили за дело својих претходника и који су доносили различита веровања, технике и стилове.“, *Ibid.*, 46.

овај деликт опстао током целе историје римске државе, потребно је видети и шта је преживело од првобитне идеје. Након недефинисаног фуртума у Закону XII таблица, пред истраживачем се јавља његова широка дефиниција у класичном периоду. Између те две тачке стоји велики период развоја. Можда би се тај временски распон, у нормативном погледу, могао назвати периодом транзиције.⁷ Многи теоретичари истичу како су правници, управо због првобитног непостојања дефиниције, овај деликт могли широко да тумаче.

Чини се да лингвистички и нормативни метод, који иначе испољавају извесну тенденцију осамостаљивања, постепено постају врло моћни инструменти у служби било које сврхе онда када се језик издвоји из првобитног законског и друштвеног контекста. Можда би се могло рећи да се на тај начин постепено дошло до Павлове дефиниције.

1.3. Основна питања деликта фуртум

Увек треба поћи од онога што код појаве која се проучава прво пада у очи.

Прво, чини се да је природно рећи да *furtum* потиче од речи *ferre* (носити, однети).

Тако се затим долази до питања шта се то односи, која ствар може да буде предмет фуртума? Теоретичари се углавном слажу да је то покретна ствар.

Разумљиво је да се том приликом намеће питање односа овог деликта са институтом својине.

Каган (*Kagan*) наводи како је широко прихваћено да се фуртум састоји од угрожавања нечије државине. Он сматра да је овде, ипак, реч о угрожавању туђег власништва, а не државине.⁸

7 Анализирајући примену „Веберовог *modus* – принципа на конфигурацију основних цивилних својинских инструмената“, Милошевић каже да новија романистика „само творевине архаичног и класичног права посматра као ‚концепте‘, док оно што се догађа у међувремену (током неколико векова) има у основи динамички, прелазни карактер“, Мирослав Милошевић, „Макс Вебер и неки правни аспекти античког града“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1996, 954, фн. 17.

8 К. Kagan, „Furtum and Usufructus“, *Tulane Law Review* 21/1946–1947, 390–391.

На шта је срачунато то одношење: да ли на стицање те ствари за себе, на стицање неке добити, или не? Дакле, питање мотива и кривице и њихових облика је још један феномен који је потребно истражити.

Јасно је да је римско право већ у Закону XII таблица успоставило разлику између манифестног и неманифестног фуртума. Јасно је да се она, макар терминолошки, одржала до краја римске историје.

Поред тога, правила о фуртуму су имала великог утицаја и на неке друге правне феномене. Тако је, каже Пагзли (*Pugsley*), *bona fides* била релативно безначајна будући да је, иначе, стицалац покретне ствари, који је том приликом поступао *mala fide*, сматран лоповом.⁹ Дакле, по њему, након проширења фуртума у класичном праву, захтев за *bona fides* није имао никаквог практичног значаја. Пагзли прихвата, како каже, преовлађујуће гледиште да је *bona fides* уведена од стране јуриспруденције негде у раном другом веку пре Христа, вероватно у исто време када су проширена правна правила о крађи.¹⁰

9 David Pugsley, „On The Style of Paul’s and Ulpian’s Commentaries on The Edict“, *Acta Juridica* 1973, 187.

10 *Ibid.*, 188.

2. РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ РИМСКОГ ФУРТУМА И САВРЕМЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА КРАЂЕ

Када се приступа изучавању било ког проблема историјске науке, а нарочито тако далеких античких појава, једна од брига је како да се оне јасно разграниче од наизглед сличних модерних. Зато је потребно да се истакне разлика између фуртума и данашње крађе.¹¹ У ту сврху аутори опет полазе од једне Павлове добро познате дефиниције фуртума, која се налази на самом почетку другог титулуса (који носи наслов *De furtis*) 47. књиге Дигеста:

*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.*¹²

С обзиром да је данашња наука, за разлику од римске, „оптерећена“ изричито дефинисаним појмовима, онда сваки истраживач овог деликта некако воли да почне и да заврши са овом дефиницијом.

Крађа, данас, у свим правним системима представља кривично дело. Међутим, његов опсег, каже Цимерман (*Zimmermann*), значајно одступа од римског претка, „приватног деликта“ *furtum*.¹³ Он наводи да се тако у модерном немачком праву крађа састоји од одношења покретних ствари које припадају другоме, са намером њиховог противправног присвајања у сопствену корист. Она се ту, истиче Цимерман, пажљиво разликује од проневере, преваре и примања украдене имовине.¹⁴

11 Цимерман наводи да се *furtum* уобичајено преводи као крађа, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996, 922. Бурдик (*Burdick*), такође, истиче како је фуртум шири појам од онога што се данас сматра крађом, јер фуртум укључује и проневеру, утају (*embezzlement*). Било која врста физичког присвајања туђих добара, без сагласности власника (било у време присвајања, или накнадно) твори фуртум. Поред тога, Бурдик каже и како је зла намера, а не неки објективни преступ, била неопходни састојак овог деликта, William L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New Jersey 2007, 488.

12 D. 47. 2. 1. 3 (*Paulus libro 39 ad edictum*)

13 R. Zimmermann, 922.

14 *Ibid.*

Као што се из ове Цимерманове напомене може приметити, према модерном немачком праву једино се могу украсти (као што се код фуртума у римском праву подразумевало да се могу однети, па тако и украсти) туђе покретне ствари.¹⁵ Римски фуртум је, ипак, много шире природе. Из приложене Павлове дефиниције је јасно да је фуртум подразумевао: неовлашћено долажење у додир¹⁶ са туђом ствари, које је преварно и срачунато на стицање неке добити, било саме ствари, или њене употребе, или њеног држања.

Како је код нас?

Кривични закон Републике Србије о кривичном делу крађе говори у оквиру главе 21. Ту се, иначе, ради о кривичним делима против имовине.¹⁷ Поред обичне крађе, Закон познаје и тешку крађу; разбојничку крађу; разбојништво; утају; превару; превару у осигурању; неосновано добијање и коришћење кредита и друге погодности; ситну крађу; утају и проневеру; одузимање туђе ствари; уништење и оштећење туђе ствари; неовлашћено коришење туђег возила; изнуду; уцену; злоупотребу поверења; зеленаштво, итд. У члану 203. у првом ставу, наводи се: „Ко туђу покретну ствар одузме другом у намери да њеним присвајањем себи или другом прибави противправну имовинску корист, казниће се новчаном казном или затвором до три године“. Кажњава се и за покушај крађе.

Дакле, и у нашем правном систему предмет крађе могу бити само покретне ствари.

С друге стране, Закон XII таблица сврстава и разбојништво у фуртум.¹⁸

Цимерман наводи да је традиционални цивилни концепт *furtum* био врло широк, па, тако, истиче да је дефиниција фуртума коју наводе Дигеста у D. 47. 2. 1. 3.

15 Тако и Станојевић напомиње да је у римском праву био забрањен одржај отетог, а не и украденог земљишта, јер су и тада, као и сада, предмет крађе могле да буду само покретне ствари, Obrad Stanojević, *Gaj i njegove Institucije*, Beograd 1982, 101. фн. 12.

Стојчевић, с друге стране, подвлачећи да је римски појам крађе увек био шири од савременог, наводи како је једно време *furtum* „обухватао и присвајање непокретних ствари – што у савременим правима није крађа“, Dragomir Stojčević, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd 1960, 112 фн. 30.

16 Теоретичари већином сматрају да би најближи превод речи *contrectatio* био „додиривање“.

17 Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009.

18 Tab. VIII 13: *Luci ... si se telo defendit, ... endoque plorato.*

одређивала опсег овог деликта током целог осамнаестог века.¹⁹ Она обухвата сваки облик одношења (*asportation*) који, иначе, подразумева модерни немачки појам крађе, како подвлачи овај аутор.²⁰ Како он каже, Павлова дефиниција подразумева да постоји физички контакт између лопова и украдене имовине, који се може описати као *contrectatio*, а лопов је, при том, наступао са намером постизања противправне користи.²¹

Међутим, није само Павле употребио израз *contrectatio*. То је учинио и Гај:

*Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*²²

Дакле, овде Гај говори о томе како фуртум постоји и када неко неовлашћено (противно власниковој вољи) додирује (*contrectat*) неку ствар. Овај израз (*contrectatio*) изазива многе недоумице. Вероватно се ради о његовом коришћењу у фигуративном смислу.²³

У реконструкцијама Закона XII таблица нема израза *contrectatio*, а ни формуле *invito domino*.

19 R. Zimmermann, 922.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*, 923

22 G. 3. 195

23 Церем Бентам (*Jeremy Bentham*) каже да је *contrectare* значило руковање, додиривање (*to handle, to touch*). Он сматра да је ова реч фигуративно коришћена и помиње Цицеронове речи *Mente contrectare varias voluptates*, *The Works of Jeremy Bentham, now first collected; under the superintendence of his executor*, John Bowring, Part IX, Edinburgh – London – Dublin 1839, 182. Чини се да би, уколико би се овај израз схватио на тај начин, изостали многи спорови око његовог значења и значаја. Циљ истраживања свакако није да изостану спорови. Међутим, треба поћи од нечега чему се већина истраживача не може одупрети.

У сваком случају, о природи и значају овог појма ће бити речи у оквиру истраживања неманифестног фуртума у преткласичном и класичном праву.

3. ФУРТУМ ПРЕ ЗАКОНА XII ТАБЛИЦА

Истраживање овог проблема полази од претпоставке да је манифестни фуртум пре Закона дванаест таблица био једини облик фуртума. Такође, чувена претрага *lance et licio* је тада била једина позната, још обичајима предака (*mos maiorum*), предвиђена претрага. Овде неће бити наведене одредбе Закона XII таблица које сведоче о овим појавама, нити ће бити наведени одговарајући извештаји римских писаца. Све то се налази у поглављу које говори о фуртуму у Закону XII таблица.

3.1. Два најстарија деликта и основне тенденције њиховог кретања

Каква је почетна природа ова два деликта? Како су они почели да се мењају?

Некоме се овако формулисана питања могу учинити наивним и зато неприкладним научном посматрању. Међутим, свака појава има почетак, као што има и крај. Зато је одговор на ова питања неопходан како би се уопште кренуло даље. Поред тога, одговор на та питања ће представљати основну осу даљег проучавања, јер се у њему крију најопштији узроци.

Казер (*Kaser*) каже како инјурија као праделикт означава сваку приватно-правну повреду, па тек затим *iniuria vindicatio* добија сакрални сакраментум, сакралну опкладу (или заклетву) која је омогућавала судски процес.²⁴ Такав закључак се не чини тачним. Вероватно је свака норма, у почетку, била само сакрална. То би значило да, у почетку, било шта приватно, па ни приватно-правно уопште није могло ни да постоји. Вероватно да је тек касније наступила релативизација одговорности и

²⁴ Max Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 23–24.

релативизација норми.²⁵ Дакле, норме су прво морале бити апсолутне, јер су иза њих стајале апсолутне вредности. Тек постепено оне постају релативне, јер је човек релативизовао вредности. Зато се Казеров закључак чини неодрживим. Због тога се може рећи да је инјурија била пракримен, а не праделикт. Зато се може рећи да је инјурија у почетку обухватала све прекршаје и да тада ниједан прекршај није могао бити приватно-правни прекршај (ни у ком смислу те речи), јер је у почетку заједница била све.

Инјурија је на почетку била *знак њропийивѳравносѳии* и пракримен. Како се римско друштво развијало из ње су постепено издвајани посебни деликти. Неки су задржали њено име, док су се други потпуно осамосталили. Међутим, основна идеја коју је инјурија носила, идеја неправде и неправда, била је генератор који је производио дефинисање нових облика противправних понашања. Печат тог генератора су они трајно носили са собом. У неком тренутку су облици инјурије почели да носе посебна имена. Тиме су се створили услови за настанак посебних деликата, јер је кренуо процес диференцирања некада јединствено схваћеног заштитног објекта.²⁶ Фуртум се не издваја из пракримена.²⁷ Он настаје врло рано и потпуно независно

25 О релативизацији одговорности и настанку судске и тиме и државне власти вид. Огњен Вујовић, „Магија и клевета“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу* 59/2012.

26 О томе више вид. Огњен Вујовић, „Инјурија као деликт“, *Анали Правној факултету у Београду (Анали ПФБ)* 2/2011.

27 Када је већ реч о пракримену, онда је нужно да се анализира извесно Казерово мишљење. Он каже да је *iniuria vindicatio* представљала један од облика праделикта инјурије; да је неовлашћено присвајање неке особе или ствари представљало повреду која захтева освету и испаштање. Каже и да је немогуће доказати да се о том неовлашћеном присвајању судило као да је реч о деликту, али да то бива тако предочено кроз правни компромис, кроз нагодбу. Он сматра да се ово схватање у Риму рано изгубило због примене *sacramentum* захваљујући коме се лажно *ius facere* не кажњава приватно деликтно, него уз помоћ божанства, М. Kaser (1949), 23–24. У таквим условима су приватна деликтна одговорност и сакрална одговорност уједињене, јер се прекршилац од божје казне ослобађао преко *piaculum*, а од гоњења противника преко приватне казне, *Ibid.*, 24. Казер каже да, ако је инјурија виндикаре, сама по себи, претпостављала повреду божанства, онда заклетва (Казер мисли на *sacramentum*) у судском поступку не би била неопходна, јер би починилац већ својим делом био *sacer*, па би у ритуалној борби изгубио вољом божанства, *Ibid.* Дакле, из горе приложеног би се дало закључити да Казер сматра како сама инјурија од самих својих почетака (као праделикт) није била и сакрални прекршај. Чини се да се грешка налази управо ту. Заштитни објекат пракримена инјурије (интереси патерфамилијаса као представника породичне заједнице) налаже да се њена природа од самих почетака посматра искључиво као сакрална. Тек постепено, језичка и правно техничка конкретизација, удружена са процесом секуларизације и уз узајамно потпомагање, доводе до световне инјурије. Можда Казер грубо одваја приватноправну од сакралне одговорности, јер полази од некакве претпоставке да је на почетку практични ум неоптерећен верским разлозима – као да на почетку нема веровања. Казер (концепцијски) одваја приватну накнаду (накнаду оштећеном) од накнаде која иде на рачун божанства. Боље је рећи да он концепцијски дозвољава истовремено постојање приватног и сакралног.

од инјурије (иако су, у почетку, поседовали исту санкцију – смртну казну). У сваком случају, смртна казна након манифестног фуртума (који је пре Закона XII таблица могао бити једини облик фуртума – о томе ће бити више речи на одговарајућем месту), говори у прилог тога да у почетку није могло бити личне својине. Постојала је само апсолутна својина (било да је реч о стварима које је користио колектив (било који облик колектива), било да је реч о стварима које је искључиво користио појединац), јер је у почетку све било сакрално (у почетку је постојала само апсолутна вредност – како се у Библији каже, човек је у почетку био део раја). Чини се да

Изгледа да је то поступак вештачког одвајања. Не може се разлика између санкција (између накнада) узети за основ одвајања инјурије од других прекршаја. За то може да послужи само заштитни објекат. Тако је и данас. Санкције, као симптом у неку руку, указују на вредност која је угрожена. Пошто су и код противправног виндицирања, као и код фуртума угрожени породична задруга, у најширем смислу те речи (породица и дом), коју представља њен шеф, патер фамилијас, онда нема препреке да се у њима, у суштини, види иста врста прекршаја (вероватно је стога и прва санкција за противправно виндицирање била смртна казна, исто као и за фуртум). Наравно, језичко – правно технички разлози су већ од самих почетака ових појава почели да утичу на формирање свести да иза инјурије и фуртума стоје различити заштитни објекти, те да су то и различити деликти. Ипак, виндикациона инјурија угрожава саму породицу, у ужем смислу те речи, а фуртум породични дом (више о угрожености породичног дома и фуртуму вид. у поглављу 5. 2. 1. *Пишњања која отивара древна йрейтираја йросйорија осумњиченој*).

Наиме, фуртум се разликује од противправног виндицирања по ономе што прво пада у очи – по спољашњој радњи деликта коју су Римљани називом покушали да што једноставније обухвате. Разликује се по начину извршења.

Треба се вратити Казеру и његовом покушају да прецизира свој (горе наведени) став. Наиме, он претпоставља да су у најранијим временима, када су обе стране ради успостављања божје казне водиле међусобну борбу до смртног исхода, смрћу прекршиоца бивале истовремено умирене и сакрална и приватна неправда. Када је касније међусобна борба прекидана пре убијања и када је било допуштено задовољење права на освету, приватно покајање је, ипак, било у потпуности апсорбовано сакралним покајањем. Он претпоставља да је једно време дупла казна сматрана неопходном, али се код противправног виндицирања деликтни карактер инјурије, ипак, изгубио, јер је стварна примена силе преиначена у симболичну, а обострано виндицирање се претвара у формалноправно мишљење. Казер каже да још увек важи правило да мора да постоји, не апстрактни, већ стварни правни захтев са видљивим правним актом да би се повео поступак за утврђивање оспораваних права. По њему, пошто не могу обе стране бити у праву, мора једна од њих да почини неправду да би уопште дошло до поступка. Од тада се римско право задовољава сакраментумом, који као неправни акт против божанства отвара врата судском процесу, *Ibid.*, 24.

Није јасно како сада да се ова Казерова тврдња – да су у најранијим временима обе стране, ради успостављања божје казне, водиле међусобну борбу до смртног исхода и да је приватно покајање било апсорбовано сакралним покајањем – помири са његовим претходно изреченим полазиштем (да је *iniuria vindicatio* представљала један од облика праделикта инјурије; да је неовлашћено присвајање неке особе или ствари представљало повреду која захтева освету и испаштање; да је немогуће доказати да се о том неовлашћеном присвајању судило као да је реч о деликту, али да то бива тако предочено кроз правни компромис, кроз нагодбу; да се ово схватање у Риму рано изгубило због примене *sacramentum* захваљујући коме се лажно *ius facere* не кажњава приватно, него уз помоћ божанства; да су у таквим условима приватна деликтна одговорност и сакрална одговорност уједињене, јер се прекршилац од божје казне ослобађао преко *piaculum*, а од гоњења противника преко приватне казне).

је фуртум настао независно од инјурије и зато што су упадљиво различити начини њиховог извршења (као и њихове различите последице) представљали, од самих почетака, снажну основу за њихову посебну, како језичку, тако и законску (правно-техничку), стандардизацију. То се може рећи и за однос фуртума и оног облика пра-инјурије (виндикациона инјурија) који му је, на први поглед, најближи (јер је, само на први поглед, реч о угрожавању туђих имовинских интереса). Чини се да се не може порећи да је виндикациона инјурија од почетка усмени, а не физички и ритуални, сукоб два, условно речено, својинска захтева према истој ствари (роб као

Казер, чини се, не може да се определи за почетну претпоставку: да ли су старији приватни интереси (изгледа да приватно, ипак, посматра као различито од сакралног) од сакралног, или је било обрнуто. На почетку, рекло би се, као да нагиње првом, а други пут као да посматра ова два света као паралелно постојећа и донекле механички одвојена и донекле независна једно од другог, са санкцијом која подједнако задовољава и један и други. Други пут, дакле, каже да су се у противправном виндицирању од почетка стекле две врсте прекршаја – један сакрални, а други световни (с тим што је и касније сакрална санкција апсорбовала приватну). Други пут, дакле, каже како је постојала једна радња, а два прекршаја (уједињена истом санкцијом), а први пут је, чини се, рекао да су постојале две радње и два прекршаја уједињени истом санкцијом. Рекло би се да он упада у ову конфузију тиме што, ипак, грубо одваја приватни од сакралног аспекта. На почецима развоја људског друштва то је немогуће, јер све је у суштини сакрално – не постоји ништа потпуно приватно (бар не ништа битније). Зато је оправданије прапрекршај назвати пракрименом (или знаком противправности).

Чини се и да у Казеровој концепцији преовлађује логичка димензија формирања теорије над још једним њеним неопходним елементом – чињеницама. Наиме, не види се како је могуће извући закључак да је у случају виндикационе инјурије, било када, било речи о неком двобоју, а касније о ритуалној борби. Вероватно је од почетка било речи о сукобу два усмено изнета захтева (судећи по изворима о сукобу поводом роба; сукобу који нема везе са физичким обрачуном – двобојем) који је решаван по неким процедурама. Санкција је с почетка (нарочито уколико се за помоћ, приликом анализе, узме фуртум) вероватно била смртна. То би значило да иза те санкције свакако стоји амалгам интереса и вредности, у коме пресудну улогу има сакрална вредност – слично као код фуртума.

Изгледа као да је Казер формирао концепцију праделикта у смислу потребе да се задовољи нека приватна правда. Међутим, правда никада не може бити приватна, иако је уско везана за интимна схватања сваког појединца посебно. Она је увек, и у сваком схватању, на извесан начин чврсто повезана са оностраним. Када правда постаје правност? Онда када се јави потреба за њеном конкретизацијом. Тада се стварају услови да таква правност постаје секуларна и тек тада се стварају услови да се јави приватноправни деликт. То је преступ против правила друштва за разлику од неправде која је прекршај оностраних правила. Уколико неко сам спроводи неку правду, онда он, или сам спроводи неки виши поредак ствари, или, пак, себе ставља изнад сваког поретка, па и тог вишег поретка. У првом случају он себе доживљава само као инструмент тог поретка, а у другом је потпуни отпадник. У суштини не постоји ништа приватно у пуном смислу те речи. Све зависи од неког вишег поретка ствари, ма како га ко схватао.

Како би се дошло до корена приватноправног свакако треба поћи од сужавања броја одговорних лица (лица која одлучују и управљају друштвеним вредностима). Што мањи број одговорних, то је заштићена вредност мање значајна за заједницу, а то значи, мање значајна за божанства, па тиме и мање сакрална. Онда се постепено долази до потпуног ослобађања појединих вредности од сакралног. Тада истовремено настају световна инјурија и облигационо право. То је зато што тада настају потпуно релативне вредности.

припадак породице, а не дома).²⁸ Фуртум је, пак, од почетка, деликт уперен против неповредивости туђег дома.

Ова два деликта, с друге стране, имају за заједничку карактеристику и то што су најобимнији деликти. Они су такви (*робусни деликџи*), јер њихови заштитни објекти представљају саме темеље друштва, с тим што (у архаичном праву) инјурија, пре свега, угрожава породицу и тело, а фуртум, пре свега, светост и неповредивост дома римског грађанина. Такав закључак се, макар, може извући из Закона дванаест таблица.

Казеров праделикт, чини се, није толико везан за карактер самих санкција колико за питање коме освета иде у прилог (у чијем је интересу), жртви или божанству. Ако иде жртви, онда је, чини се по Казеру, реч о праделикту. Бауманов праделикт је, с друге стране, пресудно везан за санкције (више о томе вид. Огњен Вујовић, „Инјурија као деликт“, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2011, 364 фн. 19 и 369 фн. 36).

Насупрот свему томе, у санкцијама треба видети само симптом неког другог кључног стања. Ове две теорије (Казерова и Бауманова) су тешко одрживе, јер се нису потрудиле да претходно реше кључно питање: однос између сакралне и световне одговорности. Управо у том питању, као што је, чини се, и показано, лежи основ уједињења, а касније и разградње пракримена. Постоји основна везивна нит за све прекршаје у оквиру пракримена. То је патер фамилијас као првосвештеник породичне задруге и њен челник. Практимен касније обухвата и световни и сакрални аспект (али је сакрални и даље пресудан), јер су то нераздвојни елементи првобитног патријархалног породичног дома. У ствари, сакрално постоји пре приватног (не може да постоји приватно у друштву магијског и сакралног карактера), зато може бити речи само о пракримену (као знаку противправности), а не и о праделикту.

С друге стране, начини извршења деликата и њихов стандардизовани опис, оно су што их међусобно разликује и што указује на њихове донекле посебне природе.

- 28 Волф, у *legis actio sacramento in rem*, види поступак који подразумева настанак деликта. У сам процес је неопходно увести деликт који је почињен на робу, а сам власник га, по природи ствари, никако не може починити, Joseph Georg Wolf, „Zur legis actio sacramento in rem“, *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker (Hrsg. Okko Behrends, Malte Diesselhorst, Wulf Eckart Voss), Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1985, 28. Он каже и како *iniuria* у аблативу упућује на правни облик виндикације, и да се преводи као неправо (*zu Unrecht*). Процес упућује и на ситуацију у којој треба разлучити да ли је виндикант (*Vindikant*) деловао *iniuria* зато што је просто прекршио право, или је деловао *iniuria*, јер је виндицирао без дозволе, чинио је оно што само власник може, указује Волф. Он тестира претпоставку да *iniuria* значи да је виндикант (*Vindikant*) поступао против правног система. Онда, ако је роб, под тим условом, присвојен од треће стране, захтеви и тужиоца и браниоца су истинити и онда су обе заклетве оправдане. Такав резултат не погодује концепту власничке тужбе, закључује Волф, *Ibid.*, 29. Стране се не слажу око власништва, и свака захтева да се пресудом утврди да роб припада управо њој. Сакраментум оне стране која је победила признат је за *iustum*, тако да она мора бити власник. Заклетва, како тужиоца, тако и оптуженог, не указује на њихову тврдњу да је супротна страна својим подигнутим копљем (*Stab aufgelegt*) прекршила право, него значи да је та страна на мога роба спустила копље и на тај начин се умешала у моје право. Ово представља предигру, или увод. Ту свака страна спушта *vindicta* на роба уз тврдњу да јој он припада и у свом захтеву се позива на своје право. Тако се супротставља власничкој тврдњи друге стране и указује да је та тврдња неправна (*Unrecht*). Странке следе једна другу у накнадно формираној деликтној процедури за подигнуто копље (*Stabauflegung*). Овај деликт (*Stabauflegung*) је почињен против роба. Ко надјача у накнадно формираном деликтном процесу, са тврдњом да је опонент неправно виндицирао, мора бити власник роба, *Ibid.*, 30.

Постоје мишљења која у првом плану немају место где је почињен фуртум, већ иду у другом правцу. Тако Даубе сматра да се не може рећи да је фуртум деликт против имовине, а *os fracrum* против тела. По њему, онај ко почини фуртум не угрожава само туђу имовину, већ и туђу личност.²⁹

Развој деликата фуртума и инјурије је обележен константним ширењем њиховог домена. Код првог је тај процес, ипак, нешто другачији. Наиме, инјурија се ширила, али се и разграђивала. Нарочито је проширена преторовим генералним едиктом о инјурији. С друге стране, како је време пролазило, фуртум је под свој

Значи, по Волфу, у виндикационом процесу је реч о директно супротстављена два власничка захтева поводом исте ствари, а није реч о томе да је захтев једне стране противправан у најопштијем смислу те речи. Зато се може рећи како Волф, у суштини, речи *iniuria*, одриче могућност да указује на противправност уопште. Она се појављује да означи конкретан деликт – противправно виндицирање роба.

Захваљујући једној истој појави, процедури *legis actio sacramento in rem*, два аутора долазе до два закључка која се, може се слободно рећи, допуњују. Тако Казер, с једне стране, говори о релативној својини, а Волф, пак, указује на релативност саме речи *iniuria*. То значи да и један и други одричу могућност апсолутних концепата у римском праву.

У дисертацији се, пак, пракримен посматра као апсолутни концепт, јер иза њега стоји апсолутна, а то значи сакрална, вредност. Казеров праделикт је релативни концепт. У ствари, слободно се може рећи како, у суштини, Казер у праделикту не види било какав концепт (исто тако и Волф у инјурији), него само извесно *конкретно неправо* (упор. фн. 997). Зато није јасно да ли је за њега противправно виндицирање само један од облика праделикта, или, пак, сам праделикт. Ако је само један од његових облика (како и Казер изричито наводи), онда је праделикт, ипак, морао претпостављати некакав општи критеријум, концепт. Казерова теорија о праделикту и не покушава да одговори на ово претходно питање, па се зато чини неодрживом.

Неко ће рећи да није тако, јер Казер изричито каже да се захваљујући општем имену инјурије може закључити да је она првобитно представљала прекршај сваког приватног права, да је као такав праделикт произвођила право оштећеног на освету према починиоцу. Освета се, пак, извршавала убијањем, које касније бива укинута, а у појединим случајевима замењено блажим санкцијама. Затим каже да је виндикациона инјурија један облик примене тог праделикта, М. Kaser (1949), 23. Тачно је да све то Казер изричито наводи, али је тачно и да он, у суштини, одриче могућност апсолутних и општих концепата у римском праву. За њега је све релативно, па и инјурија која тако, и с почетка, може имати различите облике које изгледа уједињује само иста санкција. Иза њих не стоји никаква заједничка логика, сем некаког права на приватну освету, јер су њима угрожени приватни интереси. Код Казера су приватни интереси, чини се, нешто што се изворно појављује независно од сакралних, истовремено са њима, као и поред њих, а оно што се овде (у дисертацији) заступа је да сакрални интереси постоје пре било каквих приватних интереса (барем када је реч о најбитнијим друштвеним односима). Ови други су тек постепено почели да се помаљају из окриља сакралног. Такав став ће произвести и специфичан поглед на питање: када настаје прва облигација и у ком облику?

Волф, пак, изричито каже како инјурија није имала опште значење повреде права, како има данас. По њему, онај који је испостављао имовински захтев, у ствари је само тврдио да је неко виндицирањем повредио његова права. У складу са тиме треба разумети и *ius feci*, сматра Волф. Зато он предлаже да се сада, уместо *Uragio sam iio iravu*, преведе *Uragio sam оно на иша сам овлашћен, иошшо сам сѳусѳио „vindicta“*. Власник је виндицирао *iure*, јер му његова имовина даје овлашћење да подигне копље (*Stabauflegung*), J. G. Wolf, 30.

Тачно је да у оно време није могло бити појмова, али је зато било *знакова*. Зато се не може порећи да је инјурија од најстаријих времена могла бити знак противправности.

29 David Daube, „Nocere et Noxa“, *Cambridge Law Journal (CLJ)* 7/1939, 53.

домен и свој назив подводио све шири круг понашања. Постојао је један период када је овај деликт поседовао два доста различита облика (манифестни и неманифестни). Међутим, постепено су створени услови за укидање тог дуализма. Иако је опстала терминолошка разлика, суштинске више није било. То је зато што је место почињења деликта изгубило на значају.

Све шири круг деликтних понашања сврстан је у фуртум, опет захваљујући основној идеји која га је одликовала, идеји неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари, што је угрожавало мир породичног дома.³⁰ Сакрална компонента идеје мира породичног дома је постепено губила на значају (али, наравно никада сасвим), па је и фуртум, сходно томе, мењао своју природу.

Рекло би се да Даубе не мисли тако. По њему је идеја која стоји иза деликта фуртум много уже природе.

Он каже да је од најранијих времена крађа класификована као *поха*.³¹ С друге стране, сматра да на реч *поха* не треба гледати као на реч која је у почетку имала уско значење да би га касније проширила.³² У неким правним текстовима крађа и *поха* се налазе супротстављене, наводи овај аутор. То је због тога што је термин *поха* најприкладнији када се на крађу гледа са становишта жртве. С друге стране, ако се пажња усмери искључиво на сам акт крађе – не може се говорити о *posere*, наставља Даубе. Он ово образлаже тиме што лопов није оштетио ствар, већ ју је једноставно однео, *fert*. Тако, каже он, приликом описа радњи које је предузео злонамерни роб,

30 Фуртумом је повређена светост туђег дома, јер се покретна ствар сматрала његовим припатком. С друге стране, укућанин је сматран припатком своје фамилије. Зато је крађа укућанина представљала облик инјурије (*iniuria vindicatio*), а неовлашћено долажење у додир са његовом покретном ствари – фуртум. Поред тога, код противправног виндицирања реч је о неизвесном случају. Код манифестног фуртума, који је дуго био једини обик фуртума, реч је о несумњивом случају. Код противправног виндицирања неизвесно је да ли има правног основа, и по ком се основу нечији укућанин налази код другога, па се то доказује. Нема аутоматске примене предвиђене санкције. Санкција се, пак, огледа у губитку велике опкладе. Та опклада изгледа као начин да се избегне рат између фамилија и родова. Вероватно да је он у овим случајевима, пре ове процедуре, редовно избијао.

Код крађе укућанина, у почетку се (пре појаве легисакционог поступка) ради о повреди сфере одговорности ширег колектива (рода и племена). Код неовлашћеног долажења у додир са покретном ствари неког укућанина, реч је о повреди сфере одговорности патер фамилијаса као челника домаћинства.

У почетку и један и други деликт поседују претежно сакралну природу.

31 D. Daube (1939), 29.

32 *Ibid.*, 26.

Закон XII таблица одваја *furtum* и *noxa: si servus furtum faxit noxiamve noxit*.³³ Даубе наводи и други пример у *lex de Gallia Cisalpina*, где је, слаже се са Де Вишером, начињена разлика између *furtum* и осталих деликата, као *noxa* случајева. Овде се, такође, упућује на оно што је делинквент заправо урадио, каже Даубе.³⁴

Значи, *noxa* као шири појам може да обухвати *furtum*, али не увек. Приликом било каквог термилошког подвајања различитих аспеката једне исте појаве не сме се изгубити из вида да је ипак реч о истој појави. Зато се деликти морају целовито посматрати: како преко радње починиоца, тако и преко последице (или са становишта жртве).

До закључка да фуртум представља неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари и да је том приликом дошло до угрожавања светости и мира туђег домаћинства, дошло се анализом одговарајућих одредби Закона XII таблица. Из њих се види да је, с почетка, сама реч *furtum* имала уско значење, али да је заштитни објекат овог деликта био доста широк. Зато треба рећи да опредељење архаичног законодавца за термин фуртум, није производ његовог искључивог фокусирања на радњу одношења ствари. Није свако одношење фуртум, већ само оно које је угрозило светост и мир туђег дома. То је оно што је законодавац вероватно преузео из обичаја предака.

Даубе каже да *Tabula Heracleensis* 110–111 и *Fragmentum Atestinum* 2–4 претпостављају постојање ноксалних тужби за фуртум, али не и за инјурију. Он сматра да је разлог томе што су правила о фуртуму, деликту са непрекидном традицијом, формалнија и разрађенија, него она о инјурији.³⁵ Неколико типичних својстава у овим законима јасно указује на то, каже Даубе.³⁶ По њему, из ових извора је јасно да је фуртум врста за себе, док су инјурија и *dolus* одвојени од ње.³⁷

33 *Ibid.*, 29.

Фредерик Ален сматра да је овде реч о тзв. когнитивном акузативу, *noxit = nocuerit*. Он ову одредбу тумачи тако да је у овом случају господар могао, или да исплати штету, или да оштећеноме преда преступника (*noxae dedere*), Frederic De Forest Allen, *Remnants of Early Latin*, Boston 1880, 92.

34 D. Daube (1939), 29–30.

35 *Ibid.*, 49. Даубе, иначе, у овом чланку износи став да се *edictum generale de iniuriis* изворно односио на деликт који је назван као *iniuria* у Закону XII таблица (дакле, у питању је одредба у *Tab. VIII* 4). Даубе каже да су докази да генерални едикт, од самих почетака, није регулисао питања озбиљне штете, врло јаки. Пошто се у едикту појављује фраза *qui iniuriam aget*, овај аутор закључује да множина *iniuriae* пре указује на увреду (*affront*), него на озбиљну повреду (*Ibid.*, 45).

36 *Ibid.*, 49–50.

37 *Ibid.*, 50.

Друштвени услови за настанак фуртума могли су се стећи тек са почетком издвајања породичне задруге из ширих колективитета – рода и племена. Исти је случај са инјуријом. Фуртум је почео стидљивије – овим термином је означавано неовлашћено долажење у додир са покретном ствари из поседа породичне задруге, или неког од њених чланова. То је, пре свега, чин повреде туђег дома и култа који га је штитио. Ова покретна ствар је свакако била мање економске вредности од непокретности које су и даље биле у колективној својини; мање вредности и од робова и укућана који су могли бити предмет деликта противправног виндицирања (*iniuria vindicatio*).

Како се друштво развијало и како се увећавала сфера приватног интереса (не само власништва породичне задруге и њених чланова), тако, код фуртума, у први план почиње да избија заштићени имовински интерес поводом покретне телесне ствари. Захваљујући томе, фуртум шири свој опсег. Овај интерес је код инјурије, некако од самих почетака, нешто видљивији него код фуртума.

3.2. Друга претходна питања

Потребно је да се начини истраживање односа фуртума и других правних појава с којима се на изврстан начин додирује. То су истовремено појаве са дубоким корењем. Ради се о својини и легисакционом поступку. О фуртуму и архаичној инјурији је већ говорено, али ће о њиховом односу колико то буде потребно, по некад бити речи у склопу даљих поглавља. Реч је о врло испреплетеним питањима.

3.2.1. Својина и *фуртум*

Као што су санкције само симптом, тако је и питање субјекта који је овлашћен да гони преступника, питање симптома. Суштина се налази у карактеру угрожених интереса и степену њихове вредности. Тај степен је већи што је број заинтересованих за њих већи, а мањи, што је њихов број мањи.

Човек, иначе, има потребу да свему релативизује значај и да то схвати као некакав позитиван и неизбежан тренд. Тренд који пружа могућност за даљи развој и који га истовремено убрзава. Таквом се сматра и потреба за сужавањем броја одговорних лица.

Шта доноси тај процес, а што је значајно за ово истраживање?

Тај процес доноси релативизовање вредности које су предмет одговорности тог ужег броја лица. Украсти се може само она вредност која има релативнији значај. Пошто је манифестни фуртум запрећен смртном казном (апсолутном казном), онда он не може да се одреди као крађа.

Никако не треба да се изгуби из вида вишеслојност посебног интереса. Нарочито у архаичним заједницама. У оквиру таквог амалгама треба обратити пажњу на превасходно угрожену сферу. Таквом се код фуртума показује неопходност заштите неповредивости патријархалног породичног дома. Тек други слој заштићеног интереса представља слој безбедности својине на покретној ствари припадника породичне задруге. Само посредно су угрожени интереси целокупног друштва. На тај начин фуртум само прати формирање приватне својине. Не узрокује је, нити је тај случај обратан.

Познато је да Казер каже да је настанак својине вероватно повезан са гоњењем крађе.³⁸ Међутим, пре ће бити да приватна својина настаје са секуларизацијом имовинских односа. Колективна својина никада нема потпуни секуларни карактер.³⁹ Секуларизација је симптом релативизације до тада апсолутних вредности. Шири колектив представља апсолутну вредност, па самим тим и његова (колективна) својина. Фуртум настаје у оази породичног дома у једном таквом *колективном* окружењу. Пре Закона XII таблица он је само манифестан и апсолутан.

Када је већ реч о заштићеним вредностима, онда је интересантно да се види како Даубе прави отклон од два сукобљена теоријска става поводом значења речи *ноха*. Једног који је, како каже, засново Момзен, да она у правном језику означава само онај случај у коме не одговара починилац преступа, већ његов господар. Даубе наводи да је ова теорија изгубила неке следбенике пошто ју је Де Вишер оборио у

38 Max Kaser, *Roman Private Law, third edition, a translation by Rolf Dannenbring*, Pretoria 1980, 138.

39 Вид. О. Вујовић (2011 а).

неколико чланака. По њему, каже Даубе, ништа не говори о томе да се овај термин користио да укаже на, како је Даубе назива, индиректну одговорност.⁴⁰ Де Вишер, наводи Даубе, сматра да је реч *noxa* упућивала на деликте против имовине, а реч *vindicta* на деликте против тела.⁴¹

Пре ће бити да се у виндикацији налази корен заштите имовине. Релативизација ствара услове за зачетак приватног права. Дакле, смањење броја титулара својине доводи до њене релативизације, доводи до зачетака приватне својине. Приватна својина није никаква апсолутност, како се то до сада упорно истицало. Колективна својина има тежњу да буде апсолутна. Иза класичне приватне својине не стоје тако снажни ауторитети. Њена прва и основна одлика произлази из броја титулара. То је оно што јој може гарантовати само релативност. Слично томе, сразмерно слабији ауторитети стоје и иза својине патријајрхалне породичне задруге, него иза шире колективне својине. Зато својина патријајрхалне породичне задруге, заједно са приватном и личном својином, почиње да се сврстава у категорију релативне својине. Дакле, лична својина је већег степена релативности од приватне, а ова од својине породичне задруге.

Процес настанка приватне својине није ништа друго до процес сужавања броја одговорних лица.

Аналогно тој логици сужавања (постепеног релативизовања) су, у Закону XII таблица, поређане и одредбе о деликтима инјурија и фуртум – од тежих ка лакшим облицима. У случају инјурије код најтежег облика (*membrum ruptum*), ипак, нема смртне санкције. Значи да ту није угрожена апсолутна вредност. Код фуртума је, пак, за његов најтежи облик (манифестни фуртум) предвиђена смртна казна. Међутим, то није зато што иза њега стоји колективна својина рода или племена као апсолутна вредност. То је зато што иза њега стоји породични дом и његов култ као апсолутна вредност.

40 D. Daube (1939), 26.

41 *Ibid.* На истом месту, Даубе износи свој став да ни један од ова два теоријска блока не решава проблем због тога што имају погрешан методолошки приступ. *Noxa* је, каже он, реч која је од почетка имала широк смисао (вид. горе).

Казер каже да у раном римском праву, у периоду агркултурне ере (како је он назива), власништво и државина још увек нису јасно одељени као што ће то бити касније. То је зато што је власништво виђено само као „боље право на државину“ у односу на одређеног противника.⁴² Тако он наводи да се у древном процесу *legis actio sacramento in rem* од обе стране тражи да потврде власништво. Судија, наставља Казер, има само да одлучи која је од страна власник зато што има боље право на ствари у односу на свог противника. Али, при том, он није могао и да одбаци тужбу зато што ни једна страна није власник. Казер тако извлачи закључак да је власништво релативно право. Оно је исто што и државина, чак и у класичном праву интердиката.⁴³ Не. Овде судија не одлучује ко је имао боље право, него која је страна противправно виндицирала. Овде судија пресуђује о деликту.⁴⁴

Вотсон (*Watson*) наводи Волфов (*Wolf*) став да се руковање, додиривање које није било дозвољено одигравало када једна од страна у виндикационом спору противправно, штапићем (*vindicta*), додирне роба. Вотсон сматра да се, и у случају да се прихвати овакво Волфово мишљење да је виндикациони процес заснован на деликту, не може порећи да је тај процес могао подједнако бити примњен како за потраживање роба, тако и за потраживање бика, на пример.⁴⁵

42 М. Kaser (1980), 116.

43 Казер сматра да је државина у класичном праву била релативно право, *Ibid.*, 112.

44 Овом приликом треба подсетити на Волфов суд по коме је поступак *legis actio sacramento in rem* заснован на почињеном деликту. Овај деликт настаје када једна од страна противправно виндицира роба. Вотсон, с друге стране, тврди да је институција ропства имала мало утицаја на развој римског приватног права. Он каже како је Волф изнео другачије мишљење. Тако је по овом аутору, наводи Вотсон, древна римска *legis actio sacramento in rem*, дизајнирана искључиво за изискивање, потражњу (*claiming*) робова, Alan Watson, *Slave Law in The Americas*, Athens 1989, 139, фн. 1. Олга Телеген (*Olga Tellegen – Couperus*) наводи како Ричард Мичел (*Richard Mitchell*) сматра да је пре 200. године пре Христа, јурисдикција била у рукама свештеника., Olga Tellegen – Couperus, „Pontiff, Praetor, and *Iurisdictio* in The Roman Republic“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 74/2006, 32. (Ауторка има у виду R. E. Mitchell, *Patricians and plebeians, The origin of the Roman State*, Ithaca, New York – London 1990, 170 и даље). Телеген подвлачи да Мичел објашњава *provocatio* као изазов (*challenge*) који једна страна испоставља другој, а што спор доводи под јурисдикцију судије који одлучује чији је захтев *iustum*. Овај изазов је брзо еволуирао, наставља она, у заклетву *sacramentum*, која је давала право на новчану накнаду, такође, познату као *sacramentum* – у форми клађења о оправданости спора. Она каже да су, по Мичелу, римски свештеници развили различите правне процедуре којима се покреће парница. То, по њему, потврђује и јасни религијски карактер поступка *legis actio sacramento.*, O. Tellegen (2006), 38.

45 *Ibid.* Вотсон се, поред тога, чуди и тврдњи Орланда Патерсона (*Orlando Patterson*) да су римски правници изумели правну фикцију апсолутног власништва (*dominium*) како би дефинисали робове, A. Watson (1989), 139, фн. 1.

У сваком случају, нити роб, нити бик, поседују морални интегритет који би од њих начинио субјекте права. Нико им не може порећи ту заједничку и најбитнију карактеристику. С друге стране, вероватно је да су робови били те вредније покретне ствари које су прве, из сфере одговорности ширег колектива, прешле у искључиву сферу одговорности патер фамилијаса. Макар се чини да преживели подаци о изгледу виндикационог спора, и речи које су се том приликом употребљавале (и дуго пошто је он настао), иду у прилог таквом закључку. Чини се да се зато може рећи да се зачеци приватне својине никако не могу одвојити од вреднијих покретних ствари.

Казер сматра да је са његовим ставом о релативној својини сасвим у складу чињеница да је власник у многим случајевима сматрао да има неспорну позицију зато што има боље право у односу на све друге. Он каже и да, с друге стране, „релативно“ власништво укључује случајеве као што су они који су касније заштићени преко Публицијанске тужбе. При том напомиње да је термине апсолутно и релативно користио у ширем смислу.⁴⁶

Приватна својина јесте релативна својина, али зато што је то својина са мањим бројем титулара и што је самим тим вредност чији су они титулари релативне природе. Судски поступак не представља чинилац који може да успостави релативност својине, већ тако нешто може да учини само сама релативност заштићеног добра. Судски поступак поводом деликта *iniuria vindicatio* последица је релативности заштићеног добра. Казер је своју пажњу фокусирао на само некакву конкретну ритуалну борбу која се између две стране одвија пред правосудним органима. Та конкретна борба рађа конкретне последице које не представљају никакво правно онемогућавање да дође до нове такве борбе између победиоца и неког трећег лица. Међутим, такве борбе су могуће баш зато што иза таквих ствари не стоји вечни колектив, већ ужа заједница (патријархална породична задруга), а касније појединац.

Први облик фуртума – манифестни фуртум – је кажњаван смртном санкцијом. Иза њега стоје неке снажније вредности. Зато се фуртум не може повезати

46 М. Kaser (1980), 112.

са настанком приватне својине. Пре се са тим процесом може повезати настанак световне инјурије.⁴⁷

Тај процес смањивања броја титулара и релативизовања својине имао је за свој предмет неке покретне ствари. Тако се долази до другог елемента и института својине и фуртума. О каквим стварима је било речи? Из деликта *iniuria vindicatio* се види да су његов предмет, у почетку, били само робови, а касније, вероватно, и несвојевласни чланови породице. Предмет првог фуртума могле су да буду само мање покретне ствари. О томе сведочи ритуализована претрага *lance et licio*. У чинију (*licium*) се могла ставити само таква ствар. Први фуртум и прва *iniuria vindicatio* складно се надопуњују – једна установа штити власт над робовима и лицима *alieni iuris* (припадницима породице), а друга власт над осталим, у сваком случају мање вредним покретним стварима (припацама дома). Сви ови покретни предмети одговорности су, у то време, у чисто имовинском смислу, мање вредни од земљишта, пашњака и шума, који су још увек под врховном влашћу ширих колектива – рода и племена.

Међутим, поред имовинског, код противправног виндицирања и код фуртума постоји и други заштићени интерес. Он је код првобитног фуртума претежнији од имовинског. Ради се о заштити неповредивости породичног дома и породичног култа.

Апсолутне вредности не могу бити предмет крађе, већ рата. Да би се избегао рат и обезбедило извршење смртне санкције потребно је да одговорност буде манифестна. Значи апсолутна индивидуална одговорност укида могућност било каквог сукоба. С друге стране, ње нема без апсолутне вредности. Баш зато апсолутна одговорност не значи доминацију процесног над материјалним правом, већ подређеност процеса заштићеним вредностима.

Пре овога је речено да само смањивање броја одговорних лица у погледу одређених вредности (одређених интереса) представља квалитативну промену. Само смањивање води релативизацији. Зашто је онда код манифестног фуртума

47 Вид. О. Вујовић (2011 а).

остала смртна санкција? Па зато што су иза породичног дома стајала божанства (Лари) као његови заштитници. Ондашњи људи због тога нису могли бити свесни револуционарног значаја који има процес сужавања броја одговорних лица. Тек касније настаје неманифестни фуртум као угрожавање несумњиво релативних вредности. Тек неманифестни фуртум може да се одреди као крађа. Потом се мења и природа манифестног фуртума. Зато фуртум, у целини гледано, као и породична својина, носи трагове и једног и другог света. Носи трагове и апсолутних и релативних вредности. Фуртум је од почетка у транзицији своје природе.

3.2.2. Архаична виндикација и фуртум (проблем сувројности манифестној и релативној)

Чувени антрополог Фрејзер каже следеће: “Јер треба запазити да се ситем симпатичке магије не састоји само од позитивних правила, већ садржи и врло велики број негативних правила, то јест забрана. Тај систем вас упућује не само шта да радите, него и шта да не радите. Позитивна правила су чини, а негативна табуи. Доиста, изгледа да је целокупна доктрина о табуима, или у сваком случају бар њен велики део, само специјална примена симпатичке магије са њена два велика закона – сличности и додира... Табу је, дакле, негативна примена практичне магије... Ове две ствари само су супротне стране или полови једне велике, погубне заблуде – погрешног схватања асоцијације идеја. Врачање је позитиван, а табу негативан пол те забране... онда се табу може дефинисати као негативна страна практичне магије”.⁴⁸

Законски изглед деликта *iniuria vindicatio* не упућује на неко негативно правило, или правило забране, али има позитивних правила. Траг магије се огледа у присуству стандардизованих правних формула чији је облик обавезан. Ту је реч о некој врсти врачања, о некаквом двобоју врачања. Дат је опис радњи које треба предузети. Потребно је да ритуалним путем, пред органом политичке заједнице настане (да се одигра) спорна ситуација. Затим долази санкција за страну која је противправно

48 Džemjs Džordž Frejzer, *Zlatna grana*, Beograd 2003, 34.

виндицирала. С друге стране, овде се у улози арбитра јавља друштво, а не нека виша сила. То је пресудан елемент који одступа од магијских правила.

Када се друштву препушта одлука о сукобљеним захтевима, онда могу да настану правност и противправност. Одлучивање припадника друштва представља први услов за вођење било какве расправе и за одмеравање аргумената (за њихову релативизацију). Код норми о магији, за примену санкције је некада потребно друштво, али нема расправе, па ни одмеравања аргумената. Поред предвиђених несумњивих радњи тамо је одређено и обавезно (стриктно, несумњиво) тумачење њихових последица. Зато се тамо, након такве радње и такве последице, аутоматски примењује већ предвиђена оштра (стриктна, несумњива) санкција. Закон дванаест таблица у случају врачања намењује аутоматску примену смртне санкције.⁴⁹ Исти тип аутоматске реакције постоји и код манифестног фуртума.

Чини се да би се на основу таквих несумњивих прекршаја могао извући закључак да је ту потпуно јасно да је вредност диктирала изглед процеса – материјално право диктира карактер и изглед процеса, тј. процесног права. С друге стране, очигледно је да су од почетка постојали и случајеви где није било јасно има ли уопште престапа и, ако га има, ко га је починио (као код виндикационе инјурије). Изгледа да ту настају услови да материјално право буде креирано од стране процесног права. То су, пак, случајеви где заштићена вредност постаје релативна, па зато и несакрална. Зато и нема смртне санкције. Тако почиње секуларизација норми.

Дакле, за настанак права и цивилизације није потребан проналазак писма, већ проналазак људског, а не божанског, или магијског судског процеса.

Поступак *lance et licio*⁵⁰ поседује дозу неизвесности. Ту се не зна унапред да ли је оптужени заиста кривац – исто као код противправног виндицирања. То ће се тек утврдити уколико се пронађе неовлашћено однета ствар. Међутим, када се она пронађе, онда је несумњива кривица и одговорност власника просторије у којој је пронађена и примењује се смртна казна. Код ритуализоване претраге ради се о томе да је сам начин утврђивања кривца прописан. Тога пак нема код противправног

49 Тако је у одредбама у *Tab. VIII 1. а* и *Tab. VIII 1. б*.

50 Ова претрага ће у даљем раду бити називана ритуализованом, или обученом.

виндицирања. Макар извори ништа не говоре о томе.⁵¹ Зато би се могло закључити да је, пошто код тог деликта друштво има одрешеније руке, он секуларнији, а својина релативнија. На ово питање ће бити понуђен одговор у следећем потпоглављу.

У легисакционом поступку тужилац тврди да је тужени противправно виндицирао. Он не каже да је тужени украо (не оптужује га ни за *furtum*). Зашто?

Одговор једино може да гласи да је то зато што је у почетку могло да постоји само манифестно неовлашћено долажење у додир, или одношење туђе покретне ствари. Оно је, дакле, очигледно, несумњиво. Противправно поступање (противправно виндицирање) тек треба доказати. Својина није очигледна категорија. Она је, да се употреби Казеров термин, релативна. Дакле, где год постоји спор, где не може бити једноставног решења, где не може бити решења без сучељавања и расправе, где мора бити много описа и много доказа, ту настају правност и противправност. Ту је потребно конкретизовати своје тврдње. Код магије и табуа нема потребе да се било шта опише, да се било шта конкретизује. Тамо је очигледно да се десила предвиђена радња и предвиђена последица. С друге стране, пошто неко није ухваћен у акту неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари, онда га тек треба ухватити. Тек треба доказати његову кривицу. Треба је начинити очигледном. Тако настаје ритуализована претрага. Тај временски јаз ствара клицу процеса секуларизације *furtuma*. "... Све се дешава у садашњости, у исто време, без икакве интервенције појма прошлог времена, чак ни скоре прошлости. Ово игнорисање прошлости, или жеља за игнорисањем прошлости, такође може бити опажено у појму *furtum*, који упућује на украден објекат. Када је преступник ухваћен у поседу те ствари, није било потребно да се врати у прошлост како би се доказало шта се десило раније. Управљање временом од стране права иде чак и даље: архаично

51 "Доказивање су римски правници сматрали фактичким питањем, каквима се они не баве; осим тога класични судија одлучује по слободном уверењу, па је његова ствар какав доказ својине ће сматрати довољним", Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2005, 237. "... неки савремени теоретичари мисле да су обе странке, тврдећи свака за себе да им ствар припада, морале то и да докажу. ... Његова својина, према томе, није једина могућа својина на тој ствари него само „боља“ од противникове... По овој теорији, раширеној у немачкој науци, 'релативна својина (*relatives Eigentum*)' је постала 'апсолутна' када је, у поступку *per sponsionem* насталом у III веку п. Х., тужилац преузео на себе терет доказа и добијао спор само ако својину докаже у потпуности"; *Ibid.*, 236.

право је асимиловало појам флагрантног кривичног дела тако да је кривично дело постало евидентно проналажењем украдене ствари у прекршиочевим стамбеним просторијама. У овом случају постоји временска дистанца, у томе што кривично дело не може бити доказано у ‘тачном моменту’ у коме се одиграло. Међутим, путем фикције, овај временски јаз ишчезава, међувреме постаје безначајно”.⁵²

Произлази да архаични правници нису познавали, или нису желели да познају, појам прошлог времена. Зато су знали само за непосредне последице. Зато не знају за саучеснике. Само оно што се непосредно десило могло је бити очигледно. Зато се може рећи да је манифестни фуртум испрва био једини облик фуртума.

Цимерман каже да је *actio rei vindicatio*⁵³ могла бити поднета против лопова, као и против било кога невластника који у својој државини има украдена добра.⁵⁴ Неко би овде, за разлику од немачке теорије, нашао потврду ставу да је својина од почетка била апсолутно право, јер је пратила саму ствар. Међутим, *actio rei vindicatio* у ствари тек треба да доведе до успостављања деликтне радње – противправног виндицирања⁵⁵ и тек онда на основу те радње до почетка спора. Тако да *actio rei vindicatio*⁵⁶ тек посредно, преко гоњења за деликт (противправног виндицирања – може се рећи и противправног потраживања) служи заштити својине.⁵⁷ Овде долази до успостављања неке врсте процесно – деликтне облигације која треба да буде разрешена. При том се уопште не може одговарати за почињену крађу, јер се изгледа

52 Ana Messuti, *Time as Punishment*, Aurora 2008, 15–16.

53 О виндикационој тужби вид. више Мирослав Милошевић, „*Ius quiritium* и постанак римске виндикације“, *Анали ПФБ* 1995.

54 R. Zimmermann, 919.

55 Овом приликом је интересантно поменути Полајево (Polay) навођење Рабелових речи да је приликом *vindicatio (in rem)* и *negatio (in personam)*, странка која је неосновано виндицирала, презентовала себе у деликтном ометању могућности која је правно заснована, E. Polay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 4 фн. 1.

56 Када је реч о виндикацији, онда вреди навести Јерингово мишљење (које он формира имајући у виду Цицеронове речи *defendo aut ulciscendo* (реч је о Marcus Tullius Cicero, *De inventione* II 53: ... *vindicatio est per quam vis et iniuria et omnino omne quod obfuturum est defendendo, aut ulciscendo propulsatur...*)), да се термини *vindicta*, *vindicare*, *vindicatio*, појављују у виндикацијском процесу (*Vindicationprozess*) где *vindex* путем *legis actio per manus iniunctionem* делује у смислу самопомоћи и самоодбране, Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1866, 129 фн. 28b.

57 Упор. фн. 82., фн. 44., фн. 28., фн. 60. и фн. 66.

никако није могло доћи до доказа да је она манифестна (очигледна).⁵⁸ У овом случају, горе поменути временски јаз није савладан. Ето зачетка секуларизације.

Вероватно да се робови и несвојевласна лица, у архаичном Риму, нису могли тек тако украсти. Вероватно би избио прави мали рат. Вероватно је било фактички немогуће да их неко и неманифестно украде. Зашто се онда манифестни кривац није могао утврдити у неком ритуалзовном поступку претраге као код фуртума? Пре свега, пада у очи следеће: пошто се ту ради о већим покретним стварима које су лако видљиве, не могу се тек тако сакрити, па зато и није потребна нека посебна претрага. Али, исто тако, није видљиво да ли постоји, или не, правно ваљани основ по коме се они налазе код другог лица. С друге стране, на крају виндикационог спора следи губитак опкладе. Ко не може да плати – зна се. Пошто се преступник упустио у спор, настао је други основ његове одговорности – деликт противправног виндицирања. Само се посредно одговара за крађу. Зато у овом поступку нема речи о кривици и њеном утврђивању, већ само о противправности. Зато се не може рећи да је својина била апсолутно право. Да се кривица утврђивала могло би да буде речи о апсолутности. Обично се сматра да је обратно. Сматра се да апсолутно право прати ствар и да ту није битно питање стања нечије свести. Међутим, апсолутно је само оно што је несумњиво утврђено и што изазива прилично оштру реакцију друштва. Тако дефинитивно утврђена кривица за манифестни фуртум повлачи оштре казне и производи трајне и неизменљиве фактичке и правне последице. С друге стране, једном утврђена својина никада није потпуно извесна – увек се може побијати. То је зато што су правност и противправност релативне категорије.⁵⁹

58 Увек треба имати у виду да манифестни фуртум није био крађа. Он је угрожавао породични дом, а противправно виндицирање је угрожавало саму породицу. С друге стране, када се каже да код противправног виндицирања није могло бити манифестне крађе, не мисли се на фуртум, него баш на крађу.

59 С друге стране, не постоје правда и против правда. Правда као апсолутна категорија познаје само антипод – неправду. Противправност никада није антипод правности, већ јој је релативно супротстављена.

Овом приликом је интересантно навести како Лауренс Винкл (*Laurens Winkel*) напомиње како је позната тешкоћа која произлази из изједначавања инјурије и кулпе, јер није купла, већ је долус био уобичајен стандард одговорности у римском деликтном праву. Отуда изрази као што су

Да се сврха архаичне виндикације налази у разрешењу процесно – деликтне облигације, а не у утврђивању својине,⁶⁰ на известан начин, подупире чињеница да појма својине не може бити све док није настала његова примена на непокретности.

Тако Милошевић, разматрајући проблеме Аграрног закона из 111. године пре Христа, износи: „Коначни резултат је закључак да се аграрно уређење, правно уобличено законом, не може посматрати кроз оптику класичних правних установа, јер обележава једну етапу у изградњи тих установа. Посебно, не може се рећи да је *ager privatus* земља у „квиритској својини“, нити да није – јер је у току процес изградње самог појма својине, бар када је реч о њеној примени на непокретне ствари“.⁶¹

Казер каже како је од раних времена *rei vindicatio* служила за заштиту квиритског власника. У класичном праву је ову тужбу подизао квиритски власник који нема државину против невластника који има државину. Она је, по њему, имала двоструки циљ: пре свега утврђивање (*ascertain*) тужиочевог власништва, а затим

sciens prudensque, sciens dolo malo, ope consiliove, играју битну улогу код одговорности за фуртум, подвлачи овај аутор, Laurens Winkel, „*Quintus Mucius Scaevola Once Again*“, *Fundamina* 11/2005, 429. Ово на својестран начин иде на руку горе изнетој тези да је код најстаријег фуртума (манифестног фуртума) морало бити речи о апсолутној одговорности.

60 Када је у питању значење речи и реченица које су употребљаване у виндикационом процесу, а које су сачуване захваљујући Гају (G. 4. 16), онда вреди навести Волфов став. Он сматра да се, имајући у виду фразу *secundum suam causam*, лако може претпоставити да се остатак реченице односи на потраживање својине, J. G. Wolf, 16.

При том, Волф, на нешто другачији начин редигује Гајев текст:

hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio. secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui.

За разлику од онога што је прихватио Обрад Станојевић (Вид. О. Stanojević, 252), код Волфа, тачка долази после *meum esse aio*. Тако, нова реченица почиње са *Secundum suam causam*, Вид. J. G. Wolf (1985), 16.

Волф каже како ова клаузула (*Klausel*) многе збуњује, те сматрају да се не може објаснити као нешто што је везано за имовину. Њихова објашњења су и даље контраверзна, чак и међу ауторима који почињу са другим делом оралне формуле, каже Волф., *Ibid.* Он се слаже са Казером да конфузија потиче отуда што није јасно на шта тачно упућује реч *suam*, *Ibid.*, 16–17. У њој, Волф види присвојну заменицу (*Reflexionspronomen*).

У целој овој реченици, наставља он, могло се мислити једино на неспоменути неправи објекат (*Dativobjekt*), тако да се имао у виду сам роб (*bezogen werden*). Он сматра да је сасвим очекивано да неправи објекат буде неспоменут пошто је роб већ два пута то био (путем израза *hominem* и *suam*). Резултат је, такође, вероватан, каже Волф. Виндикант (*Vindikant*), како Волф воли да назива тужиоца у својинском спору, изјављује: у складу са својим *causa* положио сам *vindicta* на њега. Он каже и како нема разлога за збуњеност у погледу значења формуле у којој се употребљава израз *sua causa*, јер након *secundum suam causam* следи *sicut dixi*, чиме, уствари, тужилац (*Vindikant*) упућује на свој имовински захтев. Овај контекст је неумољив: Са *sicut dixi*, виндикант (*Vindikant*) је само раслојавао оно што је већ рекао у ритуалу, и чему је претходио сам имовински захтев – каже Волф, *Ibid.*, 17.

61 Мирослав Милошевић, “Проблеми Аграрног закона из 111. године п. Х.,” *Анали Правној факултету у Београду (Анали ПФБ)* 2/2007, 128.

и да тужилац добије повраћај ствари, или да се оптужени осуди на исплату извесне суме новца. Овакав класични изглед ове установе је, каже Казер, настао тек након дуге еволуције коју одликују бројне промене.⁶² Он наводи да се прва јасна слика о изгледу ове установе може наћи тек у Закону XII таблица, а да јој претходи нејасна рана историја.⁶³ Казер каже и да је поражена страна (*defeated party*)⁶⁴ била одговорна и „за деликт (*vindicta falsa*) у висини дупле суме прихода који су противправно присвојени (*fructis duplio*), а у складу са Законом XII таблица“.⁶⁵

Међутим, сврха ове *actio* није утврђивање тужиоачевог власништва, него формирање деликтне радње како би уопште дошло до спора. Не утврђује се власништво него кажњава деликт.

Изгледа да је у времену пре доношења Закона XII таблица, за почетак поступка или, пак, примену санкције било потребно да буду непосредно видљиви и починилац и жртва и противправна радња са последицом. То је било могуће ако се и радња и последица одиграју истовремено.⁶⁶ Тако је било у случају *йрошйивйравној виндицирања*,

62 M. Kaser (1980), 138.

63 *Ibid.*

64 Очигледно је да Казер инсистира на оваквој *йерминологији сукоба* како би истако релативност својине.

65 *Ibid.*, 139. За фуртум се одговарало много страшнијом казном – смртном казном. Ако је својина захваљујући *rei vindicatio*, како Казер каже, била релативна, како онда да је постојао фуртум са смртном санкцијом? Таква казна је била предвиђена, јер је фуртум био деликт против породичног дома.

Како је могуће да је власништво над робом и над укућанима било релативне природе? Како је могуће да се баш оно прво издвојило из *колективної айсолућној*?

Код фуртума, као што је већ речено, није толико битна ствар, колико место где је почињен.

С друге стране, покретна ствар веће вредности и укућани прелазе у сферу искључиве одговорности патер фамилијаса као челника породичне задруге. То им даје релативнији карактер. Патер фамилијас има две основне групе овлашћења. Једна су према члановима породице, а друга према породичном дому. Фуртум угрожава ово друго.

Шири колектив (род и племе) је тешко покретљив и не може успешно да управља сваком покретном ствари која поседује велику мобилност и где је потребно да она често излази из његових граница. Ако су идентитет и порекло потчињених лица несумњиви, није и чињеница постојања или непостојања правног основа по ком је неко од њих присутно у било чијем домаћинству. Може се рећи да је код оптужбе за противправно присвајање роба, на почецима развоја Рима, уствари реч не о проблему идентитета, већ о проблему правног основа. Зато се овде употребљава реч противправно – инјурија.

Код првобитног фуртума (манифестног) очигледно је реч о стварима чији су идентитет, порекло и тренутни правни статус несумњиви.

66 Волф каже како је *legis actio sacramento in rem* био процес претендената (*Prätendentenprozess*). Ту и једна и друга страна тврде да су власници роба и обе тврде да је пресудом потврђено да је њихов навод гачан, истинит, J. G. Wolf (1985), 28. Пресуда је, по њему, одлука о заклетвама. Њоме се тек узред напомиње, или да је роб тужиоачев, или оптужеников, или ни једног ни другог, *Ibid.*, 29.

или, пак, у случају *furtum manifestum*. Закон XII таблица прави значајну измену тиме што дозвољава да за покретање поступка може да послужи и само видљива последица, тј. сама ствар као у случају неритуализоване претраге која доводи до *furtum nec manifestum* (а, онда се преко ствари, која указује на последицу, детектује починилац).

Дакле, модерним речником речено, Римљани су у архаичном периоду за одговорност захтевали несумњивост, а тек касније упознају категорију основане сумње да је деликт почињен (неманифестни фуртум успостављен Законом XII таблица). Поред тога, очигледно је и да се сматрало да је онај ко почини фуртум неповратно погрешно. Манифестни *fur* је, уствари, непоправљиви *fur*.

Код противправног виндицирања успоставља се поменута несумњивост, али њиме није угрожен породични дом, него сама породица.

Казер истиче како је, у почетку, правило примене самопомоћи за заштиту својих права, од стране римске државе било ограничено на два начина: а) заплена је уоквирена стриктним ритуалним формама како не би дошло до незаконите повреде туђих права;⁶⁷ б) заплена је врло рано зависила од претходне меродавне истраге правне ситуације – ако од самог почетка тужиочево право није сасвим сигурно, онда мора бити пресуђено, пре извршења, да ли је тужилац у праву.⁶⁸ Само у изузетним случајевима, каже Казер, тужиочево право било је неспорно. Само изузетно није било потребно било какаво испитивање. Тако је било код манифестне крађе, или манифестног правног акта, или ако је дужник признао тужиочево право. Тада се приступало извршењу без претходне расправе, каже Казер.⁶⁹

Чини се да се, имајући у виду Гајев опис процедуре, не може рећи како је пресуда била некаква одлука о заклетвама. Тамо нема ничег што би упућивало на било какву заклетву.

Поред тога, ако се има у виду природа заклетве у архаичним правима, онда се не може рећи како је овде могло бити полагања заклетви. Заклетва не захтева никакво преиспитивање, већ јој се слепо верује, а пресуда се доноси по аутоматизму. Може се рећи да се, у тим системима, пресудом само извршава заклетва. Поред тога, да је ово био својеврсни сукоб заклетви, било би унапред одређено чија заклетва има предност – којој се више верује., Вид, поглавље 5. 3. Проблем сведока и *furtum manifestum*. Све то указује да је пре одлуке о томе која је страна у праву, а која је страна починила инјурију, постојала извесна процедура доказивања власништва – процедура која нема неки посебно формални и крути карактер. Да је та процедура била стандардизована вероватно би до нас дошао њен опис, као што је Гај описао њен први *in iure* део. Пошто није било *рецейш* процедуре, то значи да ту, пресудну улогу није играла магија.

67 M. Kaser (1980)., 391–392.

68 *Ibid.*, 392.

69 *Ibid.*

Том приликом је, истиче он, самопомоћ приликом извршења морала пратити захтевану форму. Такође, до ње је могло доћи тек пошто држава увиди да је тужилац у праву.⁷⁰

Ови манифестни случајеви, код којих нису били потребни било каква претходна расправа, или испитивање, од почетка су, чини се, били редовни, а не, како Казер сматра, изузетни. Код ових очигледних прекршаја је реч, у ствари, о нормама које спадају у *fas*. О значају очигледности за религију, на својеврстан, извитоперен начин сведочи инквизиторско изнуђивање признања у средњем веку. Зар нема боље очигледности од признања прекршиоца, или његовог хватања на делу? То признање кривице укида врменски јаз између почињеног и доказаног.

Робусна кривица је апсолутна кривица.

Треба рећи да је право на примену самопомоћи било ограничено, јер су ужи интереси релативнији од ширих. Што су разлози релативнији то су већа овлашћења друштвено-политичких структура, интензивније је њихово надгледање. Зато се почињу јављати преседани. Успостављање *rei vindicatio* морало је бити преседан који је пратио формирање својине патријархалне породице. Он сведочи о томе да је патријархална породица у својој искључивој одговорности, у почетку могла имати само покретну имовину (додуше вредну). Како то Гај каже: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, que modo in ius adferri adductive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum:...*⁷¹ „Ако је подизана стварноправна тужба поводом покретне ствари или ствари која се сама креће, која се дакле може донети или довести, захтевана је та ствар на следећи начин:...“⁷² Затим следи чувено Гајево излагање тока ове процедуре.⁷³

70 *Ibid.*

71 G. 4. 16.

72 Превод О. Stanojević (1982), 251–253.

73 ... *qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam inponebat. ... cum uterque vindicasset, praetor dicebat mitte ambo hominem, illi mittebant, qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris, ille respondebat ius feci sicut vindictam inposui, deinde qui prior vindicaverat, dicebat quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco, adversarius quoque dicebat similiter: et ego te... G. 4. 16.*

Мање вредне, личне ствари, биле су предмет зачетака личне својине, па и предмет фуртума. Фуртум се, као и почечи приватне својине, јавља услед сужавања круга одговорних лица, и, самим тим, услед релативизације одговорности.⁷⁴

3.2.3. Секуларизација, њрошвивіравно виндицирање и фуршум – и о теорији Казера

Казер каже да не може бити сумње да су најважније форме *legis actiones* истовремено и најстарије, старије од Закона XII таблица. Њихова заједничка карактеристика је да ступају у дејство путем архаичних формалних аката.⁷⁵ То подразумева, каже Казер, свечано рецитовање прецизно предвиђених форми речи (усмених *formulae*), путем којих сукобљене стране свечано истичу своје тврдње пред правосудним органом.⁷⁶ Он наводи како су два дела процедуре код *legis actiones* (*in iure* и *apud iudicem*) дала повода сукобљавању ставова о корену ове деобе. Резимира те ставове и каже да је до скоро било доминантно мишљење да је историјски корен римске цивилне процедуре у приватном изабраном суду који је тек постепено стављан под државну контролу, и који се на тај начин и развио у процедуру јавног права.⁷⁷

74 Зато се фуртум и посматра као приватни деликт – погађа ужи круг лица.

Овом приликом је интересантно навести став Лардоне Франческа (*Francesco Lardone*): „Гоњење киднапера у раном римском праву је била ствар цивилне процедуре, а касније ствар кривичне процедуре. ...Тако је *plagium* у раном периоду био предмет цивилног прогона, а касније је припадао кривичним делима (I. 4. 18. 10). ...

Други разлог који лежи у суштини процедуре је сама идеја коју носи појам *plagium*. Данас киднаповање представља насиље против личности, али у Риму, као што је већ наведено, сматрано је неприкладним присвајањем власти (*potestas, manus, dominium*) коју патерфамилијас има над својом децом, својом женом, својим робовима. Оно је сматрано као угрожавање слободе само у случају киднаповања патер фамилијаса лично; и у основи све што се тиче ове власти је била ствар цивилне јурисдикције. Тек касније, са нестајањем *manus* и опадањем *potestas*, индивидуална слобода ужива бољу заштиту, и на *plagium* је гледано као на угрожавање слободе, па је постао кривично дело“, Francesco Lardone, „A Note on Plagium (Kidnapping in Roman Law)“, *University of Detroit Law Journal*, 1/1931–1932, 167.

Јасно је да је киднаповање, у друштвеној свести, морало бити везано за угрожавање ширих, друштвених вредности и друштвених интереса – слободе равноправног припадника заједнице – како би постало третирано као кривично дело. Овде се већ ради о проширивању круга заинтересованих лица.

75 M. Kaser (1980), 392.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*, 394.

Модерни истраживачи, наставља Казер, следе римску традицију и указују да је комплетна правосудна власт од најранијих времена била под контролом држалаца судске власти, а то је *rex* као носилац религијске власти. Пренос прикупљања доказа и доношења пресуде настао је тек касније. Остављено је на вољу правосудном магистрату у којој ће се мери ослободити све већег терета своје функције. Тек је у каснијој Републици, наставља Казер, ова регулација постала обавезна. Он наводи да је по мишљењу модерних аутора то било под утицајем демократских тенденција античке Грчке.⁷⁸ Казер се не слаже ни са овом интерпретацијом. Он истиче да је ова подела процедуре постојала у сличној форми и у античкој Грчкој и у, како их он назива, апсолутним монархијама античког Орјента. Она је, по Казеру, вероватно заменила до тада потпуну краљеву правосудну власт.⁷⁹ Међутим, оно у чему се његов став разликује од осталих модерних аутора, јесте у томе да ова деоба поступка треба да буде смештена у најранија времена. Он каже да је она вероватно почивала на општем принципу да истинитим правосуђем треба да управљају независне судије, које нису званични правосудни магистрати.⁸⁰ Овај принцип, по Казеру, тражи и да стране у спору треба да имају изванредан утицај на именовање судија. То зато што су оне могле бити обавезане будућим одлукама судија, само ако су унапред пристале на то.⁸¹

Не може се сматрати вероватним да је принцип независности судија могао наћи свог израза у најранијим временима. Као што је већ указано, тада није било другог деликта до манифестног деликта. Не признаје се временски јаз између извршеног деликта и утврђене одговорности. Зато нема слободе код одлучивања. Тек пошто је наступио овај јаз, на сцену је иступила релативнија својина. Логично је да одлучивање у споровима поводом ове својине треба да буде праћено надгледањем од стране одговарајућих друштвених структура. Какве су форме надгледања – да ли је судија имао било каква дискрециона овлашћења, или није уопште одлучивао,

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*

81 *Ibid.*

него је био везан стриктним формама права? Неко би очекивао, пошто се ради о преседану, да постоје његова већа дискрециона овлашћења. Међутим, извори ћуте. Може се претпоставити да је то због тога што је тај поступак био давно, пред рексом утврђен и неспоран. Наиме, изгледа да је ово био само процесни преседан, који је иницијативу за покретање поступка спустио на нижи ниво, на челника, патер фамилијаса. Као што је одговорност за роба, члана рода, или племена који живи под његовим кровом спуштена на њега. Поред тога, њиме је омогућено успостављање основане сумње да су и тужилац и тужени починили прекршај пред очима магистрата.⁸² Нема више несумњивости, па нема ни одговорности без покретања поступка. Више нема ни непосредне, аутоматске примене санкције. Зато смртна казна више није једина казна.

Виндикациони поступак, уствари, на посредан начин доводи до кажњавања крађе. Фуртум је, с друге стране, деликт уперен против традиционалних вредности које обезбеђују опстанак једног друштва.

Очигледно је да су најзначајније врсте *legis actiones* старије од Закона XII таблица. Познато је да је пре Закона XII таблица *rex* као врховни орган у својим рукама држао и световну и сакралну власт. Међутим, из манифестног фуртума се види да није било потребно да ни он, нити било који други орган изрекне пресуду и спроведе санкцију. Архаични фуртум није крађа. Ту су се ствари одвијале по аутоматизму, у складу са обичајним правом. Аутоматизам је израженији што је заштићена

82 Волф каже како је у уводу (или предигри) (*Vorspiel*) (како Волф назива *in iure* део поступка), и један и други претендент на имовину, и тужилац и тужени, изјављивао да је баш он власник роба. Волф поново жели да напомене да процес није заснован на њиховим власничким захтевима (*Eigentumsbehauptungen begründet*). „Тема дијалога није питање власништва. Дијалог је више повезан са виндикацијама (*Vindikationen*) страна у спору. Тачније, он је обе виндикације, неправност једне или друге, начинио предметом спора. Заклетва (*Die Eid*) тужиоца је била упућена да се утврди да ли је оптужени, а заклетва оптуженог је упућена да се утврди да ли је тужилац *iniuria* виндицирао“, J. G. Wolf (1985), 27. Он каже како је ова процедура деликтне природе: две стране следе једна другу, јер је копље подигнуто (*wegen der Stabauflegung*). То подизање копља није деликт само по себи, већ и судски спор (*Streitverfahren*) којим странке изазивају једна другу. То није прави деликтни поступак (*Deliktsverfahren*), већ је пре реч о томе да је правом прекршају мењан изглед, *Ibid.* Деликт је тужен путем *legis actio sacramento in personam*, наставља Волф. Поступак *legis actio sacramento in rem* је затим начињен од две накнадно формиране (*nachgeformten*) личне сакраменталне тужбе, *Ibid.* То, по њему, доказује, не само да је *legis actio sacramento in personam* најстарија сакраментална процедура, него и да је најстарија римска процедура за доношење одлука (*Entscheidungsverfahren*), уопште, *Ibid.*, 28.

вредност сакралнија. Али, не-смтрне санкције код противправног виндицирања сведоче да овај деликт, од неког тренутка, није био претежно сакралног карактера. Што се управљања доказним поступком тиче, вероватно је да се и он одвијао по већ утврђеним формалностима. Оне су вероватно подразумевале и већ формиран начин изношења доказа и исто тако њихово формирано формално вредновање. Ту није имало простора за неко право судско одлучивање. Све је робовало категорији правне технике, која је, с друге стране, била под пресудним печатом обичаја предака. Ови обичаји су поседовали двојну природу, и сакралну и световну. Било ко да је био судија, у ствари вршио је само улогу надзорника поштовања светих предачких формалности. Исто што је чинио и *rex*. Какво онда позивање на правност и противправност? Па, ради се како о неизвесности резулата, тако и о неизвесности правног основа по коме се неко лице налази код другог. Дакле, игру не чини само неизвесан резултат, већ и неизвестан основ њеног одвијања (неизвестан узрок), док су све етапе поступка потпуно извесне и довољно прецизно формулисане.⁸³ Зато је ту реч о претежно световним формалностима.

С друге стране, познато је да је тек са развојем друштва правосудни орган у виду претора добио велика дискрециона овлашћења. Пре Закона XII таблица није могло бити много преседана у области цивилних спорова, јер то није у складу са природом затвореног самодовољног друштва. Зато питање дискреционих овлашћења тадашњих вршилаца судске функције и не заслужује велику, а ни пресудну пажњу. Тада је углавном све било фиксирано.⁸⁴ То је истовремено могло допринети

83 У том смислу треба допунити Стросов налаз о игри.

84 Касније се то могло променити, па су исте форме могле да послуже другим циљевима, другој садржини. Изгледа да постоји једна заједничка карактеристика тзв. паганских друштава. У том погледу, врло је занимљива и индикативна анализа природе српских паганских ритуала коју даје Петровић: „Свакако, таква карактеристика српске религиозности по природи ствари указује на тзв. духовни еластичитет и толеранцију према пријему страних форми религиозности, које се, споља гледано, примају без реског одбијања, али исто тако, у дубљем смислу, запажа се конзервативност коју Срби показују када прихватају такву форму религије. Наиме, изгледа као да Срби без отпора прихватају један облик религиозности, но, они га, одмах подвргавају механизму трансценденталног преосмишљавања и преобликовања, угуравајући новопримљену садржајност у већ зацртани образац, у постојеће оквире древне ритуалне одређености. О тој црти, у сасвим другом контексту говори и Ловмјањски. ‘Што се тиче полидоксије, она изазива интересовање као одраз традиционалног словенског погледа на свет, чији су облици и садржаји по природи конзервативни, а истовремено одликује се толеранцијом у погледу вероисповести, која олакшава

формирању извесне правне технике у области цивилних односа и, сходно томе, њиховој секуларизацији. То, с друге стране, доводи до постепеног формирања приватне својине – прво на покретним стварима. Дакле, цивилна техника настаје у устаљеним друштвеним околностима. Као таква, она постаје погодно тле за ширење секуларног утицаја међу друштвеним нормама. Секуларизација настаје поводом, за друштво у целини, мање вредних ствари. Зар није и данас то критеријум (*за друштво у целини, мање вредне ствари*) по којем се рзврставају јавни од приватних интереса.⁸⁵

Казерова даља аргументација, иако има у виду другачије закључке, иде наруку оваквом ставу. Наиме, он каже да се већ током ране Републике појавила флексибилнија и напреднија формуларна процедура. Он сматра да је она своју примену нашла прикључењем на стару *legis actio* процедуру. Она је отклонила ризик од губитка спора уколико нека од страна непрописно одрецитује свечану усмену формулу.⁸⁶

Дакле, укида се стриктна формула и самим тим долази до увођења дискреционог овлашћења правосудног органа. То је тако, јер, услед бржег друштвеног развоја, долази до све већег броја преседана. Овде, дакле, не статичност као пре, него управо динамичност друштвеног развоја убрзава секуларизацију норми. Секуларизацију поспешује потреба за рутинским решавањем проблема. Рутина доводи до појаве формула. Формуле су обрасци за једнообразно поступање у сличним ситуацијама. Оне прво настају као израз статичног и правно-технички уходаног друштва, а онда као израз потребе за брзим и на здравој логици заснованим правно-техничким решењима. Дакле, није динамичније друштво оно што доводи до процеса секуларизације,

пасивну рецепцију позајмица, које су у првом реду узимане из хришћанства“, Сретен Петровић, *Српска митологија – Антирелигијозна српских ритуала*, III књига, Ниш 2000, 20. Чини се да је оваква била и природа римских ритуала, па и њихових архаичних правних ритуала. Они свакако своје порекло вуку из магије.

85 Интересантно је, овом приликом, поменити да Мосаковски (*Mossakowski*) каже да је посебна вредност култа била у томе што је, сходно првобитним веровањима он сматран вечним (*endlessness*). Он сматра да је ово идеја из које је потекло и убеђење о трајности (*permanence*) *fas* и касније *ius*. Он наглашава универзалност *sacrum*, самим тим универзалност храма, култа и азила, Wieslaw Mossakowski, „The Problems of the Templum Asylum Genesis in the Ancient Rome“, *Pomoerium* 2/1996, <http://pomoerium.eu/pomoer/pomoer2/mossak1.pdf> 9.

Међутим, овај став Мосаковског се не чини потпуно тачним. Ради се о томе да идеја права не почива на идеји вечности, нити на било каквој идеји трајности, већ на сумњи. Право настаје на релативности људских ставова и аргумената. *Fas*, пак, почива на несумњивости, на вечности.

86 M. Kaser (1980), 394.

оно га само убрзава. Секуларизација је, уствари, израз рутине.⁸⁷ Одредбе о манифестном фуртуму су одредбе рутинског решавања спора поводом неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари. Вероватно су у почетку само оне и постојале. Како почињу да се јављају преседани приликом неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари, тако се јавља и неманифестни фуртум. У једном тренутку почиње да се разликује манифестна од неманифестне крађе. Дакле, манифестни фуртум почиње да добија секуларни карактер. Сама рутина није била довољна за његову секуларизацију. Потребно је било да се успостави нова појава (неманифестна крађа) која ће рутини утврђивања одговорности код манифестног фуртума подарити сумњу и релативност. Та нова појава ће то учинити преко указивања на немогућност премошћавања временског јаза.

Ове *оралне формуле*, како Казер воли да назове формуле легисакционе процедуре, с почетка јесу изазивале страхопоштовање. Како су се понављале, како су прелазиле у рутину, то је све мање и мање био случај. Рутина заиста поседује гравитацију која код људи постепено доводи до ишчезавања идеје. Рутина је приземна.

Казер још каже да је сада, након увођења формуларне процедуре, парница, која се покретала путем *actio* коју подноси тужилац, допуњена са *exceptio* који истиче бранилац.⁸⁸

Како снажније пада у очи временски јаз, тако долази до појаве приговора у судском поступку. Код манифестног фуртума нема могућности приговора. Она настаје тек у Закону XII таблица са неманифестним фуртумом путем *actio furti oblati*.

87 Када је већ о секуларизацији реч, онда је корисно напоменути донекле супротно мишљење Олге Телеген (*Olga Tellegen*). Она истиче да је опште прихваћено да је већ у доба Републике цивилно право било одвојено од религијског права. Том приликом наводи да је рана секуларизација страна карактеристиком римског права. Она се труди да докаже да то није било тако. То чини уз помоћ Цицеронове приче о сусрету два римска сенатора Брута и Руфа на острву Самос. Из овог извештаја је, по Олги, потпуно јасно да су правници морали добро познавати понтификално право (O. E. Tellegen-Couperus, *Sacred law and civil law*, in: *Law and religion in the roman republic*, Mnemosyne Supplements History and Archaeology of Classical Antiquity, Leiden – Boston – Brill 2012, 2. Доступно на интернет адреси <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122100>). Она наводи како се само мали број текстова из периода Републике налази у Дигестама. По њој је вероватно да су рани правници записивали своја мишљења на исти начин као што су свештеници своја. Ти правници су често и сами били свештеници, истиче Олга (*Ibid.*, 3). Интресеантно је видети како она упоређује *noxae deditio* у сакралном, цивилном и међународном праву (*Ibid.*, 4 и даље).

88 M. Kaser (1980), 394.

3.3. Шта се може закључити о предмету фуртума у архаичном праву?

Што се тиче *legis actio sacramento in rem*, Казер наводи како је процедура почињала са *vindicatio*, како каже, ритуалним актом тужиоца којим он ритуално, путем штапића присваја спорни предмет и истовремено износи тврдњу о поседовању тог предмета сетом формализованих речи.⁸⁹ Бранилац одговара еквивалентом контра-видикацијом. Он ове акте назива ритуална самопоћ.⁹⁰

Међутим, то уопште није самопомоћ, јер је ова процедура уведена како би се елиминисала колективна самопомоћ. Након интервенције магистрата и његовог наређења да обе стране оставе ствар, јавља се тужиочева тврдња да је супротна страна *йрошвиравно виндицирала*. Како и ово довести у везу са фуртумом? Па, већ је речено да је очигледно да код *legis actio sacramento in rem* нема деликта, па ни спора док се не начини видљиви противправни акт (манифестни деликт као код манифестног фуртума) када друга страна *йрошвиравно* виндицира.⁹¹ Тек након тога, уствари, условно речено, почиње парнични поступак. С друге стране, ритуална претрага

89 *Ibid.*, 397–398.

90 *Ibid.*, 398.

91 Занимљиво је вратити се на Волфово запажање да је *legis actio sacramento in rem* формиран од већ постојећих механизма. Овај метод древне јуриспруденције у производњи нових правних аката, каже он, објашњава заодевање својинског спора у деликтно питање. То се постиже коришћењем већ установљеног процеса *in personam* за конструкцију новог *in rem*, J. G. Wolf (1985), 28. Није толико битно да ли је древна јуриспруденција користила постојеће механизме за изградњу нових, колико је битан карактер тих механизма. Реч је о томе да је требало начинити деликт пред очима магистрата да би он уопште могао да узме проблем у разматрање. Спор је морао да буде манифестан како би био поништен временски јаз између почињеног и доказаног деликта. Зато без деликта не може бити спора. С друге стране, вредност која лежи иза спора *in rem* је релативне природе. Зато није предвиђена смртна санкција, барем не у Закону XII таблица, а вероватно ни неко време пре њега. Код фуртума, пак, у исто време још увек постоји смртна санкција. Зато није толико битно што је спор у случају виндикације заоденут у деликтно питање. Битно је што је реч о релативном, секуларном спору, где, додуше, има тежње да се поништи временски јаз између почињеног и доказаног деликта, али нема тежње да се поништи сам деликт, као у случају манифестног фуртума. Да је поништавала сам деликт, политичка заједница не би имала права на износ опкладе коју је положила поражена страна. Када се поништава сам деликт, онда се поништава његов починилац. Код виндикационе инјурије казна је примењивана на починиочевој имовини, што значи да њоме није била угрожена светост дома, већ само покретна имовина породице. Зато ту не може бити речи о сукобу заклетви, већ о сукобу релативних тврдњи. Ту није реч о конфликту неповредивих породичних домаћинстава, па не може бити ни апсолутног, већ релативног поверења у пресуду. Ту не може бити речи ни о заодевању неманифестног фуртума, него само о посебном деликту – противправном виндицирању. То је манифестни деликт противправног виндицирања.

не може да успостави манифестни фуртум уколико не резултира проналажењем украдене ствари. Међутим, ту се завршава поступак утврђивања кривца. Било је неспорно да ствар једног лица у просторијама другог значи да је та друга особа неовлашћено однела *res*. Очигледно је да овде нити има права на приговор, нити се признаје било каква могућност да се та ствар нашла у рукама другог лица захваљујући неком дозвољеном правном основу.

С друге стране, *furtum oblatum* настаје дуго после манифестног фуртума и дуго после ритуалне претраге *lance et licio* – настаје тек у Закону XII таблица. Да је тако најбоље сведочи то што код описа ритуалне претраге, Закон XII таблица не даје право ни на какав приговор да је ствар подметнута.⁹² Може се рећи да таквом закључку иде на руку и следећи извештај: говорећи како је претор увео *actio prohibiti* којом је омогућена санкција у износу четвороструке вредности ствари (уколико неко лице спречи да се код њега изврши претрага), Гај истиче како Закон XII таблица није предвиђао никакву казну за такав случај. Он каже да је овај закон једино прописивао (*hoc solum praecipit*) изглед наге претраге и да ће онај ко забрани такву претрагу бити третиран као манифестни фур.⁹³ Дакле, (једино је предвиђао) изглед те претраге и санкцију за онемогућавање њеног спровођења.

Код противправног виндицирања (испрва), такође, нема могућности да се приговори да се ствар која је предмет спора, у тужениковим рукама налази по неком дозвољеном правном основу (који омогућава коришћење без власништва). Значи да је противправно виндицирање настало пре настанка закупа и свих других правних послова који ће омогућити легално коришћење туђе ствари. Манифестни фуртум, такође, настаје пре тога. Зато, пак, неманифестни фуртум вероватно настаје тек са успостављањем могућности да се туђа ствар легално користи.

92 С друге стране, нема сумње да су неритуализована претрага и тако утврђен фуртум (*furtum conceptum*) могли настати само много после ритуализоване претраге. Вероватно представљају новину Закона XII таблица. Такав закључак најлакше објашњава чињеницу законског толерисања две претраге. Да је неритуална претрага била уврежена још у обичајном праву, не би било потребе за ритуалном.

93 G. 3. 192

Код манифестног фуртума, уколико се ствар пронађе, нема било каквог даљег доказивања него се примењује смртна санкција. Да ли то значи да су ствари које су у почетку могле бити предмет манифестног фуртума, биле ван промета? Изгледа да је тако и да су то биле ствари које су или везане за личност, или везане за култ. Како другачије објаснити смртну санкцију?

Што се питања предмета архаичног фуртума тиче, Јоловиц (*Jolowicz*) каже да не само ствари, већ, чак и слободни људи *alieni iuris* могу бити предмет крађе. Приликом извођења овог закључка он се позива на Гаја (G. 3. 199). Једини случај који је преживео у Јустинијановој кодификацији, каже Јоловиц, је случај крађе ствари. Он наводи да тероретичари сматрају да је признање да постоји крађа ствари и тамо где нема власништва – производ каснијег развоја. Наиме, оно произлази из принципа да било ко од оних који имају интерес на некој ствари која је незаконито присвојена може подићи *actio furti*, каже Јоловиц. Он сматра да су случајеви крађе деце и жене веома стари и да датирају још из времена када власт патер фамилијаса још увек није разлучила овлашћења над стварима од власти над овим особама. Аналогија са *dominium*, каже овај аутор, још увек није довољно подвучена да би била дозвољена *condictio furtiva*. *Actio furti* за жену је изашла из употребе, наставља он, са нестанком мануса. По питању деце, ова тужба је почела да губи на значају када је претор увео интердикт *de liberis exhibendis item ducendis*.⁹⁴ Међутим, каже Јоловиц, она је преживела вероватно због економског интереса који је неко имао у могућем стицању од стране оних који су под његовом *potestas*. Он претпоставља да је овај интерес вероватно одређивао и меру накнаде штете.⁹⁵

Међутим, крађа жена и деце, као и робова, изворно је решавана путем виндицирања. О томе је горе било речи. Гај у извештају, на који се Јоловиц горе позива, поред крађе жене, деце и досуђеног лица, говори и о крађи изнајмљеног гладијатора (*auctoratus*). Очигледно да је Гај имао у виду искуство свога времена. С друге стране, несумњиво је да су несвојевласна лица, у неком тренутку развоја права, постала

94 Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De furtis*, 1893, xv.

95 *Ibid.*, xv – xvi.

предмет фуртума. Чини се да, при том, може бити речи само о манифестном фуртуму. Код њега се не поставља питање правног основа, које се поставља у случају противправног виндицирања. Пошто је то тако, онда се ту ради о угрожавању патријархалног дома, а не и патријархалне породице. Још један доказ да манифестни фуртум није крађа. Да јесте, норме о њему би прво служиле породици, а не дому.

Изгледа да сам Гај донекле подупире овакав закључак. Он каже да крађа слободних људи постоји када неко *иошјајно украге* (како се уобичајено преводи реч *subreptus*) слободне људе који се налазе под туђом влашћу, или досуђену особу, или изнајмљеног гладијатора.⁹⁶ Шта у овом контексту може да значи *иошјајно*, него да је фур подмукло повредио мир туђег дома.

96 G. 3. 199.

4. МЕЂУПИТАЊЕ

(Однос материјалног и процесног права
и о схватањима Алана Вотсона)

Сматра се да је, у римском праву, однос ове две врсте правних норми успешно решен. Да ли је баш тако? То питање ће бити размотрено како би се стекао увид у ширу позадину деликта фуртум.

Формална логика ће рећи: вредности су већ дате. Зато процесно право не може да претходи материјалном, већ је обрнут случај.

Неко ће рећи да човек постаје свестан вредности тек када оне бивају угрожене. Зато ће, по њима, процесно претходити материјалном праву.

Треба видети шта о томе каже историја.

Потпуно је извесно да код правних ритуала (код правних процедура) углавном не може бити аутоматске примене санкције. Пре тога мора бити неке расправе или неког утврђивања чињеница. Такав је легисакциони поступак. С друге стране, код манифестног фуртума реч је о аутоматској примени (на лицу места) предвиђене санкције. Једино је потребно да сведоци потврде да је реч о манифестном фуртуму. Зато се манифестни фуртум може сматрати старијом установом од легисакционог поступка.

Прво настају вредности, па тек онда њихова заштита. Неизвесност је створила правне норме. С настанком релативних вредности, настаје релативна заштита. Правне норме су норме које служе заштити релативних вредности. Прве норме о манифестном фуртуму штите апсолутне вредности. Зато то и нису правне норме. Тек неманифестни фуртум Закона XII таблица представља чисту правну појаву, и тек се он може назвати крађом.

Вотсон у свом чланку, у коме разматра однос између процесног и материјалног права, у раном римском праву, полази од Мејновог става, кога по Вотсоновим речима, следи и Биркс, да је римско материјално право формирано од стране римског процесног права. Ово је, по Мејну, каже Вотсон, био случај у времену Закона XII таблица и у наредним временима.⁹⁷ Вотсон сматра да је ово Мејново мишљење тачно када је реч о раним правима уопште и о римском праву пре Закона XII таблица, али да оно није у складу са чињеницама у времену Закона XII таблица и касније током Републике.⁹⁸ Он сматра да у Закону XII таблица доминира материјално право. Само се прве две таблице тичу процесног права. С друге стране, наставља Вотсон, одредбе које се тичу приватног права не упућују на процесна средства.⁹⁹

Поставља се питање, како је онда Вотсон могао доћи до закључка да је само пре Закона XII таблица било онако као Мејн каже? С друге стране, процесна средства о којима је реч у таблицама имају прилично широку примену. Њима се, ипак, штите најзначајније вредности ондашњег друштва. Процедуре има и тамо где је Вотсон не види. Тако, када овај закон говори о манифестном фуртуму, он, уствари, говори о својеврсној процедури утврђивања постојања деликта и идентификовања починиоца.

Вотсон каже да је други део процедуре поводом *legis actiones* – део пред судијом – био мање формалистички.¹⁰⁰

Нема извора на основу којих би се ово закључило. Биће да је процедура пред судијом била добро утврђена у обичајима, па је није требало записивати. Као што се из самог Закона XII таблица види, он је записао оно што је било предмет злоупотреба и спорења, а што никако није смело бити. Такви су деликти запрећени смртном казном. Иако су древне процедуре њиховог утврђивања (манифестни фуртум), боље је да се и законски фиксирају.

97 Alan Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London 1991, 3 (Чланак о коме је овде реч може се наћи као: Alan Watson, „The Law of Action and the Development of Substantive Law in the Early Roman Law“, *Law Quarterly Review* 1973, 387–392).

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*, 4.

100 *Ibid.*

Вотсон затим каже да је римско право у овом периоду познавало само три процесне форме, којима се могло дефинисати материјално право – *sacramento in rem*, *sacramento in personam* и *per iudicis postulationem*. Он не види како би интерпретација ових процесних форми могла водити развоју права.¹⁰¹ Чини се да ово нису поступци којима се могло дефинисати материјално право, већ поступци у којима се успостављала деликтна радња која је доводила до почетка спора. Након тога следи доказни поступак *apud iudicem*. О томе је већ било речи. Касније се, пред претором, то успостављање манифестних деликтних радњи претвара у претходни поступак у коме се одлучује има ли места тужби. Тако да се може рећи да римски процесно-правни систем није мењао свој карактер, па тако није суштински мењао свој изглед.

Вотсон извлачи закључак да материјално право логички претходи процесном праву. Ако нема права, каже он, не може бити ни тужбе.¹⁰² За овај закључак он налази потврду и код Гаја (G. 4. 11.). Ту Гај као једно од два објашњења термина *legis actiones*, наводи да су оне прилагођене законским речима, па су остале непромењене као и ти закони.¹⁰³

Где Вотсон грешити? Оно што је очигледно, а што он не узима у разматрање јесте да код Римљана у ово, а и у претходно доба, нису дефинисана управо материјална права. Макар не писаним путем. Она су добро позната. Исто је тако, вероватно, поступак извођења доказа и оцене доказа свима био јасан и неспоран. Дакле, нису била дефинисана материјална права, али су биле познате заштићене вредности. Само уколико су оне релативне, реч је о правним вредностима. Уколико су оне релативне, и процедуре које служе њиховој заштити су релативне (правне).

101 *Ibid.* Вотсон напомиње да *legis actio per conditionem* још увек није постојала и да је *per manus iniunctionem* био врста извршног поступка, као и *legis actio per pignoris capionem*, *Ibid.* 4 фн. 6. Даглас напомиње како је у раном римском праву власништво на *res mancipi* било заштићено једино путем виндикационе тужбе. Терет доказивања који је био на оптуженом није био тежак уколико је овај набавио ствар путем манципације, каже Даглас. Није тежак јер су у том поступку присутни сведоци, Nichols Douglas, „Publician Action“, *Tul. L. Rev* 69/1994–1995, 229. С друге стране, истиче он, власништво на *res nec mancipi* је брањено путем *actio furti nec manifesti*, *Ibid.*, 229, фн. 84. Насупрот Дагласу, могло би се рећи да претежна сврха ове тужбе није била у одбрани власништва.

102 Alan Watson (1973), 5.

103 *Ibid.*, 5 фн. 8.

С друге стране, пошто је код пракримена реч о аутоматској примени санкција, онда ту нема ни материјалног права. Те норме настају са издвајањем световне инјурије и проширују се са неманифестним фуртумом (тј. крађом).

Човек постаје свестан субјективних права тек када је угрожен неки његов интерес, нека његова вредност. Тек када је потребно водити некакав поступак поводом угроженог интереса. Супротно од Вотсона, треба рећи да на почецима правног развоја постоји снажна међузависност процесних норми и релативних вредности. Као што, пре тога, постоји упадљив идентитет апсолутних процедура и апсолутних вредности. Истовремено, са релативизацијом вредности започиње процес секуларизације норми и настанка приватних деликата. То је супротно и од Казеровог става о томе да подела правне процедуре датира од најранијих времена. Она може да датира тек од напредовања процеса секуларизације норми.¹⁰⁴ Пре тога су материјална норма и процес једно те исто, јер није могло бити никаквог временског јаза између учињеног и доказаног. Он је могућ тек од настанка световне инјурије. Код фуртума, подела процедуре могла је да настане тек од Закона XII таблица, јер је тек тада настао неманифестни фуртум.

Вотсон, супротно од Казера, сматра да *legis actiones* нису биле обележене строгим и ригидним формализмом.¹⁰⁵ Вотсон каже да чак, и да је било таквог формализма, то не значи да је материјално право израстало из процесног. Он каже да за такво нешто нема простора у формулацијама.¹⁰⁶ Овај аутор каже да је традиционално схватање о ригидности *legis actio* процедуре засновано на Гајевом извештају у G. 4. 11.¹⁰⁷ Вотсон се придружује Даубеу, који, како наводи, износи да је странка губила спор уколико би употребила погрешну реч, не због формализма, већ због тога што не може бити дозвољено да свежи не-законски захтев који се односи на уништење винове лозе, замени законску основу тужбе – тј. закон који говори о уништењу дрвета.¹⁰⁸

104 Када се каже секуларно право, то представља плеоназам. Право је, само по себи, секуларно. Оно може да поседује трагове других норми, али они не мењају његову природу.

105 *Ibid.*, 5.

106 *Ibid.*, 5–6.

107 *Ibid.*, 6.

108 *Ibid.*

Дакле, Даубе маниру Римљана да стриктно употребљавају слово закона – не придаје нити било какав мистицизам, нити га види као њихову склоност да уско тумаче закон. Он то посматра као чисто обележје римске традиционалности. Даубе и Вотсон, ипак, не могу побити чињеницу да је странка губила спор због погрешно изговорене речи. То значи и да је иза таквог формализма, ипак, стајао неки мистицизам.

Вотсон, пак, наводи да римски правници сматрају да је најнезнатнија усмена грешка повлачила губитак целог спора због тога што су Римљани, у оно време, речима придавали, како он то каже, религиозни и магијски карактер.¹⁰⁹ Међутим, по њему, код Римљана сама религија никада није била тако стриктна.¹¹⁰ Он каже да, од раних времена, грешка било које врсте, било усмена, било грешка у неким радњама, није повлачила неповратни губитак. Због грешке је, каже Вотсон, једино цела процедура требало да се понови.¹¹¹ Ова његова тврдња не може да се прихвати када се има у виду горе наведен Гајев извештај о губитку спора због погрешно изговорене речи.

Вотсон, пак, каже да је губитак процеса, о коме извештава Гај,¹¹² резултат ефекта гашења који је са собом носило *litis contestatio*. Вотсон не види разлог који би могао да спречи парничара да се врати назад, на почетак, и поново отпочне процедуру, уколико се грешка догоди пре *litis contestatio*. Парничар ће још увек имати свој правни основ за покретање спора, каже Вотсон.¹¹³ Он у питање доводи и начин на који су модерни едитори сложили одредбе у таблицама по питању судског поступка. Он сматра да не може бити сумње, с обзиром да о томе извештава сам Цицерон, да је Закон XII таблица почињао речима *si in ius vocat ito*. Све остало, што се тиче поступка, по Вотсону је плод претпоставки модерних редактора.¹¹⁴ Он каже да се из распореда материје датог код Гаја, може видети да Закон XII таблица није систематски изложио процесно право, пре осталих ствари. Може се видети, каже Вотсон,

109 *Ibid.*

110 *Ibid.*

111 *Ibid.* Приликом формирања овог става, Вотсон се позива на одговарајуће извештаје Ливија, Цицерона, Макробија, *Ibid.*, 6 фн. 16.

112 G. 4. 11.

113 Alan Watson (1973), 6.

114 *Ibid.*, 7.

и да се одредбе о фуртуму налазе у *Tab. II*.¹¹⁵ Вотсон каже и да је ово од времена Лене-ла опште мишљење оних који се баве овом материјом.¹¹⁶

Међутим, у суштини, није толико битно где се налазе одредбе о легисакци-оној процедури – да ли на почетку, да ли су изложене систематски, или ништа од тога. Оно што је битно је да је то процедура која је покривала готово све. То, наравно, не значи да је она стварала материјално право (материјално и процесно право поседују снажну међузависност и међудинамику). Она је доказ да иза материјалног права, почињу да стоје релативније вредности. Ове процедуре су, због тога, израз преседана. Вероватно да је он ступио на сцену пре Закона XII таблица. Његов значај за истраживање фуртума је у томе што сужава његово подручје. Не само то, него помаже да се несумњиво одреде његове границе. Поред тога, динамика тог преседана је омогућила да се паралелно изводе закључци о динамици развоја фуртума.

Горе је речено како је Закон XII таблица поступио на исти начин код навођења, како врста инјурије, тако и врста фуртума. Кренуло се од најтежих облика (а то ће рећи од најстаријих), па се степенасто ишло све ниже, преко лакших до најлакшег. Код фуртума, ипак, постоје две основне категорије. Прва и најстарија (манифестни фуртум) има само један облик, а друга, која у потпуности представља законску новину (неманифестни фуртум), има више облика. На сличан начин је Закон дванаест таблица поступио код легисакционог поступка. Наводи се прво онај са већом, па онај са мањом опкладом.

Прво старији, па остали. Прво важнији, па остали. С друге стране, из изгледа реконструисаних одредби о фуртуму види се да Закон XII таблица није детаљно описивао судски поступак. На сличан начин је поступио и када је реч о легисакционом поступку. Ту је јасно истакнуто и да су се спорови о слободи сматрали мање вредним, па је за тај случај предвиђена мања опклада. С друге стране, манифестно одношење мањих покретних ствари је сматрано тако страшним да је била предвиђена

115 *Ibid.*, 8.

116 *Ibid.*

смртна казна. Очигледно је да је фуртум, за разлику од крађе роба или лица *alieni iuris*, представљао угрожавање сакралног поретка. У патријархалној средини млади и жене су жртве старијих, у чијим је рукама моћ.

Крађа лица *alieni iuris* је у другом плану.

5. FURTUM У ЗАКОНУ XII ТАБЛИЦА

Осу анализе фуртума у овом периоду чини однос ритуалне (*quaestio lane et licio*) и неритуалне претраге. Прва је древна, а друга нова установа. Прва води до утврђивања манифестног фуртума и смртне санкције, друга до утврђивања неманифестне крађе и обавезе на исплату троструке вредности ствари.

За неманифестну крађу се, иначе, како Гај извештава, одговара у висини двоструке вредности ствари.¹¹⁷

Обе претраге наступају само ако починилац није ухваћен на делу приликом ноћне крађе¹¹⁸ или дневне разбојничке крађе.¹¹⁹

Поред ових постоји и случај неманифестне крађе за који је, такође, предвиђена трострука казна – *furtum oblatum*.

117 G. 3. 190.

118 *Tab. VIII 12: Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*, Наведено према С. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, Brisgavia et Lipsiae 1893, 31.

119 *Tab. VIII 13: Luci ... si se telo defendit, ... endoque plorato*, Наведено према С. G. Bruns, 31. Гај у свом коментару на провинцијски едикт даје објашњење да је Закон XII таблица дозвољавао да онај ко је дању ухваћен у крађи, буде убијен само уколико је том приликом користио оружје. Он каже да се под појмом оружје подразумевало копље (бодаж), батина, камен, као и било шта што може причинити повреду, D. 47. 2. 55 (54) 2.

Улпијан, такође, расправљајући о делима која су почињена услед страха, каже како није увек дозвољено да се убије прељубник, или лопов, већ само уколико се бранио оружјем, D. 4. 2. 7. 1. Он се овом приликом не позива на Закон XII таблица, нити прецизира да ли је реч о ноћној, или дневној крађи. За исправно разумевање ове Улпијанове напомене, треба имати у виду контекст у којем ју је изнео. Тако он информише читаоце како је претор предвидео да неће оснажити акте који су почињени из страха (*Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit*), D. 4. 2. 1. То само може да значи да римско право, пре ове преторове интервенције, није имало много слуха за овај проблем (акти који су почињени услед неоправданог страха) када је у питању ноћни лопов ухваћен *in flagranti*. Његово убијање је скоро увек било дозвољено (без обзира да ли се бранио оружјем, или је, пак, у рукама имао било шта што би могло да личи на оружје).

Улпијан наводи Педијево мишљење како овај едикт није обухватао појам инфамије и да прост страх од узнемиравања није пружао основа за накнаду, D. 4. 2. 7. пр.

Пошто је страх морао бити основан, онда се, с друге стране, може претпоставити да се и у класичном праву сматрало како је жртва ноћне крађе увек била оправдано забринута за свој, или живот својих укућана. Вероватно је због тога убијање ноћног лопова ухваћеног на делу скоро увек сматрано оправданим.

Гајеве Институције су најпотпунији и најпоузданији извор који је послужио за реконструкцију одредби Закона XII таблица које се односе на фуртум уопште. У Гајевим *Институцијама* се помиње и неритуализована претрага. Из контекста целокупног његовог излагања се може закључити да су она, као и ритуализована, стајале једна поред друге у овом законском тексту.

„*Tab. VIII 15. a: Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII tab. tripli est.*

*Tab. VIII 15. b: ... lance et licio...*¹²⁰

Поставља се питање: Како то да ове две, по природи, различите претраге, постоје истовремено?

У оквиру овог поглавља ће бити, не само наведени релевантни извори, већ ће се приказати у чему су они несагласни. Зато је потребно да се определи који се извештај чини веродостојнијим приказом норми. Биће наведени ставови појединих теоретичара о тим питањима. Тамо где нема извора, или где су они недовољни, ослониће се на резултате упоредне анализе и резултате антропологије.

Приликом одговора на ова питања, биће предложене неке измене у одредбама Закона XII таблица које говоре о фуртуму.

5.1. Извори о фуртуму и претрагама

Већ је речено да се у овом истраживању полази од претпоставке да фуртум настаје пре инјурије. Сада је потребно да се, ако је то могуће, прецизније одредити када је то било. Ово питање није од пуког хронолошког значаја. Како би се пружио одговор, треба поћи од поузданог извора који пружа податке о најранијем преживелом (битно је и да је реч о поузданом извору) појављивању знака *furtum*.¹²¹

120 Наведено према С. G. Bruns, 32. Први део одредбе је реконструисан на основу Гајевих *Институција* (G. 186–187). Други се ослања на Фестов извештај (P. 177), Гајев (G. 3. 192) и Гелијев (*Noctes Atticae* 11. 18. 9).

121 Уместо речи *појам* употребљаваће се одредница *знак*, у складу са налазом Леви Строса да примитивни народи не знају за појмове већ за знаке (Klod Levi Stros, *Divlja Misao*, Beograd 1978.). Марко Антонио Фенокио је у својој докторској дисертацији под насловом: *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in dritto Romano*, употребио израз „l'originaria area semantica del segno (подвукао О. В.) *furtum*“, што се може превести као „оригинално семантичко подручје

Такав пример се налази у Гајевим *Инсџијицијама*. Постоји нешто и код Феста, али се чини да се његовом извештају не може много веровати.¹²² Такође, и Гелије даје своје виђење овог питања, које се донекле разликује од Гајевог.

Питање на које се у овом поглављу тражи одговор, захтева да се одабере онај део Гајевог извештаја који описује установу која је, по свој прилици, старија од Закона XII таблица. Макар изгледа прилично егзотично и архаично. Тако Гај говори како је Закон XII таблица предвиђао извесну ритуалну процедуру претраге туђег дома. Претраживач је, изузев некаквог појаса на бедрима (*licium*)¹²³, морао бити наг. При том, изгледа да је све време у рукама држао чинију (*lanx*).

*...Hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.*¹²⁴

Quod sit autem licium, quaesitum est. Sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes teherentur. Quae res ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibetur est, eo magis quod ita quaesita re et inventa maiori poenae subiciatur.

знака *furtum*“. Дакле, он овде говори о *furtum* као знаку, али при том уопште не образлаже то своје термилошко опредељење (М. А. Fenocchio, *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in dritto Romano*, 10). Чини се да је у овим случајевима упутније да се ослони на одговарајућу антрополошку литературу. Само такав поступак може гарантовати добру утемељеност закључака.

Иначе, до оваквог термилошког опредељења дошло се потпуно независно од Фенокија.

122 Festus P 117: *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam*, Наведено према С.Г. Bruns, 32.

На одговарајућем месту ће бити више речи зашто је овај Фестов извештај мање поуздан.

123 Занимљива је напомена Ларисе Бонфанте, како изгледа, да се Перуцијево објашњење појма *licium* односи на нагост и да се подудара са оним мишљењем које га повезује са чворовима и магијом. Larissa Bonfante, „Nudity as a Costume in Classical Art“, *American Journal of Archaeology*, 4/1989, 545 фн. 12. Она каже и следеће: “Језик је сачувао трагове магичне моћи нагости (голотиње). Реч је, по свему судећи, била избегавана, како би њена магична моћ била неокрњена. Лингвистички табу је узроковао промену форме речи за „голотињу“, у свим индоевропским језицима. Мада су *gymnos*, *nudus*, *nackt* и тако даље, изворно указивали једно на друго – тако нас лингвисти уверавају – оне су се трансформисале на различите и неочекиване начине, тако да је њихова изворна сличност практично непрепознатљива. За већину делова тела постоји, како то Девото каже ‘компактан вокабулар’: тако су речи за срце, око, стопало, нос, зуб, обрву, у основи исте у свим Индоевропским језицима. Разлике могу бити објашњене лингвистичким правилима. Али речи за нагост, као и речи за извесне делове тела – прст, језик, рука, и коса – су различите у различитим језицима“, *Ibid.*, 545. Лариса Бонфанте сматра да је вероватно да је постојала одређена моћна конотација између одређених делова тела и нагости. Она је била таква да су ове речи избегаване, коришћени су еуфемизми, или су коришћене изврнуте замене. Грчка реч „стидне ствари“, за сексуалне органе, као и латинска реч *pudenda*, показују да мушка глотиња није увек била прихватљива, закључује ова ауторка, *Ibid.*

124 G. 3. 192.

*Deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut minibus occupatis nihil subiciat, sive ideo, ut quod invenerit ibi inponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi posset. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fier.*¹²⁵

Треба подвући да, када је реч о санкцији (која се примењивала уколико је претрагом пронађена украдена ствар), Гај каже да је Закон XII таблица предвидео да се у овом случају има поступати као да је у питању *furtum manifestum*, а то значи да следи смртна казна.¹²⁶ Изгледа да се ова *naia* претрага у Гајево време није више спроводила, јер ни он, а може се претпоставити, ни његови савременици нису видели рационалну потребу за таквом процедуром.¹²⁷ Преживела је једино обична, *обучена* претрага: *...Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inventa maiori poenae subiciatur...*¹²⁸ Наиме, очигледно је да овде Гај наводи да је Закон XII таблица предвиђао и некакву претрагу која не би следила формалности претраге уз помоћ чиније (*lanx*) и појаса (*licium*). На њу посредно упућују и следећи Гајеви наводи: *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.*¹²⁹ На другим местима Гај даје објашњење *furtum conceptum* и *furtum oblatum*.¹³⁰ Из тих извештаја се може закључити да је *furtum conceptum* врста крађе која може бити доказана након обичне претраге.¹³¹ С друге стране, да би се уопште утврдио *furtum oblatum*,¹³² логично је да је претходно, путем обучене претраге, требало утврдити *furtum conceptum*. За *furtum conceptum* и за

125 G. 3. 193.

126 G. 3. 192: *...qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.* Мек Кормак наводи како је починилац који је био ухваћен у крађи, предаван жртви у руке. Он се супротставља Казеровом ставу да ово значи да је починилац могао бити убијен, већ претпоставља да је падао у неку врсту ропства, G. MacCormack, "Revenge and Compensation in Early Law", *American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.)* 21/1973, 72–73. Овај писац мисли да је само у два случаја лопов био подрвгаван смртној казни: ако је ноћу ухваћен на делу, и ако се дању оружјем опирао хапшењу, *Ibid.*, 73.

127 "Смешна је то работа. Јер онај ко забрањује обученом да га претражује, забраниће и голом да тражи..." (O. Stanojević, 233.)

128 G. 3. 193.

129 G. 3. 191.

130 G. 3. 186. и G. 3. 187. Момзен тврди да је и *actio furti concepti* преотрска творевина., Theodor Mommsen, *Romisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 747–748.

131 Обрад Станојевић израз *furtum conceptum* преводи као *држање украдене ствари*, O. Stanojević, 231.

132 Израз *furtum oblatum* Станојевић преводи као подметање украдене ствари, *Ibid.*

furtum oblatum Закон XII таблица предвиђа троструку казну. Дакле, мању казну него што је то случај када се украдена ствар пронађе након *naie* претраге. Зато се може узети да се код начина утврђивања *furtum conceptum* мислило на *обучену* претрагу. Она се морала обавити уз присуство сведока.¹³³ При том је оптужени могао да одбаци могућност њеног спровођења. С друге стране, санкција за *furtum conceptum* и за *furtum oblatum* је била већа од санкције за друге случајеве неманифестне крађе (где се ради о двострукој вредности украдене ствари):

Tab. VIII 16: *Si adorat furto, quod nec manifestum erit (duplione damnum decidito).*¹³⁴

Гај о неманифестној крађи у Закону XII таблица каже следеће:

*Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli interrogatur eamque etiam praetor conservat.*¹³⁵

С обзиром да су две врсте претраге доводиле до различитих последица, може се рећи да нису настале у исто време. Може се рећи да је *обучена* претрага новина коју је увео тек Закон XII таблица.¹³⁶ Суровост казне за *furtum manifestum* говори у прилог тога да је *naia* претрага ранијег датума (поред њеног архаичног и егзотичног изгледа). То је казна сакралне природе.

Може се рећи да је лопов пронађен након обучене (неманифестне) претраге сматран неманифестним, а тако доказана крађа неманифестном.

Да је неманифестна крађа заиста представљала једну нову установу (иза које стоји други тип вредности у односу на манифестни фуртум), показује и следећи Улпијанов извештај:

*Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare, quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur: sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.*¹³⁷

133 G. 3. 186: ... cum apud aliquem testibus praesentibus ...

134 Наведено према С. G. Bruns (1893), 32.

135 G. 3. 190.

136 Стојчевић, тако, претпоставља да су пре Закона XII таблица постојали само манифестни фуртум и ритуализована претрага. Он каже и да је управо овај закон увео категорију неманифестног фуртума, D. Stojčević, 112.

137 D. 47. 3. 1. пр. Ову одредбу Закона XII таблица, модерни редактори подводе под Tab. VI 8. Притом је садржај одредбе описан горе наведеним Улпијановим речима, али је, сасвим природно, изостављено његово објашњење зашто је Закон XII таблица у овом случају поступио тако како је поступио.

Закон дванаест таблица, судећи по Улпијану, дакле, није дозвољавао да се украдена греда издвоји из неке грађевине, или да се издвоји из винограда. Овај законски акт није дозвољавао ни да се таква греда захтева виндикационом тужбом. Тиме је законодавац, каже Улпијан, желео да спречи разарање зграде, или оштећење винограда. Закон дванаест таблица је, ипак, дозволио тужбу која гласи на дуплу вредност ствари, против лица које је сносило кривицу за уградњу те греде.

Постојање такве законске интервенције указује да се пре ње дешавало да оштећени силом извади украдену греду из туђе зграде. Такво поступање је било могуће вероватно због тога што је онај ко је уградио туђу греду (без обзира да ли је знао да је реч о украденој ствари) сматран манифестним фуром. Чини се да не постоји неко адекватније објашњење од наведеног. Зато би и ову одредбу требало сместити заједно са осталим одредбама које говоре о неманифестном фуртуму.

Неко ће рећи да смртна казна може да значи нешто друго, а не везаност за сакрални свет. Други пак могу рећи да примена смртне казне у ствари значи да је заједница била немоћна да сузбије ово непожељно понашање, да је смртна казна за манифестни фуртум израз немоћи пред великим социјалним проблемима, па се могу позвати на друге примере у историји када су драматичне друштвене промене доводиле до преовлађивања сурових санкција у правном систему. Ма колико далеко ови примери били од Закона XII таблица, на први поглед може изгледати да су настали као одговор елите на сличне проблеме.

Милош Милит у предговору чувене књиге Томаса Мора Утопија каже следеће: „За Мора друштвена ситуација није била тако једноставна како ју је представљало тадашње правосуђе. Смртна казна за преступе који се квалитативно разликују, не доприноси искорењивању разбојништва. Она потиче из површног или чак никаквог увида у економску и социјалну ситуацију: смртна казна не решава проблеме ... , а који су прави узрок разбојништва и свеопштег осиромашења сељака и најамника. Она чак делује контрапродуктивно, јер изазива револт код становништва које је, с једне стране, изгубивши своје поседе и могућност да прода своју радну снагу, доведено до руба егзистенције, а са друге стране престрого санкционисано за стање

у коме се налази. Кратковидост и ограниченост правосуђа ... представљају стварну позадину неефикасности смртне казне ...¹³⁸

Међутим, извори су једнодушни у томе да је Закон XII таблица донет као резултат победе плебејаца. Исто тако, друштвене околности ондашњег Рима су биле савим другачије него у Енглеској Томаса Мора. Ондашња Енглеска је била много бројнија заједница у којој није било присности и патријархалне моралности архаичног Рима. Смртна казна у архаичном Риму настаје због блискости која влада међу члановима друштвене заједнице. Она је због тога саставни део обичајног права које је Закон XII таблица у случају манифестног фуртума и ритуалне претраге у основи преузео. Зато може да се претпостави да је била итекако очекивана и ефикасна санкција. Смртна казна о којој је реч у Енглеској настаје због удаљености управљачке класе од осталог дела друштва. Она је израз њеног страха, она је непожељна у широј друштвеној заједници.

Приликом посматрања *ipretipraie (lance et licio)* у очи прво пада појас на бедрима (*licium*) као нешто што је најархаичније код ове установе. Због тога се намеће потреба да се одговор на питање о његовом пореклу потражи у антропологији. Говорећи о племену Намбиквара и њиховом пореклу, Леви Строс се овлаш дотиче и њихове ношње: „Та сличност још више збуњује због сиромаштва материјалне културе; Намбикваре је тешко довести у везу с највишим културама средње или северне Америке; пре бисмо их прогласили за преживеле остатке из каменог доба. Женску ношњу чине само танке ниске од шкољкиних бисера око струка, врата и рамена; наушнице од седефа или перја, наруквице од скелета великог татуа и понекад танке траке, које мушкарци праве од памука или сламе, стегнуте око мишица или чланака. Мушка одећа је још оскуднија, ако се изузме кићанка од сламе, која се понекад качи о појас изнад полних органа“¹³⁹

Дакле, обичај ношења појаса (*licium*) вероватно датира, вероватно је „преживели остатак из каменог доба“. С обзиром на то, и ритуализована процедура претраге вероватно потиче из каменог доба. Вероватно из палеолита, јер је несумњиво да су већ тада постојале покретне ствари које су биле у некој врсти личне својине.

138 Томас Мор, *Ушоуија*, Београд 2002, из Предговора Милоша Милита, 9.

139 Klod Levi Stros, *Tužni tropi*, Beograd 1999, 218.

Леви Строс још каже: „Један Намбиквара је исказао своје непријатељство тако што је обема рукама дохватио уд и уперио га на противника. Тим покретом је најавио напад, као да је хтео да му откине кићанку од буритијеве сламе прикачену за појас изнад полних органа. Они су “скривени сламом” и “циљ борбе је скидање сламе”. То је чисто симболичан чин јер је покривач мушког уда тако мали и направљен од тако крхког материјала да не пружа заштиту, па чак и не сакрива полне органе“.¹⁴⁰

Рационално је претпоставити да и код Римљана овај покривач „није пружао заштиту“ и да „чак и није сакривао полне органе“. Он је једноставно могао представљати уобичајену ношњу у каменом добу. Због тога цитирани Фестов извештај о обавези да претраживач стално држи чинију пред очима због чувања угледа женских чланова домаћинства, звучи прилично неуверљиво. Само може да се претпостави да је и термин *furtum* исто толико стар. Вероватно и санкција за овако пронађеног лопова датира из истог периода. Макар суровост санкције нема ништа против такве тврдње. Може да се претпостави да је ношење чиније могло бити „чисто симболичан чин“. Међутим, може бити и да је у то време, када појединац у свом власништву није имао, нити је могао имати неке *масивније* и вредније ствари, чинија била сасвим довољна да се оно што се пронађе и стави у њу. Вероватно је ова древна претрага комплетно преживела из традиционалних разлога, али и зато што је сматрана светим поступком којим се укида временски јаз између почињеног и доказаног деликта. Изобичајила се тек када је идеја *свейосџи* овог поступка нестала у свести људи.

Овде је нужно да се изнесу нека запажања која је поводом ове процедуре истакао Марчант (*Marchant*).¹⁴¹ Он каже да Фест, поред Гаја који даје два објашњења за употребу *lanx* (чиније) и при том оба објашњења осуђује, даје треће објашњење без икаквих напомена. Па, онда наводи те Фестове редове.¹⁴² Марчант затим истиче како они који прихватају ово објашњење кажу да је могуће да је претраживач имао да држи чинију пред својим очима како не би био препознат. Он, пак, верује да је ово

¹⁴⁰ *Ibid.*, 240.

¹⁴¹ E. C. Marchant, “On The Ancient Law of Searching for Stolen Property”, *The Classical Review*, 101–102.

¹⁴² *Ibid.*, 101.

законско правило само пука последица примитивног обичаја наге претраге ради проналажења украдене имовине. Из разлога пристојности претраживач је незнатно био обучен, али тако да ништа није могло бити сакривено, каже он. То што је овако откривена крађа сматрана манифестном је, по Марчантовом тумачењу јасна последица тога да је повређен човек узимао закон у своје руке док му је крв још увек била узаврела (*while his blood was hot*, како то он каже).¹⁴³

Шта год да је смисао ове чиније, наставља он, опште је мишљење да су претраживачеве руке морале бити слободне. Марчант се придружује овом мишљењу.¹⁴⁴ Он сматра да је уместо *lancetque ante oculos tenebat*, код Феста изворно стајало *lancetque a linteo suspendebat*.¹⁴⁵ Дакле, по њему, Фест говори о преобуци која се састоји од појаса и нигде нема чиније, *lanx*.¹⁴⁶ Поуздани Гај ипак помиње да је било чиније.

Марчант затим каже да је тешко рећи да ли је Фестово објашњење ове процедуре засновано на снажнијем ауторитету него оно које је Гај одбацио. Он каже да чињеница да је Фест имао објашњење које га је задовољило даје право закључку да је оно ако не истинито, а оно бар рационално.¹⁴⁷ Бесмисленост текста који је доступан модерном читаоцу је, по Марчанту, вероватно заслуга не лексикографа Феста, него Павла који је начинио извод из Фестовог дела.¹⁴⁸

Он затим даје неке примере сличне претраге из грчког права. Том приликом истиче да захтеву за нагом (*nudus*) претрагом треба приступити на адекватан начин. Наиме реч *naī* је носила другачије значење у архаичном него у каснијим временима, „wearing only the tunica”.¹⁴⁹ „Грци су изворни услов потпуне нагости схватили на један начин, а Римљани на други”.¹⁵⁰

Када је већ реч о Гајевом и Фестовом казивању, потребно је видети и шта о крађи у Закону XII таблица каже Гелије. Оливер (*Oliver*) преводи Гелијев извештај

143 *Ibid.*

144 *Ibid.*

145 *Ibid.*

146 *Ibid.*

147 *Ibid.*

148 *Ibid.*, 101–102.

149 *Ibid.*, 102.

150 *Ibid.*

из његовог чувеног дела Атичке ноћи¹⁵¹: “Наши децемвири, који су након протеривања краљева, сачинили писане норме у оквиру Закона XII таблица које су биле у примени међу Римљанима, нису применили подједнаку суровост у кажњавању свих врста лопова, нити је, с друге стране, било неоправдане благодати. Они су предвидели да лопов који је ухваћен на делу буде убијен једино ако је крађу починио ноћу, или дању, а да се при том бранио оружјем. Али, у случају других лопова ухваћених на делу, ако се радило о слободним људима они (децемвири) су наредили да они буду бичевани и у оковима досуђени покраденоме, под претпоставком да су крађу починили дању и да се нису бранили оружјем. Робови који су починили крађу били би бичевани и бачени са (Тарпејске) стене. Они су одлучили да дечасти који још нису ушли у пубертет треба да буду бичевани по одлуци Претора и да треба да буде исплаћена накнада настале штете. Они лопови који су *per lancem liciumque concepta*, кажњавани су као да је реч о манифестним лоповима.”¹⁵²

Овај Гелијев извештај о некаквом манифестном фуртуму који је почињен дању и без оружја и где је починилац ухваћен на делу, а који би био санкционисан само телесном казном и ропством, не чини се вероватним у погледу санкције. Закон дванаест таблица је у случају манифестног фуртума предвиђао смртну санкцију. Гај је ту потпуно јасан.¹⁵³ Он, затим, у оквиру истог одељка, говори о томе да је слободан човек, у улози манифестног фура, батинан и претваран у роба, или довођен у сличан положај. Потом каже да је роб батинан и убијан. Из контекста Гајевог излагања би се могло закључити да је пре успостављања могућности извршења смртне казне над слободним лицем (у улози манифестног фура), оно, прво, морало бити претворено у роба.

151 Aulus Gellius, Noctes Atticae XI 18: 6. *Decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt.* 7. *Nam furem, qui manifesto furto pressus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdum telo se, cum prenderetur, defenderet.* 8. *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti pressos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.* 9. *Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt.* 10. *Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actionem in quadruplum datur.*

152 D. T. Oliver, „Roman Law in Aulus Gellius“, *Cambridge Law Journal* 5/1933–1935, 58–59.

153 G. 3. 189.

Ово може бити логично, јер правно није било могуће у Риму погубити римског грађанина. Може да се претпостави и да је Гај, уствари, сматрао да је Закон XII таблица управо за фуртум који је почињен дању, а без употребе оружја, предвидео смртну санкцију која има неминовно да наступи тек након ропства које није довело до продаје делинквента. За разлику од осталих случајева где се смртна санкција извршавала на лицу места.¹⁵⁴

Међутим, треба пажљивије анализирати Гајев параграф, његов шири контекст и контекст реченица у њему. Он каже да су се *сџари* спорили око питања да ли је починилац постајао роб *ex addictione*, или се радило о адјудикацији (*an adiudicati loco constitueretur*). Опште је познато да класичари изразом *сџари* означавају преткласичне правнике. Зато је овде очито реч о преткласичном спору. То може да значи да сам Закон XII таблица није поседовао одредбу сличне природе. Да ју је поседовао, онда се ни преткласичари не би спорили, јер би том одредбом све морало да буде предвиђено. То наводи на препоставку да је по овом закону (исто као и пре њега) смртна казна примењивана на лицу места, на сваког манифестног фура. Можда се Гајев извештај о додељивању фура односи само на један *изузетџак* – на оног фура који је пронађен ритуализованом претрагом. Само у том случају уопште није било потребе да се у законском тексту наведе да је фур досуђиван другоме. Само у том случају се то могло, а можда и

154 Стојчевић, пак, сматра како од Закона XII таблица постоје три врсте фуртума: ноћна крађа и крађа са употребом оружја; обичан манифестни фуртум и неманифестни фуртум, D. Stojčević, 112–113. Овај аутор подсећа како Гај каже да се међу *сџарим* правницима водила расправа на тему какав је био положај слободног човека који је ухваћен приликом почињења фуртума и који је због тога досуђен покраденоме. Једни кажу, наводи Стојчевић, да је он имао положај „инсолвентног дужника“, а други говоре о положају роба, *Ibid.*, 113 фн. 33.

Можда би се могло рећи да је тек Закон XII таблица увео и под облик манифестног фуртума, који Стојчевић назива обичним манифестним фуртумом. Може да се претпостави да је пре овог закона и над дневним лоповом који је без оружја ухваћен на делу (као и над лоповом који је пронађен ритуализованом претрагом), на лицу места примењивана смртна казна, упор. фн 119. Тако је могло бити због претежно сакралног значаја који је имало домаћинство.

(Наиме, у дисертацији је заузета претпоставка да је разликовање манифестног и неманифестног фуртума повучено с обзиром на место почињења деликта. Тако би први фуртум био онај који је почињен у туђем домаћинству, или приликом изласка из њега. Пре Закона XII таблица могао је да постоји само манифестни фуртум.)

У том случају, увођење подоблика манифестног фуртума већ представља неки данак процесу релативизације одговорности (о том процесу ће бити више речи на одговарајућем месту). Уколико је реч о ритуализованој претрази и уколико се прихвати мишљење Стојчевића да је и ту долазило до досуђивања фура у ропство оштећеног, онда то значи да је законодавац и ту почео (али само почео) да клеца пред временским јазом између почињеног и доказаног деликта.

Чим се смртна казна не извршава на лицу места, него је потребно да у томе посредује шири заједница преко својих органа, онда је реч о неком почетку процеса релативизације фуртума.

морало подразумевати.¹⁵⁵ Било како било, над оваквим фуром је, након додељивања, неминовно морала бити примењена санкција за манифестни фуртум – смртна казна (без икаквог претходног покушаја продаје). Уколико је таквог *изузетика* било, онда је он у потпуном складу са највероватнијом природом манифестног фуртума Закона XII таблица. Наиме, он није могао значајније да одступи од природе манифестног фуртума пре овог закона. Од таквих претпоставки се, у дисертацији, и полази.

Неко ће приговорити да се из Гајевог извештаја види да су се преткласични правници спорили само о положају слободног човека (у улози манифестног фура) који је додељиван другоме, а не и о томе да је он свакако додељиван другоме. Такав приговор, опет, не може да побије примедбу на којој почивају заузете претпоставке. Поново треба истаћи: да је одредба такве садржине постојала у Закону дванаест таблица, она би предвидела и положај досуђеног, па то не би могло да буде предмет спора. Зато је вероватније да је пракса досуђивања (у руке оштећеног), као и значајнијег правног разликовања других категорија манифестног фура (какав је био дневни фур који није носио оружје) почела са применом нешто после издавања Закона XII таблица. Вероватно да тај закон, сам по себи, није поседовао неке несавладиве формалне препреке за успостављање такве праксе. У сваком случају, ова промена није морала да уследи неком новом законском интервенцијом. Макар би Гај неки такав закон поменуо.

5.2. *Lance et licio*

5.2.1. *Пиџања која оџвара древна џреџраџа џросџорија осумњиченоџ*

Откривање украдене ствари путем метода претраге уз помоћ *lanx* (лат. *lanx*, *lancis* – чинија)¹⁵⁶ и *licium* (лат. *licium*, *ii* – низ, потка, вез) је, како Максвел-Стјуарт напомиње, једна од древних римских установа која није довољно истражена.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Можда је, аналогно томе, досуђивање фура почело да се спроводи у пракси и када је у питању дневни фур који није носио оружје.

¹⁵⁶ Цимерман износи мишљење да је овде пре реч о плитком таџиру (*platter*) (R. Zimmermann, 930–940).

¹⁵⁷ P. G. Maxwell-Stuart, „Per Lancem et Licium: A Note“, *Greece & Rome*, Second Series 1/1976, 1.

Пре Закона XII таблица, сваки фуртум је морао бити манифестне природе баш зато што је постојала само ова претрага. Интересантно да је опстала и у овом закону, што отвара бројна питања. Зато ће јој бити посвећено нешто више простора.

Маквел-Стјуарт претпоставља да је претраживач морао бити наг како не би био осумњичен да је у туђу кућу унео ствари за које је касније могао тврдити да су украдене. Тако не би, како овај аутор то наводи, могао „засадити доказе“ (*plant evidence*).¹⁵⁸ Што се чиније тиче, он даје једно не много убедљиво објашњење. Сматра да је онај који је улазио у туђу кућу ради претраге носио испред свог лица чинију да не би могао да буде препознат од жена у домаћинству.¹⁵⁹ Приликом овог свог објашњења, Максвел-Стјуарт се позива на Гајеве Институције.¹⁶⁰ Међутим, пре ће бити да је о томе да је претраживач чинију морао држати испред свог лица известио Фест, а не Гај. Већ је напоменуто да је Марчант указао на то да они аутори који се ослањају на овај Фестов извештај сматрају да је претраживач држао чинију пред својим очима како га укућани не би препознали.¹⁶¹

Гајеве Институције кажу нешто друго:

„3.193. Поставља се питање шта је *licium*. Вероватније је да је то врста тканине којом су покривани неопходни делови тела (гениталије). Смешна је то работа. Јер онај ко забрањује обученом да га претражује, забраниће и голом да тражи, утолико пре што, ако на овај начин буде тражена и пронађена ствар, плаћа већу казну. Што је затим одређено да мора да држи чинију, било зато да ништа не може да подметне због заузетих руку, било зато да на њој изложи оно што буде пронашао, ниједно од ових објашњења не задовољава ако је оно што се тражи по својој величини или природи такво да се не може ни подметнути ни ставити (на чинију). Јасно је да ће несумњиво бити задовољен законски услов ако је од било којег материјала направљена чинија“.¹⁶² Код Гаја, очигледно је, нема ни помена о томе како претраживач треба да држи чинију – да ли испред свога лица, или на неки други начин. Чини се да би било нерационално,

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*

160 G. 3.192–3.

161 Вид. горе.

162 O. Stanojević, 233.

јер би било онемогућено ефикасно претраживање, уколико би претраживач држао чинију испред свога лица. Због тога такво нешто делује мало вероватно.

Види се да Гај сматра да ова претрага није могла бити спроведена уколико се онај који живи у просторијама које треба да буду предмет претраге – успротиви било каквој могућности претраге („Јер онај ко забрањује обученом да га претражује, забраниће и голом да тражи...“). Гај наводи да је тек претор предвидео посебну тужбу за случај да се оптужени успротиви претрази (*actio furti prohibiti*).¹⁶³ Том тужбом се тражила четворострука вредност украдене ствари.¹⁶⁴ Он истиче и да Закон XII таблица остаје нем по овом питању.¹⁶⁵ Да ли се из овога ћутања Закона XII таблица може извући закључак да се оптужени заиста могао успротивити овој ритуализованој и *најој* претрази (пре и у времену доношења Закона XII таблица)¹⁶⁶, као што је то несумњиво могао у случају *обучене* претраге (од самог њеног настанка, али само до увођења тужбе *actio furti prohibiti*)?

Може да се претпостави да Закон XII таблица за недозвољавање *обучене* претраге није предвиђао никакву казну, јер је у том случају тужилац могао прибећи обавезној, *најој* претрази. Такав закључак, на извештан начин, подупире и преторска казна у виду четвороструке вредности ствари за случај да неко забрани претрагу. Висина те казне је идентична санкцији за манифестни фуртум.

Гај не може да нађе рационално оправдање за обавезу претраживача да у току претраге држи чинију. Он, као што се могло видети, сматра да већа ствар нити може бити лако подметнута од стране претраживача, нити може бити лако стављена на чинију.

У претходном поглављу је изнет став да ова претрага вероватно датира из каменог доба и да је коришћене чиније било чин симболичног значаја, као и да је тада било могуће пронађену ствар ставити у чинију, јер масивнијих покретних ствари у личној својини није ни могло бити.

163 G. 3. 188.

164 G. 3. 192: *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta...*

165 G. 3. 192.

166 Не сме се никако губити из вида да Гај никако не разуме ритуализовану претрагу коју је, како тако, описао, па се од њега не може ни очекивати да понуди све одговоре.

Оно што је, рекло би се, несумњиво из овог Гајевог извештаја јесте да је дом представљао светињу. Чему иначе такав ритуал приликом претраге и чему тако немилосрдна санкција. Иза таквог решења никако не леже исти разлози који и данас гарантују неповредивост туђег дома. Разумевање се не може (као уосталом ни разумевање већине правних установа) постићи само потрагом за рационалним, већ и уважавањем различитих нерационалних разлога који су кумовали њеном настанку. Када је реч о светињи дома¹⁶⁷ и овој процедури претраге, онда треба додати да то што претраживач мора да у руци држи некакву чинију неодољиво подсећа на „жртвену шољицу“ коју у десној руци држи бронзана фигура Лара, која се налази у Лувру.¹⁶⁸ Рекло би се да та шоља пре личи на чинијицу у десној руци. Могло би се претпоставити да је, аналогно томе, и претраживач приликом претраге морао држати чинију у десној руци. На фигури је видљиво да Лар држи чинијицу у висини појаса који обавија струк. Аналогно се може претпоставити да је и претраживач чинију требало да држи у висини појаса (*licium*)¹⁶⁹ који је обавијао бедра.¹⁷⁰

167 Скоро наг претраживач никако није нарушавао светињу дома. Ово правило наге претраге је по свој прилици имало корен и у магијским ритуалима. Како то Фрејзер каже: „Правило које прописује да при извесним магијским и верски обредима коса треба да виси расплетена и ноге да буду босе вероватно потиче из истог страха да се оно што има да се ради, ма шта да је у питању, не отежа и не омете каквим чвором или петљом, било на глави или на ногама извршитеља.“ Dž. Frejzer, 245. Могло је бити да је нага претрага била потребна не само из традиционалних (одевна комбинација из каменог доба), рационалних (да се нешто не подметне), већ и из магијских разлога („да се оно што има да се ради не омете каквим чвором или петљом“).

168 Ова фигурина се може видети у илустрованом енциклопедијском речнику чији је аутор Александар Замуровић, вид. Александар Замуровић, *Митологија Грка и Римљанља*, Београд 2003, 255. На истој страни се каже: „Лара су обично приказивали као дечака у краткој туници и има у десној руци пехар, у левој жртвену шољицу, а о врату булу (амајлију)“. Међутим, на наведеној слици се може видети да се „жртвена шољица“ налази у десној руци, а „пехар“ у подигнутој левој руци.

169 Јоловиц износи претпоставку да *licium* означава некакав канап (*thread*) и да овде може указивати на ношење неке амајлије (*amulet*), или ритуалне траке за косу (*headband*). С друге стране, по истом аутору, *lanx* може да указује на чинију у којој се носи нека понуда како би се умилостивили богови куће која је предмет претраге, Н. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historicall Introduction to the Study of Roman Law- third edition*, Cambridge University Press 1972, 168.

170 Волф каже како три услова, да онај који претражује туђу кућу треба да буде го, *licio cinctus* и опремљен са *lanx*, свакако нису подједнако важна, Joseph Georg Wolf, „Lanx und licium, Das Ritual der Haussuchung im altrömischen Recht“, *Sympotica Franz Wieacker, sexagenario sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen 1970, 60. Он истиче и како се Гај и Фест слажу у томе да је претраживач морао бити опасан појасом (*licium*), али се не слажу у погледу чиније (*lanx*). Гај само износи да ју је претраживач морао имати, а Фест и да ју је морао држати пред очима, *Ibid*.

Волф каже како се кључна ствар налази у разумевању онога што је представљало *licio cinctus*. Он сматра да *licium* означава нит (*Licium heißt Faden*), траку, или канап, каиш (*und kann*

Чинија Лара је празна. Вероватно је требала да подсећа укућане на њихову сталну обавезу приношења жртва у јелу овом кућном божанству. Пехар би их, пак, подсећао на обавезу појења Лара вином о светковинама. Чинија претраживача је приликом његовог уласка у кућу, такође, морала бити празна, али очигледно, не ради приношења жртве, већ вероватно ради враћања нестале ствари у свој дом, своме Лару. Замуровић каже да Лари „имају, дакле, сличан делокруг са **Пенатима**; али док Пенати прате породицу кад се сели, Лари остају и даље у дому“.¹⁷¹ Значи, Лари су заштитници дома, а Пенати породице. Може да се закључи да је процедура наге претраге представљала процедуру којом се нестала ствар једног дома, једне куће, враћала из дома, куће, у којој се тренутно налази. Власништва над покретном ствари нема без власништва на непокретности. Све припада дому. Покретност је припадак дома. Животи укућана су припадак рода, или племена. Зато их прате другачија божанства – Пенати. Зато је за њихово враћање породици предвиђен посебан поступак – виндикациони поступак.

Ради подсећања, Гај каже да је Закон XII таблица за *furtum manifestum* (уколико је ствар пронађена након *naie* претраге имало се поступати као да је у питању *furtum manifestum*)¹⁷²

eine Kordel), као у древном *inlicium vocare*, сазивање људи у *licium*, одређени гласачки округ (*der Einberufung des Volkes in den durch ein licium eingehetzten Abstimmungsbezirk*). Антички писци су, наставља Волф, могли да са овим значењем које носи *licium*, не направе риму (*Reim*) са *licio cinctus*, *Ibid.*, 61. Гај није видео други начин, наводи Волф, него да претпостави оно што је већ рекао Флак Варије да *licium* овде представља *consuti genus, quo partes necessariae tegerentur*, врсту прошивене хаљине која треба да покрије *partes necessariae*, *Ibid.*, 61–62. Волф сматра да је ово значење бескорисно уколико се има у виду да се захтевала голоотиња (*das Gebot der Nacktheit inspiriert worden*). И поред свега тога, каже Волф, модерни романисти су га прихватили без оклевања, као да није очигледно да је Гај са овом хипотезом лутао у мраку, *Ibid.*, 62.

171 А. Замуровић, 254.

172 Вотсон сматра да се из G. 3. 194 може видети да, уколико се ритуализованом претрагом пронађе укардена ствар, да је тек од Закона дванаест таблица ту реч о манифестном фуртуму. Он даље закључује да су терминологија и концепт манифестног фуртума постојали у време овог закона, исто као и неманифестни фуртум. Пошто је *furtum manifestum* био технички термин, исто се може рећи и за *furtum nec manifestum*, Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, London 1991 („*Si adorat furto*“, *Labeo* 21/1975), 311.

Међутим, чини се да је манифестни фуртум пре овог закона могао бити и да је и био једини облик фуртума. Пошто је ритуална претрага старија од тог закона, онда је она од почетка водила манифестном фуртуму. То што није постојала одговарајућа терминологија је резултат тога што није постојала супротна појава (неманифестни фуртум). Ова је настала тек када је уважена чињеница о постојању временског јаза између почињеног и доказаног деликта.

Овом приликом је интересантно поменути како Гауди (*Goudy*) износи Лајстово (*Leist*) мишљење да се сврха чиније налази у томе да претраживач у њу стави неки материјал којим ће се искупити

предвиђао капиталну казну.¹⁷³ Она, пак, говори у прилог става да је овом крађом повређен неки виши поредак, *не-свештовни* поредак ствари.

Из Гајевог извештаја није јасно да ли су код ове претраге били потребни сведоци као у случају *обучене* претраге.¹⁷⁴ Присуство сведока је, иначе, одвајкада неопходно у многим римским правним пословима, па је вероватно и овде то био случај. Нарочито с обзиром на то да је реч о смртној казни.

Следећа најзначајнија питања остају отворена: да ли је оптужени могао спречити извођење ритуализоване претраге; колико у претрази *lance et licio* има елементарна магијског ритуала, а колико су изглед ове установе обликовали рационални разлози?

Због недостатка детаљнијих информација које би могли да пруже извори, биће потребно осврнути се на друштвене услове у којима је настала *naia* претрага. Потребно је и снажније ослањање на упоредни метод. Када год је у правној историји (која се бави овако удаљеним феноменима) реч о том методу, онда је неизбежна његова надоградња одговарајућим антрополошким запажањима.

код богова куће (Лара и Пената), јер им угрожава свети простор. Гауди ово мишљење одбацује, јер нема никакве подршке у изворима, James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, revised and edited by Henry Goudy, third edition revised and edited by Alexander Grant, New Jersey 2009, 415. Што се односа ове ритуализоване претраге са осталим врстама фуртума тиче, Гауди сматра да је Гај имао у виду да је казну за (Гауди га назива *furtum lance et licio*, као да је реч о посебној врсти фуртума) *furtum lance et licio* прописао Закон дванаест таблица и да је она иста као за манифестни фуртум., *Ibid.*

Не може се прихватити ово мишљење да Гај казује како је претраживање чинијом и појасом указивало на неку посебну врсту фуртума. Ту се заправо ради о начину проналажења манифестног фура. Поред тога, та претрага, па и њена смртна санкција, несумњиво су старији од Закона XII таблица.

Гауди сматра и да је *actio furti concepti* морала настати након Закона XII таблица, у, како их назива, цивилизованијим приликама, *Ibid.*, 416. Међутим, из Гајевог извештаја се не може закључити тако нешто. Пре се може закључити да је фуртум концептум настао са овим законом са неритуализованом претрагом.

Гауди још каже да у почетку вероватно није било одбијања да се дозволи претрага својих прослорија, јер су морални разлози играли снажну улогу, *Ibid.*

Јоловиц, пак, одбацује могућност да је *actio furti concepti* преторски изум (којим је замењена стара смртна казна), јер Гај јасно каже да ова тужба вуче порекло све до Закона XII таблица, Н. Ф. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historicall Introduction to the Study of Roman Law- third edition*, Cambridge University Press 1972., 168.

173 G. 3. 189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat...*

174 Ова обична претрага је код Гаја приказана у G. 3. 186: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtive res quaesita et inventa sit. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.*

5.2.2. Друшћивени услови у којима је настала *ipreipraia lance et licium*

Максвел-Стјуарт истиче да је врачање уз помоћ огледала или воде било врло уобичајено у античком свету. Он наводи бројне примере такве праксе.¹⁷⁵ Много тога у антици, каже овај аутор, указује на огромну жељу да се завири у будућност, да се одреде шансе за оздрављење болесне особе, или да се огледало користи као инструмент у призивању демонских духова. Максвел-Стјуарт наводи случајеве магије који имају прилично дугу традицију и у Великој Британији.¹⁷⁶ Овај романиста признаје да је *lance et licium* много већи проблем, али да се он пре може разрешити уколико се укаже на грчку и римску магијску праксу која користи чворове и конце.¹⁷⁷ Многи од примера ове магије су повезани са љубавним проблемима, Венериним брегом, итд. Али, постоји много доказа који указују да је повез могао бити, и да је коришћен и за друге сврхе, обично да се другоме начини штета, наводи овај аутор.¹⁷⁸

Максвел-Стјуарт истиче да је познато да је прављење круга коришћено да се ограничи слободна воља некога другог и да се он, у извесној мери, присили да се покорава жељама онога ко производи магију. Он предлаже да је *licium* био појас који носи хватач лопова током ритуалне представе. Прво, са намером да идентификује лопова путем *lanx*, или да открије место где се налазе украдене ствари, и затим да га приведе, путем *licium*, немоћног да избегне хватање. С обзиром да је овај ритуал изобичајен много пре класичног периода, није изненађујуће да је његово значење заборављено или лоше тумачено у каснијим временима, каже он.¹⁷⁹

Приликом хватања у коштац са овим проблемом, симболи и њихово значење не заслужују да буду у првом плану. Наиме, старозаветна прича о Јакову и Лавану¹⁸⁰ најбоље илуструје да се лопов с великом сигурношћу могао детектовати уколико су украдене ствари пронађене међу његовим стварима. Зато се и не може пребацити

175 P. G. Maxwell-Stuart, 1.

176 *Ibid.*, 2.

177 Упор. фн. 123 и фн. 167.

178 *Ibid.*

179 *Ibid.*, 3.

180 О томе ће бити више говора касније.

Гају, као што то чини Максвел-Стјуарт, да је његов извештај сконцентрисан на проналажење украдене ствари, а не и лопова.¹⁸¹ Природу ове процедуре (ритуализоване претраге) би најбоље осликала максима: *Где је ствар ту је и fur manifestus*. Да ли се може закључити да ствар која је предмет фуртума има примат у његовом одређењу? На изванредан начин би се могло рећи да је тако, јер је Римљанима био најбитнији материјални доказ фуртума који ће обезбедити премошћавање временског јаза између почињеног и доказаног деликта. Уколико нема однете ствари, не може бити ни манифестног фура.

Значи, класификација деликта на манифестни фуртум и неманифестну крађу, извршена је *с обзиром на моменати његове доказаности* (*manifestus* се иначе преводи као: доказан, јасан, очигледан ...¹⁸²). По том критеријуму би манифестни фуртум био онај који је доказан већ непосредно приликом трајања радње извршења крађе. То је фуртум који је том приликом и осведочен. Без обзира да ли је лопов ухваћен на месту где је извршио крађу, или је ухваћен приликом преносења ствари на неко друго место.¹⁸³ Или се до осведочености и непосредности (очигледности) радње дошло преко непосредности (очигледности) последице (ствар пронађена у туђем дому путем ритуализоване претраге). У сваком случају, потврђује се да без украдене ствари *у рукама* нема ни манифестног фура, ни манифестног лопова.

Пошто је Закон XII таблица резултат *наје* претраге сматрао несумњивим доказом, онда се може рећи да је она имала примат над *обученом* претрагом. Ритуалну претрагу оптужени никако није могао спречити. Како да неко спречи нешто што је очигледно и што је запређено смртном казном? Чему онда таква казна? То би заиста било смешно. Зато се може претпоставити да је и над оним ко би желео да

181 Вид. P. G. Maxwell-Stuart, 3. фн. 4.

182 Мада има и другачијих тумачења.

Да је *manifestus* могао да значи само *доказан, јасан, очигледан*, потврђује Гелијево навођење Мазуријевих речи да је манифестни фуртум онај фуртум који је откривен у тренутку док се одвијао (*quod deprehenditur dum fit*), а да је комплетиран када је предмет крађе однет на одређено место, вид. Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, XI 18. 11.

183 G. 3. 184. „... По некима је ово случај онда када је лопов ухваћен на месту где је извршио крађу, ... Други сматрају да је крађа ухваћена на делу још и онда када је лопов ухваћен док је носио ствар на место где је желео да је склони...” (О. Stanojević, 231.).

забрани такву претрагу примењивана капитална санкција, јер би његово опирање било очигледан доказ његове кривице.

Остаје нејасно зашто је ова друга, *обучена* претрага уопште предвиђена. Вероватно је њу бирао онај тужилац који је радије хтео да наплати новчану казну. У крајњој линији, *наја* претрга је санкционисала *обичну*. Јасан избор: новац или живот.

5.2.2.1. О објашњењима Дејвида Даубеа

За Даубеа је несумњиво да право познаје два различита начина претраге, а да се други и формалнији, примењује уколико је оптужени одбацио могућност да дозволи први. Он то закључује из тога што Гај оцењује ово правило као смешно, зато што ће човек који је зауставио први покушај *quaestio*, вероватније бити тврдоглавији у случају другог начина претраге који са собом носи много већи ризик.¹⁸⁴

Изгледа да су, по Даубеу, и једна и друга претрага могле бити онемогућене. Он Гајев извештај о ове две претраге тумачи, као што се горе може видети, у оквиру јединственог нормативног контекста. Међутим, када се посматра друштвени контекст у коме је настао Закон XII таблица, онда тешко да је ико могао да онемогући спровођење претраге која је запређена смртном казном. Чим је друштво предвидело тако озбиљну санкцију, онда је та претрага морала бити обавезна. Чему, иначе, таква санкција? Због свега тога се не чини тачним Даубеов став да је било могуће спречити претраге туђег дома.

Уствари, каже Даубе, када је Закон XII таблица објављен – ово правило није било смешно. По њему, вероватно је да је у периоду пре Закона XII таблица, претрага *lance et licio* која је у случају позитивног резултата, водила смртној казни, била

184 David Daube, „Some Comparative Law – Furtum Conceptum“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 15/1937, 74.

Овде је занимљиво напоменути како Бурдик (*Burdick*) види природу права на претрагу туђег дома. Он каже да је ово право без икакве сумње повезано са правом власника да испита сваку особу за коју се сумња да поседује украдену имовину. Тако је вероватно да је, само у случају да је одговор био незадовољавајући, право на претрагу куће ступало на снагу, William L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New Jersey 2007., 489.

једина форма *quaestio*. По Закону XII таблица, међутим, нормална *quaestio* била је много рационалнија с обзиром на пар ствари, сматра Даубе. Наиме, није била снабдевена свим старим обредима, већ присуством сведока. Уколико су украдена добра откривена, крађа није сматрана манифестном. Имајући у виду могућност *furtum oblatum*, каже Даубе, право је предвиђало троструку казну. По њему, једино уколико је обична претрага забрањена, древна претрага се враћала у живот. Једино је у овом случају она потпуно оправдана, подвлачи овај аутор.¹⁸⁵

Није јасно да ли Даубе сматра да древна *questio* није била снабдевена присуством сведока. Мало је вероватно да код ње није морало бити сведока. Без њих не може бити несумњивости и не може бити смртне казне.

Насупрот Гају, треба подвући да стара процедура не изгледа нерационално. Напротив, она је рационална и оправдана колико може бити рационална и оправдана у оно време. Не значи да сведока код ове претраге није било пошто о њима ћуте Гај, остали извори и реконструкције Закона XII таблица. Ако је овај закон стварно ћутао о томе, онда то само може да значи да је процедура била добро позната и да су се подразумевали, па их није требало и наводити. У сваком случају, чим су захтевани код оне релаксираније претраге, не може бити никакве сумње да су били потребни и овде. Сведоци су ту и потребнији јер је реч о стриктним формалностима које треба поштовати, а и о смртној казни за пронађеног фура. Навођење ноторних чињеница може бити оправдано у току одвијања судског поступка, с обзиром на потребу за постизањем неког реторског ефекта. Међутим, у законском тексту који карактерише лаконско изражавање (па и Гај износи своје ставове таквом економијом речи и реченица, обилато користећи реченични и нормативни контекст), навођење опште познатих ствари не долази у обзир.

Даубе каже да је чак и данас, уколико неко спречи закониту инспекцију свога дома, и уколико су украдена добра након тога пронађена код тог лица, ово снажан доказ његове кривице. Он претпоставља да је институција ритуализоване претраге морала бити ретко примењивана. Сматра да су респект који је оптужени имао

185 David Daube (1937a), 74.

према старом ритуалу и помоћ заједнице коју је имао тужилац, били довољни да спрече било какво одбијање.¹⁸⁶

Касније претор уводи четвороструку накнаду за све врсте манифестног фуртума.¹⁸⁷ Путем *actio furti prohibiti*, увео је и четвороструку накнаду за забрану претраге.¹⁸⁸ Обучену претрагу више ни теоријски није могуће прескочити. Може се рећи да тек након *actio furti prohibiti* нема никакве стварне потребе за *најом* претрагом,¹⁸⁹ баш зато што је предвиђено новчано кажњавање. До тога се дошло након дужег развоја. Вероватно је *наја* претрага постепено, са променом друштвених схватања, губила *свејши* и несумњиви карактер и самим тим и обавезну снагу. Вероватно је зато и новчана казна, уместо смртне, све више примењивана у пракси – све док се ова друга није потпуно изобичајила.

Може се рећи да је *наја* претрага прво изобичајена, а затим и формално укинута, јер доказ прибављен претрагом туђе куће, није више сматран несумњивим. Пошто је временом *наја* претрага губила на својој *свејшости*, губила је и на несумњивости.¹⁹⁰ Смртна санкција не дозвољава исправку у случају погрешног идентификовања починиоца крађе.

Овај обичај Гају изгледа смешно и он не познаје његову природу. У Гајево време су и многи правни послови изгубили строге формалности. Такве формалности се код старих народа најчешће везују за магију, али код ове претраге нема само магијског. Може се рећи да су овде од самих почетака видљиви и неки рационални

186 *Ibid.*

187 G. 3. 189: ...*Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadruple actio praetoris edicto constituta est.*

188 G. 3. 192: *Prohibiti actio quadruple est ex edicto praetoris introducta...*

189 Често се истиче како је Ебуцијев закон и формално укинуо ритуализовану претрагу, па тако и Де Вишер, Fernand de Visscher, „La Procedure d' enquête ‘lance et licio’ et les actions ‘concepti’ et ‘oblati’, TDR 6/1925, 252. О овоме обавештава Гелије: *cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades ... furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit ...*, Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVI 10. 8.

190 Радин (*Radin*) сматра да *quaestio lance et licio* говори о неповредивости куће и да засигурно има религијску и сакралну основу, упркос Вајсовом (*Weiss*) приговору. Он претпоставља да је цела процедура могла бити грчка. За ту тврдњу налази извесну потврду код Аристофана у његовим *Облацима* и у Платоновим *Законима*. Радин, код Аристофана запажа идентично, како га назива – рационализујуће објашњење, које и Гај у својим *Институцијама* нуди за голотињу претраживача, Max Radin, „Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis Pertinentes Julio Christiano Van Oven Dedicatae by M. David; B. A. van Groningen; E. M. Meijers“, *The American Journal of Philology* 4/1948, 445.

разлози, али и потреба за овако осетљивим, малтене хируршким поступањем, у заједници у којој се сви знају. У заједници где је да би сте комшију, познаника, пријатеља, оптужили да је *fur*, потребна једна прецизна и несумњива процедура (*формалности без сумње*). У Гајево време је римска политичка заједница постала много бројнија, па су отпале и неке формалности. То, ипак, нису биле хладне формалности на какве је навикао човек модерног доба, човек који живи у врло бројној заједници, чији се чланови међусобно познају сасвим површно, или се углавном и не познају. Те модерне формалности треба да сачувају од преваре, да улију сигурност. С друге стране, архаичне формалности, формалности архаичног Рима, више представљају процедуру коју налаже присност међу члановима заједнице. То не значи да оне нису имале и функцију гарантовања објективности, непристрасности и сигурности. Али, ништа не може побити чињеницу да је њихов корен у међусобној присности живих чланова заједнице и присности коју су они осећали према Боговима и према својим покојним прецима. Такви односи су захтевали посебне процедуре, како би се у случају могућности за њиховим урушавањем, колико толико, очували. У том склопу треба посматрати објективност, непристрасност и несумњивост коју је *наја* претрага требало да пружи.

5.2.3. Сврха *иос̄иӯика lance et licium*

Јасно је да аргументација коју је изнео Максвел-Стјуарт, ипак, усмерава пажњу у врло битном смеру. Треба поћи од закључка да је изглед процедуре *lance et licium* заправо резултат природе места где се врши претрага – у окриљу светог и неповредивог домаћинства.¹⁹¹

191 Џон Дрејн каже: „Стари завет доста инсистира на групама: породици, клану, племену и, у крајњем, на нацији. Све су оне имале темељни значај, како у верском тако и у моралном погледу... При задовољавању правде и доношењу пресуда узимана је у обзир ова саборна солидарност. Када је Ахан украо извесне предмете из хананског града Јерихона, читава његова породица и њихова имовина испаштали су казну која му је изречена (И Нав 7 1–26)“. (Џон Дрејн, *Увођење у Стари завети*, Београд 2003, 387.)

У старом Риму никако није било исто, али је заједница уживала превагу над појединцем. У том контексту треба посматрати и процедуру претраге туђег стана. Атак на имовину појединца

Јоловиц (*Jolowicz*) претпоставља да је ова претрага древна установа која је била позната Индоевропљанима пре њиховог издвајања у посебне скупине народа.¹⁹²

Максвел-Стјуарт наводи да је Волф (*Wolf*) покушао да објасни овај ритуал као реликт етрурског жртвовања како би се смирили богови дотичног домаћинства због узнемиравања мира на њиховој територији. *Lanx* је био жртвени тањир, а *licium* обредни повез за главу, а не комад сукна око бедара.¹⁹³ Максвел-Стјуарт одбацује ово Волфово становиште и слаже се са Кроком који је, у свом приказу Волфовог есеја, навео да реч за вунени повез за главу у жртвеном контексту никада није била *licium*, у законском контексту никада и нипошто *licium*.¹⁹⁴

Максвел-Стјуарт се позива и на Даубеов став¹⁹⁵ да је ова претрага више церемонијална врста претраге где су неформалности једноставно биле недозвољене.¹⁹⁶ Максвел-Стјуарт сматра да се овом претрагом желело лоцирање лопова или украдене имовине и његова сугестија је да је она, заправо, пример односа лопов–магија, тј. детектовање лопова врачањем. Бројних примера за то, сматра он, има у различитим културама и различитим историјским периодима.¹⁹⁷

Туђи дом захтева извесно поштовање. Може се закључити да је искључиво туђи дом диктирао потребу за овом ритуалном претрагом. Иза њега нису стајали

представља и атак на имовинску безбедност његовог дома и породице. Атак на имовину дома представља и атак на култ који га штити. Исто тако, претраживање туђег стана није само претраживање стана, већ претраживање породичног дома. Није једноставно у патријархалном и ратничком Риму оптужити другу „кућу“ за фуртум.

С друге стране, вероватно је да морални притисак заједнице и част нису дозвољавали оптуженом да помисли да одбије да дозволи претрагу у свом стану (као што је вероватно да је над оним ко се усудио да је одбаци примењивана смртна казна). Ово је вероватније што је римско друштво архачније, а све мање вероватно у измењеним идеолошким и друштвеним условима. Тако, генерација правника Гаја није могла разумети смисао овакве претраге.

„Случај Ахана, чија је цела породица кажњена због крађе коју је сам починио, представља, у ствари, изузетак који нам указује на то да се овај злочин готово сигурно сматрао превасходно верским, због чега је и кажњен по другачијим правилима“. (*Ibid.*, 388.)

Смртна казна за *furtum manifestum*, представља доказ да ова врста фуртума, ипак, није „обично“ кривично дело, већ да је повезана са религијским и мистичним разлозима. Наравно, овакво кажњавање је, у случају Рима код манифестног фуртума, правило, а не изузетак.

192 Н. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historical Introduction To The Study Of Roman Law*, London 1972, 168. Како каже Јоловиц, слични поступци претраге су пронађени међу Индоевропљанима.

193 P. G. Maxwell-Stuart, 1.

194 *Ibid.*

195 Који је Даубе изнео у D. Daube, *Studies in Biblical Law*, New York 1969.

196 P. G. Maxwell-Stuart, 1.

197 *Ibid.*

само актуелни (живи), него и генерације покојних укућана. Због тога је дом поред световне функције (зграда у којој се обитава) имао и сакралну функцију. Маске предака (*imagines*) (које се држе поред представа кућних божанстава, Лара и Пената, у атријуму куће) наводе на закључак да је дом био и нека врста капеле и светилишта. С друге стране, не може се рећи да приликом претраге постоји било какво жртвовање. Оно долази касније. Извесно је само да *naīa* претрага представља посебан начин *уласка* у туђу кућу. Покушај да се не ремети њен сакрални ред и да се не наљуте њена божанства и предачки духови заштитници, приликом извршавања једног и световног и нимало пријатног циља (проналска предмета фуртума и самим тим проналска одговорног лица).

Маквел-Стјуарт сматра да Гај говори о овом методу као о методу потраге за украденим предметом, а не и за лоповом. Маквел-Стјуарт каже да није проблем ако он није био и лопов, јер очигледно је да у тим временима није прављена разлика између савесног примаоца украдених добара и самог лопова.¹⁹⁸

Међутим, вероватно се подразумевало да се у раном Риму, пре и у време настанка Закона XII таблица (а неко време и пошто је он донет), пошто су се сви међусобно добро знали, ништа није могло сакрити. Ништа није било непознато. Свако је врло добро знао шта је чије, па је налажење туђе украдене ствари у нечијој кући било неопростиво, манифестно, и указивало је на несумњиву одговорност. Неко ће рећи да власник куће није могао у сваком тренутку знати шта поједни укућани раде. Тако није могао ни знати да ли је неко од њих неовлашћено дошао у додир са туђом ствари, или ју је и донео у заједнички дом. Ово најбоље осликава старозаветна прича у *Првој књизи Мојсијевој*, глава 31. под називом: *Јаковљево бјежање са својима. Помирење с Лаваном.*¹⁹⁹

Јаков уопште није знао да је његова жена Рахиља украде идоле своје оцу:

¹⁹⁸ *Ibid.*, 3. фн. 4.

¹⁹⁹ Библија или *Свето писмо Старога и Новога завјеша* (превод Ђуре Даничића), Београд 1990, 30. На ову старозаветну причу се, у сврху анализе процедуре *lance et licium*, први позвао Даубе, D. Daube (1937a), 49 и даље. Његова аргументација ће бити изнета у оквиру наредног потпоглавља.

„19. А Лаван бјеше отишао да стриже овце своје; и Рахиља украде идоле оцу својему“.

Када је сустигао Јакова, Лаван му је рекао:

„30. Иди дакле кад си се тако ужелио куће оца својега; али зашто украде богове моје?“

Јаков му је, поред осталог, одговорио:

„32. А богове своје у кога нађеш, онај нека не живи више; пред нашом браћом тражи што је твоје у мене, па узми. Јер Јаков није знао да их је украде Рахиља“.

Дакле, ни патер фамилијас није морао знати за фуртум који је починио неки његов укућанин, нити му је укућанин такво нешто смео баш тако лако признати. То, ипак, не потири чињеницу да је патер фамилијас, као представник породичне задруге, у крајњој линији одговарао за поступке својих укућана (одговарала је кућа кући). Одговарао је по принципу манифестне и несумњиве одговорности. Како ће „разрезати“ терет те одговорности на своје укућане била је само његова ствар. Зар добар пример за то не пружа случај ноксалне одговорности.

С друге стране, уколико се прихвати претпоставка да је одговарао искључиво патер фамилијас, а не и стварни, непосредни *fur*, онда је ту, опет и још јасније, била реч о некој врсти колективне одговорности куће, одговорности породичне задруге. Када је реч о колективној одговорности, онда је увек реч о неком стандарду објективне одговорности.

У наведеном примеру из *Библије* јасно је да је Јаков већ унапред одредио ко ће сносити одговорност, над киме ће бити примењена санкција. Чини се да је од целе установе старозаветне претраге једино санкција била унапред обичајима утврђена, капитална санкција. Треба још напоменути да је јасно да и у овом случају претрагу непосредно врши тужилац, као и код римске претраге.

У овој старозаветној причи постоји нешто много интересантније. Јаков каже: „А богове своје у кога нађеш, онај нека не живи више...“

Дакле, свако од укућана је имао ствари које само њему припадају, или које углавном он користи. Вероватно је Јаков мислио да уколико се Лаванове ствари нађу

међу таквим стварима, онда је несумњиво лоциран и починилац. Да је тако најбоље говори следећи део:

„34. А Рахиља узе идоле и сакри их под самар камиле своје и сједе озго; и Лаван пипаше по цијелом шатору, и не нађе“.

У старозаветној причи постоји још нешто што указује на врло битан услов коме се вршила ова старозаветна претрага:

„32... пред нашом браћом тражи што је твоје у мене, па узми...“

Дакле, за исправност и несумњивост поступка претраге били су потребни сведоци. У овом случају то су браћа и једног и другог заинтересованог субјекта – и оног ко оптужује и оног ко је оптужен. Не може бити сумње да је то због потребе да поступак буде непристрасан и објективан. Као што не може бити сумње да је слично морало бити и код римске ритуализоване претраге.

Хладну главу приликом спровођења овог поступка захтева Бог:

„24. Али Бог дође Лавану Сирину ноћу у сну, и рече му: чувај се да не говориш с Јаковом ни лијепо ни ружно“.

Римска *naia* претрага је пружала добре гаранције да се путем једног непристраног и ефикасног поступка пронађу ствар и починилац фуртума. Поред тога, њоме је долазило до успостављања несумњиве кривице и несумњиве одговорности. Приликом спровођења овог поступка указивана је дужна пажња како интересима и миру оптужене, тако и интересима и миру оштећене куће и породице. Ова претрага прати исту логику коју и поступак *rei vindicatio*. То је логика успостављања несумњиве одговорности како би се избегли шири и дубљи сукоби. Постоји јасна деликтна радња која води јасној одговорности њеног извршиоца. Зато се може претпоставити да је у Риму патер фамилијас, као што је то учинио Јаков, пре отпочињања претраге износио критеријуме по којима ће се утврдити одговорно лице уколико се пронађе предмет фуртума: *Kod koia yronaђesh sйвари које ши недосйају, онај нека је манифесйни фур*. То би ишло на руку процесу индивидуализовања одговорности преко индивидуализовања несумњиве кривице.

5.2.4. Каракѿер ѿостѿуѿка *lance et licium*

Потпоглавље које се бави друштвеним условима у којима је настала *риѿуализована* претрага пружа добру основу за разматрање њеног карактера. С друге стране карактер ове установе је свакако нераздвојно повезан и са питањем њене сврхе.

Код овог проблема треба поћи од Даубеових истраживања. Он је, у овом погледу, систематизовао и изложио критици аргументе других водећих аутора и понудио оригинална решења. Даубе доводи у питање тврдње аутора који сматрају да је претрага *lance et licio* древна установа са искључиво индоевропским коренима. Он сматра да је сама основа ових студија проблематична. Она је, по њему, проблематична независно од тога што је веза између индоевропских народа пре језичке природе, него што је то заједничко порекло или заједничка цивилизација.²⁰⁰

Рекло би се да је језичка веза основа и утока свих других веза. Она настаје током заједничког живота и уобличава га, па је не треба потцењивати. Када је већ поменута језичка основа, корисно је видети шта о значењу речи *licio* каже Волф. Реч је о аутору који се супротставља њеном опште усвојеном преводу. О томе је већ било речи, али је ред да се поближе размотре неки аргументи овог аутора.

Тако Волф разматрајући значење речи *licium*²⁰¹ наводи како је одмах преведена као парче тканине око бедара (*Schurz*), а не као канап (*Faden*). За ово друго значење се, пак, по њему, могу наћи паралеле у претрагама кућа (*Haussuchungsformen*) које су примењиване у германским и грчком праву. Против становишта Јеринга (*Jhering*), Лајста (*Leist*), Перниса (*Pernice*) и Момзена (*Mommsen*), од старих аутора, стоји само Карловин (*Karlowa*) исправан превод појма *licium* као *канаѿ* (*Faden*), каже Волф. Ипак, једино је Шверинова (*Schwerin*) студија „Die Formen der Haussuchung in indogermanischen Rechten“ могла одбарнити становиште о *licio cinctus* као „методолошки једино прихватљиво“ (*methodisch allein zulässig*), са сигурним занчењем *licium* = канап (*von der sicheren Bedeutung licium = Faden*), сматра Волф.²⁰²

200 D. Daube (1937a), 48.

201 Вид. фн. 170.

202 J. G. Wolf (1970), 62.

Он истиче да је могуће да Шверин греша као и сами атички интерпретатори. Његово решење је, ипак, један од најснажнијих примера правно компаративног тумачења, каже Волф. Шверин је, наводи Волф, самој речи *licium* дао метафоричко значење *īraī*. Том приликом је сугерисао да се уместо *lanx* узме *lax* (за *lax* знамо само од Феста, напомиње Волф) и тако је дошао на становиште да *lanx et licio* значи *veitio īraje īraia* (*durch listige Verfolgung der Spur*).²⁰³

Чини се да, и у случају да је *licium* означавао *īarce īkанине око бедара* (што је много вероватније и о чему је већ било довољно речи), а не *канай*, по свој прилици остаје могућност да је, као и код Стросовог примера са Намбикварама, тај комад тканине, као редовни одевни предмет из каменог доба, мало шта стварно могао да покрије. Због тога се чини да питање шта је означавано речју *licium* није релевантно у просуђивању како сврхе, тако и карактера ритуализоване претраге.

Даубе пак сматра да постоје многи обичаји који морају увек настати било кад да су и било где извесну фазу развоја достигли.²⁰⁴ Уколико је нека особа била са мном и пошто је отишла, а мени недостају моје омиљене папуче, природна ствар коју ћу урадити је да га пратим било да сам Семит или Индоевропљанин, каже Даубе.²⁰⁵ Исто тако, улажење у нечију кућу представља озбиљан преступ широм света.²⁰⁶ Зато се, каже он, може очекивати, да ће, уколико лопов напусти туђу кућу и бива неухваћен, право било које земље предвидети неко правило за даље процесуирање захтева оштећеног лица.²⁰⁷

Очигледно је да Даубе апелује на рационалне разлоге који су, по природи ствари, универзални и који имају тежњу за унификацијом правила.

Кад је већ реч о карактеру ритуализоване претраге, онда се треба осврнути на једно занимљиво и, на први поглед, врло примамљиво повезивање две правне процедуре које су, по мишљењу већине аутора, служиле заштити имовине.

203 *Ibid.* Волф говори и о ставовима критичара Шверинове теорија: *Sein Kritiker Goldmann entschied sich für die von Schwerin verworfene Hypothese, daß der Haussuchende den Faden als Apotrop äi kum umgelegt habe; die lanx hielt er für einen Zauberspiegel, mit dessen Hilfe das Unbekannte erforscht, nämlich „der Dieb in zauberischer Weise ermittelt werden“ sollte, Ibid.*

204 D. Daube (1937a), 48.

205 *Ibid.*

206 *Ibid.*, 48–49.

207 *Ibid.*, 49.

Тако Доротеа Вајанд (*Dorothea Wayand*) сматра да је процедура *legis actio sacramento in rem* врло рано употребљавана за утврђивање губитка нечије имовине. У тим преисторијским временима, каже она, ова правна процедура је била повезана са гоњењем за крађу. Тако ће оштећења страна трагати за својом изгубљеном имовином уз помоћ породице, или клана. Она је могла вршити претрагу путем *quaestio lance et licio*. Када је, у презаконско доба (*pre legal times*), у туђој посесији пронађена изгубљена ствар, настајала је борба у којој је божанство одлучивало на један или други начин, претпоставља Доротеа. Пошто је друштво успоставило довољно јаке централне органе власти, они су преузели, како надгледање претраге, тако и надгледање поступка накнаде изгубљене имовине. Чак и тада су остали трагови самопомоћи, подвлачи Доротеа Вајанд.²⁰⁸

Међутим, манифестни фуртум (па, тако ни ритуализована претрага која води његовом утврђивању), као што је то већ речено, изворно није могао да представља деликт уперен против имовинске безбедности. То је био деликт угрожавања светости и мира породичног домаћинства.²⁰⁹

Зато за одговор на питање карактера древне претраге није толико битан њен изглед колико заштитни објекат који диктира одговарајући изглед те процедуре.

Даубе каже да је свестан како правила о претрази могу варирати у складу са карактером људи, мање или више напредним условима и посебном историјом одређене заједнице. Она ће, по њему, увек садржати неку меру да парирају шикарирању или чак превари од стране тужиоца, другим речима, да осигурају ефикасну процедуру против оптуженог.²¹⁰

Волф каже да када је о *quaestio lance et licio* реч, онда је Закон XII таблица имао у виду да је прераживач туђег дома морао бири *licio cinctus*, тј. да је морао имати

208 Dorothea Wayand, „Owners Beware: Themes and Variations in Property Law“, *University of New Brunswick Law Journal* 28/1979, 169.

209 Блечер (*Blecher*) каже како је у римском праву постојао изузетак од неповредивости туђег дома. Тај изузетак се, по њему, огледао у древној претрази *lance et licio*. Он сматра како би неко могао рећи да од класичног периода улазак у туђе просторије није више сматран деликтом против божанстава, већ против личности., M. D. Blecher, „Aspects of Privacy in The Civil Law“, *TDR* 43/1975, 281.

210 D. Daube (1937a), 49.

сакралну и ритуалну *capitis velatio filo*.²¹¹ Волф затим каже да је права истина да Закон XII таблица ништа не каже о свечаној претрази, сем да је била предвиђена и да је претраживач куће морао бити наг и опремљен са *lanx et licium*. То само указује да је у то време овај метод био добро познат, закључује Волф.²¹²

Како да се проникне у природу наге претраге? Како да се утврди колико у њој има рационалног, а колико случајног (колико има варирања о којима говори Даубе)? С друге стране, какав је значај ритуалног на коме Волф инсистира?

Леви Строс закључује: „Ако на спекулативном плану митска мисао има нечег сличног са домаћим мајсторисањем на практичном плану, и ако се уметничко стварање налази на подједнаком одстојању од та два вида активности и науке, односи између игре и ритуала истог су типа.

Свака игра дефинише се скупом правила која омогућавају практично неограничен број партија; али ритуал, који се такође „игра“, пре личи на неку повлашћену партију одабрану међу свим могућностима, јер једино она доводи до успостављања равнотеже извесног типа између два табора.“²¹³

Римска процедура претраге несумњиво подсећа на ритуал. Личи на „повлашћену партију одабрану међу свим могућностима, јер једино она доводи до успостављања равнотеже извесног типа између два табора“. Које равнотеже? Одговор је изнет у претходним поглављима. Потребно је спровести непристрасну и објективну претрагу која неће повредити светост дома у коме се обавља претрага и која ће створити све услове за проналажење ствари која припада туђем дому. С обзиром на те захтеве, ова претрага итекако поседује и рационалну основу. Зато поред ритуала представља и игру.

Таква мешовита претрага (ритуал – игра) донекле олакшава спровођење смртне казне над починиоцем фуртума. Присуство сведока, који су, вероватно и у Риму (пре, и у време доношења Закона XII таблица), припадали обема заинтересованим породицама или сродничким групама (као и у наведеној Старозаветној причи),

211 J. G. Wolf (1970), 70.

212 *Ibid.*, 76.

213 K. Levi Stros, *Divlja misao*, Beograd 1978, 72.

омогућава непристрасност и објективност. Али, и онемогућава успостављање било каквог права на освету уколико се украдена ствар пронађе и изврши смртна казна над лоповом. То је други аспект успостављања равнотеже међу породицама, међу кућама и међу њиховим божанствима заштитницима. Овај вид равнотеже има у виду потребу несумњиве сагласности породица приликом извршења смртне санкције.

„Заиста, свакога дана све више откривамо да је за исправно тумачење митова и ритуала, па чак и за њихово тумачење са структуралног становишта (погрешно би било изједначити га са обичном формалном анализом), неопходно прецизно идентификовање биљака и животиња које су у њима поменуте, или непосредно коришћене у облику делова или остатака“.²¹⁴

У том случају горе наведени Максвел-Стјуартов покушај да дефинише значај реквизита, који су коришћени код претраге, добија на значају. Међутим, он је остао само на нивоу покушаја. Требало би ући у дубљу анализу проблема који је отворио. За тај поступак је, ипак, потребно посебно и опсежније истраживање. Овде је довољно нагласити да се чини да претрага *lance et licium* никако није могла бити ослобођена магије. Она је поред рационалног имала и магијско-ритуални корен и карактер.²¹⁵ Да је тако најбоље потврђују Гајеве негативне примедбе које је изнео поводом изгледа и карактера ове установе. Да је ова процедура чисто рационалне природе, била би свакоме потпуно разумљива и у Гајево и у данашње време. То испоставља значајну примедбу Даубеовом рационално–универзалистичком полазишту. Наиме,

214 *Ibid.*, 89.

215 „...тако се разјашњава проблем односа између магије и религије, који је био повод толиких спорова. Јер, ако се у извесном смислу може рећи да религија представља *хуманизацију њриродних закона*, а магија *нашурализацију људских акција* – то јест, поступање са извесним људским акцијама *као да* оне представљају саставни део физичког детерминизма – онда ту нису у питању две могућности од којих се једна мора изабрати, или етапе једне еволуције. Антропоморфизам природе (који је основа религије) и физиоморфизам човека (помоћу кога дефинишемо магију) представљају две увек дате компоненте; мења се само степен њихове заступљености. Као што смо већ приметили, свака од њих садржи у себи и ону другу. Као што нема религије без магије, тако нема ни магије која не би садржала бар једно зрно религије. Појам натприроде постоји само за једно човечанство које само себи приписује натприродну моћ и које, заузврат, природи приписује моћ своје надљудске природе” (*Ibid.*, 284.).

Можда би се из свега што је речено поводом *наје ригуализоване ѡрешраје* могло закључити да је код магијских ритуала увек у одређеној мери присутна рационалност. Степен њене заступљености је, такође, променљив.

треба имати у виду и универзално нерационално, као, наравно, и нерационално и рационално који су специфични за одређену заједницу.

Магијско-ритуални карактер *наіе* претраге подупире и санкција која је у овом случају предвиђена (смртна казна). До ове санкције (која одувек и свуда има везе са божанством, са нарушавањем светог поретка) може довести само ритуал из истог поретка ствари.

Џон Дрејн, анализирајући причу о Товији, каже: „Пошто се побринуо да неки други Јеврејин буде сахрањен по прописима *Торе*, нашао се ритуално нечист, и стога је требало да преноћи на отвореном“.²¹⁶

Ова Дрејнова напомена, *ритуално нечисти*, изазива неке асоцијације по питању процедуре *lance et licio*. Уколико се пажња усмери ка Леви Стросовој анализи представа митског ситета, долази се до битних смерница: „Митски систем и његове представе служе, дакле, за успостављање односа хомологије између природних и друштвених услова или, тачније, за дефинисање закона еквивалентности између супротности одређеног значења које се срећу на различитим плановима: географском, метеоролошком, зоолошком, ботаничком, техничком, економском, друштвеном, обредном, религиозном и философском“.²¹⁷ Затим Леви Строс изводи, како је назива, „табелу еквивалентности“ у којој идентификује *нечисти* и *светиовно*. Он за ову табелу каже да изражава „канон уређеничке логике“.²¹⁸

Дакле, можда би се могло рећи да је процедура *lance et licio* повезана са *нечистиим* (јер је фуртум свакако сматран *нечистиим* поступком), као процедура која не треба да *нейосредно* доведе до *прочишћења иуишем жртвовања*,²¹⁹ већ је њен

216 Џ. Дрејн, *Увођење у Сјари завети*, Београд 2003, 281–282.

217 К. Levi Stros (1978), 140.

218 *Ibid.*

219 „Разне вероисповести имају различита схватања о природи жртве. Примера ради, у многим контекстима о жртвовању се размишља као о начину да се божанства нахране, мада *Сјари завети* овакав поглед одбацује“ (Џ. Дрејн, 412). Максвел-Стјуарт наводи да је Волф (J. G. Wolf) покушао да објасни овај ритуал као реликт етрурског жртвовања како би се смирили богови дотичног домаћинства због узнемиравања мира на њиховој територији, *lanx* је био жртвени тањир, а *licium* обредни повез за главу, а не комад сукна око бедара (P. G. Maxwell-Stuart, 1). „Антрополози су се изузетно трудили да схвате потребу за жртвовањем у различитим културним контекстима широм света. Опште је прихваћено да је, како би се схватио његов значај, потребно да се вратимо на примедбе о „светињи“ којима смо отпочели ово поглавље. Где год се практикује, приношење

нейосредни циљ безбедна (безбедна од освете Богова заштитника куће и освете покојних предака), објективна и непристрасна претрага ради проналажења ствари и одговорног лица.²²⁰ Њен корен је магијско – религијски, а непосредан циљ је и рационалан. Међутим, њен *крајњи циљ* је опет магијско – религијски: жртвовање одговорног лица. Преко свега тога се успоставља нарушена равнотежа између оностраног и оностраног.

Цимерман каже да је, највероватније, да су сва три елемента ове претраге (нагост претраживача, *lanx* и *licium*) имала карактер покајничког дара кућним божанствима.²²¹ Пре свега, наставља Цимерман, било каквом претрагом је био тешко повређен мир куће. То је било својеврсно светогрђе, наводи он, које је захтевало неку врсту окајања.²²²

Не изгледа као да је претрага сматрана као светогрђе. Божанство не опрашта светогрђе. Светогрђе је уколико се почини фуртум. С друге стране, поштовање прописаних магијско-религијских формалности *наје* претраге обезбеђује да тужилац не одговара уколико се захтеване ствари не пронађу у оптужениковим просторијама.

жртва се увек схвата као средство успостављања односа између видљивог и опипљивог света у коме живе људи, са невидљивим, недодирљивим (и често неконтролисаним) светом у коме живи Бог, или богови“ (Ц. Дрејн, 411).

Дакле, овај ритуал (*lanx et licium*) јесте „средство успостављања односа између видљивог и опипљивог света у коме живе људи, са невидљивим, недодирљивим...“.

220 Дрејн износи став да је приношење жртва „средство уз чију помоћ људи могу да се сусретну са моћном „светошћу“ која зрачи из Божијег присуства, а да не претрпе при том ужасне последице које би се нормално очекивале као последица оваквог сусрета. Због тога су животиње (нарочито домаће животиње) биле прикладне за жртвовање, јер су и саме жива бића, у блиском односу са људима и могу, према томе, послужити као погодан симбол верника“ (Ц. Дрејн, 411–412).

Овај став се, у извесном смислу, може применити и на ритуал римске претраге, јер се може рећи да се њена сврха огледа и у томе да се избегну „ужасне последице које би се нормално очекивале као последица оваквог сусрета“.

Чини се да се не треба сложити са Дрејновим мишљењем да приношење животињских жртва симболизује жртвовање верника. Чини се да приношење животињских жртва представља изванредан вид накнаде коју човек сматра да треба да пружи Богу за пажњу коју му Он указује и за помоћ коју му пружа. При том је та накнада симболичког карактера. Жртвом се успоставља „равнотежа извесног типа“ о којој Леви Строс говори. Приношење жртва је увек скопчано са молитвама, а молитве су увек повезане са жељама смртника.

Путем жртвовања верника, као након процедуре римске претраге, укида се временски јаз о коме је већ било речи. Поред тога, ова претрага представља неку врсту магијског ритуала који треба да доведе до успостављања и одржавања равнотеже између оностраног и оностраног света. Ова равнотежа прети да буде нарушена претраживањем нечијег дома у потрази за ствари која је неовлашћено однета, као што је несумњиво већ нарушена њеним неовлашћеним одношењем.

221 R. Zimmermann, 940 („...were required for an expiatory offering to the household gods...“).

222 *Ibid.*

Леви Строс наводи: „Обредом жртвовања тежи се успоставити жељена тесна веза између две области које су, на почетку, биле раздвојене: као што сама та реч врло добро каже, циљ приношења на жртву је да постигне да једно далеко божанство *исјуни* људске жеље. Верује се да ће му то поћи за руком на тај начин што ће најпре повезати те две области помоћу сакрализоване жртве (она представља неодређен предмет који садржи нешто и из прве и из друге области), а затим укинути члан помоћу кога се успоставља веза: обред жртвовања проузрокује тако одсуство контигвитета и, интенционалношћу молитве, доводи (или верује да доводи) до појављивања континуитета који служи као накнада за њега на плану на коме је првобитна празнина (коју је осећала особа што приноси жртву) унапред и као испрекида-ним цртицама означавала божанству пут којим треба да иде“.²²³

Ето опет речи континуитет. Код *робусне йрејраје* реч је о укидању временског јаза између извршеног и несумњиво доказаног фуртума. Чини се да се том приликом успоставља „жељена тесна веза између“ човека који претражује и кућних божанстава. Смртна казна је приношење на жртву пронађеног фура. Тек се путем жртве коначно укида временски јаз.

Можда се може узети да и *lanx* представља „предмет који садржи нешто и из прве и из друге области“. Тај предмет се не *укида*, него се укида оно што он проналази, а проналази манифестног фура. Чинија служи како за трансфер ствари из туђег у свој дом, тако и за трансфер гнева оностраних заштитника дома, коме припада ствар која је била предмет фуртума према фуру, а не према његовом дому. Укидањем фура онемогућава се рат породица и ширих скупина. Ето примера како религија и магија воде онемогућавању крвне освете, преко индивидуализовања несумњиве одговорности. Колективна одговорност увек има сакралне елементе, а индивидуална одговорност је – како резултат процеса секуларизације, тако и његов битан чинилац. Оваква индивидуална одговорност је увек мање апсолутна од колективне. Опет се долази до закључка који је присутан код обраде претходних питања. Ради се о томе да смањивање броја одговорних лица води секуларизацији норми и стварању правних норми.

223 K. Levi Stros (1978), 289.

„Према томе, игра се ту указује као *расшиљавни фактор*: она се завршава стварањем диференцијалног размака између играча појединаца или табора који, на почетку, ни по чему нису изгледали неједнаки. Међутим, на крају утакмице, издвојиће се две групе: победници и побеђени. На обрнуто симетричан начин, ритуал је *фактор спајања*, јер он успоставља јединство (овде се може рећи заједницу), или, у сваком случају, органску везу између две на почетку раздвојене групе (које се, у крајњој линији, стапају у једно: прва са лицем које врши обред, а друга са заједницом верника). У игри је, дакле, симетрија унапред уређена; она је структурална, јер проистиче из начела да су правила иста за оба табора. До асиметрије, пак, долази доцније: она неизбежно произлази из случајног карактера догађаја, било да они зависе од намере, случаја или даровитости. Када је у питању ритуал, случај је обрнут: асиметрија профаног и сакралног, верника и лица које врши обред, мртвих и живих, посвећених и непосвећених, итд., унапред је смишљена и ‘игра’ се састоји у томе да се сви учесници преведу на победничку страну помоћу догађаја чија природа и устројство имају право структурално обележје. Као и наука (иако и овде, било на спекулативном, било на практичном плану), игра производи догађаје полазећи од једне структуре: разумљиво је, према томе, што такмичарске игре цветају у нашим индустријским друштвима; док ритуали и митови, по угледу на домаће мајсторисање (које та иста индустријска друштва сада трпе само као ‘hobby’ или разоноду), растављају и преиначују скупине догађаја (на психичком, друштвено-историјском или техничком плану) и служе се њима као неразоривим деловима за стварање структуралних распореда који наизменично служе као циљеви и средства“.²²⁴

„Доиста, разлика између практичне акције, која постиже конкретне резултате, и магијске или ритуалне акције, лишене ефикасности, није она коју верујемо да запажамо онда када прву дефинишемо као објективно, а другу као субјективно усмерену. То може изгледати тачно ако се ствари посматрају споља, али са становишта делатног субјекта тај однос постаје обрнут: практичну акцију он схвата као

224 *Ibid.*, 74–75.

субјективну по својој суштини, а центрифугалну по својој усмерености, пошто је она последица његовог продирања у физички свет. Магијска операција, пак, изгледа му као допуна објективном поретку света: за онога који је обавља она има исти карактер нужности као и ланац природних узрока у који делатни субјекат верује да само убацује допунске беоцуге у виду ритуала. Он, према томе, замишља да је посматра споља, као да она не потиче од њега.²²⁵

Дакле, римски законодавац, а и непосредни примениоци ове претраге, посматрају је „споља, као да не потиче од њих“.

Вероватно да су сведоци чинили обавезан део ове претраге. Страшна санкција, која је могла да уследи након ње, једноставно не дозвољава другачије размишљање.

Цимерман истиче да је, чак и у класичном римском праву, лопов који је пронађен након обичне, неритуализоване претраге (једини формални услов је присуство сведока током претраге, подвлачи Цимерман) био суочен са много тежом санкцијом него обичан неманифестни лопов. Таква санкција му је претила, иако он више није био сматран манифестним лоповом, напомиње Цимерман.²²⁶

Може се рећи да су сведоци потребни да би се избегле било какве неправилности чији би узрок могао да буде само *људски фактор*. Ова потрага за украденом ствари је и нека врста *иџре*, а не само ритуал. Резултат је неизвестан, а једна страна ће бити поражена. Код ритуала сви учесници треба да се „преведу на победничку страну“, али код римске претраге има „асиметрије“. У њој се трага за губитничком страном.

Дакле, процедура *lance et licio* је представљала и ритуал и игру. Она има религијски корен и донекле световну функцију (функцију игре).

Мало је вероватно да је оптужени, у периоду када је ова установа настала, а и у периоду доношења Закона XII таблица, могао ускратити могућност претраге. Ритуал који ју је пратио, а нарочито санкција која наступа уколико се пронађе украдена ствар, у то доба, не дозвољавају ни теоријску могућност да је оптужени не дозволи.

225 К. Леви Строс (1978), 283.

226 R. Zimmermann, 940.

5.2.5. Ритуализована и неритуализована претрага – сличности и разлике

Као што се могло видети, Даубе је први у обичајима семитских народа нашао неке паралеле са римском установом претраге. Он, у овом смислу разматра и једну и другу врсту претраге (и ритуализовану и неритуализовану). Нема других студија ове врсте, које су тако обимне и детаљне. Зато Даубеово истраживање заслужује посебну пажњу.

Даубе, како је већ наведено, у *Светом јисму*, у *Књизи Посијања*, поглавље 31, налази – како каже – занимљив случај потраге за украденим добрима.²²⁷ Лаван је почео да гони Јакова трећег дана. Даубе претпоставља да је и *vestigi minatio*²²⁸, како он због краће фразе назива *quaestio lance et licio*, имала да се захтева у току овог кратког временског термина. Три дана би представљала разумну границу; касније ствар постаје сувише неизвесна, сматра Даубе, и власник је морао прибећи уобичајеним методама.²²⁹

То што је Лаван трећег дана почео да гони Јакова, никако не мора да значи да је то био неки обавезни рок у оквиру кога је оштећени могао да истакне захтев за покретањем поступка претраге (и да спроведе саму претрагу).

У самом Закону XII таблица није предвиђен рок у којем се има захтевати и спровести претрага *lance et licium*. То би навело на закључак да је било могуће то учинити било када. Зашто да не? Зашто би „касније ствар постала сувише неизвесна“? У претходним поглављима је речено да је манифестна претрага уведена како би се укинуо временски јаз између извршеног и доказаног деликта. Вероватно се зато питање рока њеног спровођења није постављало. С обзиром на то да се претрага није могла вршити било где, него у домаћинству оптуженог, онда је карактер места оно што укида временски јаз и што обесмишљава постављање рокова.

227 D. Daube (1937a), 49 и даље.

228 Овај израз (*vestigi minatio*), наводи Даубе, може да се пронађе у *lex Salica* 37 (*Ibid.*, 48 фн. 1).

229 *Ibid.*, 50.

Римско право ни за спровођење обичне, *обучене* претраге не предвиђа никакав рок. Може се претпоставити да је по природи ствари власник реаговао одмах, чим би утврдио да му нема ствари. Међутим, чини се да није било разлога да се власник ограничи у погледу рока. Нарочито, ако се има у виду да украдене ствари нису могле бити стечене одржајем. Једини случај код кога би било неопходно што пре спровести претрагу, био би случај када је украдена нека потрошна ствар. То што Закон XII таблица, по овом питању, не предвиђа никакав рок, наводи на закључак да су, у то време, предмет обе врсте претраге (па, и предмет фуртума) могле бити само непотрошне и индивидуално одређене, или индивидуализоване, покретне ствари.

Разматрајући ритуализовану претрагу, Волф каже да украдена ствар мора бити такве природе да може да буде пронађена током претреса куће, и тако узета, да може бити идентификована као имовина жртве крађе.²³⁰

За даљу упоредну анализу двеју претрага, потребно је вратити се примеру који Даубе узима из *Књије Посињања*.

„25. И стиже Лаван Јакова; а Јаков беше разапео шатор свој на гори, па и Лаван такођер разапео свој с браћом својом на гори Галаду.

26. И Лаван рече Јакову: шта учини те крадом побјеже од мене и одведе кћери моје као на мач отете....

29. Могао бих вам досадити; али Бог оца нашега ноћас ми рече говорећи: чувај се да не говориш с Јаковом ни лијепо ни ружно....

33. И уђе Лаван у шатор Јаковљев и у шатор Лијин и у шатор двију робиња, и не нађе их; и изашав из шатора Лијина уђе у шатор Рахиљин.

34. А Рахиља узео иде и сакри их под самар камиле своје и сједе озго; и Лаван пипаше по цијелом шатору, и не нађе.

35. А она рече оцу својему: немој се срдити, господару, што ти не могу устати, јер ми је што у жена бива. Тражив дакле не нађе идола својих....

230 J. G. Wolf (1970), 76 фн. 125.

37. Пипао си сав пртљаг мој, па шта си нашао из своје куће: дај овамо пред моју и своју браћу, нека расуде између нас двојице.²³¹

Даубе у овом примеру налази да су и Јаковљева и Лаванова браћа, поред функције сведока, имала и функцију судија, тј. да су били нека врста поротног суда.²³²

У случају римских претрага, сведоци немају овакву дуалну природу. Они су само сведоци. Друштво је, то се види из Закона XII таблица, унапред одредило не само казне за све случајеве фуртума, него и када се сматра да је фуртум доказан. Овом приликом је опет потребно подсетити на став да је некако природно да је и *naia* претрага захтевала присуство сведока, иако о томе наведени Гајев извештај ништа не говори. Ако је за *обучену* претагу било потребно присуство сведока, онда је мало вероватно да се оно није подразумевало и за ритуализовану претагу након које следи много тежа санкција. Нарочито ако се има у виду да ове две претраге, како се може протумачити из Гајевог извештаја, стоје једна поред друге у истом закону.

Када је већ реч о односу две претраге, чини се корисним напоменути како Де Вишер сматра да Закон XII таблица уопште није предвиђао две врсте претрага, већ само *quaestio lance et licio*. Истовремено постојање две врсте претрага би, по њему, било у несагласности са економијом примитивног права (*désaccord avec l'économie du droit primitif*).²³³ Он каже да пажљива анализа извора показује да није било овог дуалитета претрага, већ њихове сукцесије, прецизније укинута је прва, старија форма претраге.²³⁴ То је, наравно, учињено Ебуцијевим законом.²³⁵ Он каже да је *actio furti concepti*, као преторска креација, означила умекшавање примитивног правног режима. Две санкције указују на различите моменте у еволуцији претрага, а не да су претраге настале истовремено, каже Де Вишер.²³⁶

231 Овде је коришћен већ наведени Даничићев превод *Сшапоі завейша*. Даубе ове делове *Сшапоі завейша* наводи у D. Daube (1937a), 49.

232 Даубе каже: „It is for legal as well as for practical purposes that Laban summons his kinsmen. They have to act as witnesses to the proceedings, they have, together with Jacob's relations, to give judgement if the images are found – ‘set it here before my brethren and thy brethren’ – and last but not least they may, if need be, enforce Laban's demands“, *Ibid.*, 50.

233 Fernand de Visscher (1925), 251.

234 *Ibid.*, 251–252.

235 *Ibid.*, 252. Упор. фн 189.

236 *Ibid.*, 251.

Може да се закључи да је и по овом аутору она старија, ритуална претрага била опремљена и сведоцима.

С друге стране, треба подсетити да Гај каже да је за спречавање претраге уопште тек претор предвидео казну у износу четвороструке вредности ствари.²³⁷ По истом правнику, Закон XII таблица је прописивао посебну (троструку) казну и за случај да су украдене ствари *concepti et oblati*. То решење је преузео претор.²³⁸ Али, тачно је и да се ова санкција може применити само ако осумњичени дозволи неритуално претраживање свога дома, и ако се том приликом пронађе украдена ствар, или ако се утврди да је она подметнута (*oblatum*)²³⁹ ономе у чијем је домаћинству пронађена.²⁴⁰

Шта се дешава ако се не дозволи ово неритуално претраживање? О томе у Закону XII таблица, судећи по поузданом Гају, нема ни речи. То само може да указује да је ритуална претрага следила уколико осумњичени забрани неритуалну. Гај наводи да је ово питање формално решено тек преторовим едиктом којим је у правни поредак уведена *actio furti prihibiti*.

237 G. 3. 192.

238 G. 3. 191. Обрад Станојевић на следећи наћин преводи ову Гајеву одредбу: „За налаз и подметање украдене ствари казна је према Закону XII таблица била трострука, а исту казну и претор употребљава“, О Stanojević, 233.

Међутим, што се другог дела реченице (након зареза) тиче, код Гаја стоји *eaque similiter a praetore servatur*. Ово би могло да се преведе као: *једнако слично њредвиђа њрећор*. Нигде се не каже да претор предвиђа само исту казну. Ова напомена је врло битна, јер може да указује да је заправо, претор преузео, не само исту казну, него и исте облике фуртума. Пошто овај параграф следи након излагања о неманифестном фуртуму, а пре излагања о забрани претраге уопште (и пре излагања о ритуализованој претрази), рекло би се да се ради о фуртуму који је откривен након неритуализоване претраге. Реч је о томе да је за крађу крив, или власник домаћинства у коме је ствар пронађена, или онај ко је ствар подметнуо. Пошто нема смртне санкције, онда је и ово случај неманифестног фуртума.

239 Обрад Станојевић *oblatum* преводи као „подметање“, О Stanojević, 231 и 233.

240 Занимљиво је овом приликом навести једно становиште: „*Actio furti concepti* bila je usmjerena protiv vlasnika kuće u kojoj bi se putem formalističke i ritualne pretrage (*quaestio lance et licio*) – provodio bi je okradeni, gol odnosno opasan samo pregačom, држећи у рукама здјелицу – пронашла украдена ствар. Ипак, уважавући досад откривене аспекте значења древне претраге, чињеница да је ствар пронађена у нечијој кући не мора значити да је власник те куће ствар доиста украо. А – управо тај недостатак – опасност да за крађу одговара чак и особа која то доиста није поћинила – исправљен је с *actio furti oblati*, тузбom намијенјеном власнику куће против онoга који му је украдену ствар свјесно подметнуо“, Ivana Jaramaz Reskušić, Mario Krka, „*Furtum* u rimskom privatnom pravu: pojam i pravna zaštita“, *Pravnik* 84/2007, 147–148.

Међутим, по Гају, ритуализованом претрагом се доказује манифестни фуртум. Закон дванаест таблица у том случају предвиђа капиталну санкцију. Ово значи да *concepti et oblati* случајеви могу бити уврћени тек и само након спроведене неритуализоване претраге, Упор. фн. 237.

Тачно је да је санкција која се има применити након ритуализоване претраге, различита од санкције која следи након неритуализоване претраге. На овоме инсистира Де Вишер када жели да докаже како ове претраге нису могле да постоје једна поред друге у Закону XII таблица. Међутим, он тиме не може да избегне примедбу да су, судећи по Гају, обе претраге стајале једна поред друге управо у том закону.²⁴¹

Једне ствари, која постоји код римске архаичне претраге, очигледно нема код претраге о којој сазнајемо из *Библије*. Тако је, како је то већ напоменуто, римски претраживач морао бити го, и том приликом је требало да у једној руци носи некакву дрвену чинију.

Интересантно је да Цимемрман сматра да је претраживач морао обема рукама држати чинију.²⁴² Такав став се, већ је речено, чини неоснованим. Уколико је држао чинију обема рукама, како је могао успешно да изврши претрагу?

Из наведеног примера (из *Библије*) се може видети да је претрага просторија (шатора) у којима се живело, код семитских народа, обухватала и претрагу свог крупног, значајнијег инвентара који припада домаћинству.²⁴³ Таква је, у овом случају, камила као превозно средство. Семитски народи у *Синајској завети* живе као номади у пустињи, па су њихова домаћинства „покретна“.

Аналогно томе, римска домаћинства у периоду доношења Закон XII таблица и дуго после тога, као углавном земљорадничка, поред куће подразумевају и помоћне зграде, па и вредније ствари које служе за обраду земље. Треба се само присетити

241 Вид. потпоглавље „5. 1. Извори о фуртуму и претрагама“.

Изгледа да се приликом навођења Де Вишерових ставова са њим слажио и Букланд. Реч је о томе да је неформална претрага уведена након Закона дванаест таблица; да је овај закон познавао само формалну претрагу и да је санкција на коју је она давала право четворострука само ако је крађа доказана (*only if theft was proved*), иначе је трострука, W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law, from Augustus to Justinian – third Edition revised by Peter Stein*, Cambridge 2007, 581 фн. 14.

Ово је потпуно супротно изворном материјалу. Гај говори да се, након што је ствар пронађена захваљујући ритуализованој претрази, има поступити као са још једним случајем манифестног фуртума. Тек је претор увео казну у висини четвороструке вредности ствари.

По Букланду и Де Вишеру испада да је у Риму кажњавано и онда када се сматрало да крађа није била доказана. Такво нешто је, ипак, мало вероватно.

242 R. Zimmermann, 939.

243 Види се да ова Лаванова претрага нема *ришуални* карактер као што је то случај са римском претрагом. Тачније, она није обавијена неким посебним формалностима. Једино се захтевало присуство сведока.

опширности и карактера категорије *res mancipi*. Рационално је претпоставити да је и римска претрага (било ритуална, било неритуална) подразумевала претрагу и помоћних зграда и свих *res mancipi* које припадају осумњиченом патерфамилијасу.

5.2.5.1. Клетва и претрага

За Даубеа је, са правне тачке гледишта, најзанимљивији улазак Лавана у Јаковљев шатор, након што је Лаван оптужио Јакова за крађу.²⁴⁴

32. А богове своје у кога нађеш, онај нека не живи више; пред нашом браћом тражи што је твоје у мене, па узми....²⁴⁵

Даубе сматра да ово не значи само да ће Јаков предати особу код које су ствари пронађене, већ и да Јаковљеве речи „онај нека не живи више“ треба схватити као заклетву која успоставља клетву, проклињање.²⁴⁶ Уколико је лопов откривен, на Лавану је да му одузме живот, сматра Даубе (*not to let him live*). Он каже да је оно што је Јаков изговорио заклетва (*oath*) у којој је садржана казна.²⁴⁷

„Онај нека не живи више“ не може бити ништа друго него клетва, а не заклетва. Смртна казна за случај неовлашћеног одношења туђе ствари је, рекло би се, већ предвиђена обавезним нормама заједнице. Не може појединац на своју руку да успостави смртну казну.

Ово је случај, да се употреби модерна терминологија, са међународним елементом. Треба се присетити да Лаван ни религијски, ни етнички не припада Јаковљевој заједници. Зато се чини да смртну казну не би било могуће, без већих проблема, спровести да којим случајем није призвана клетвом. Да је било могуће, клетва не би ни била потребна. Може да се претпостави да је клетва била неопходна и унутар

244 D. Daube (1937a), 50.

245 Даубе сматра да, што се тиче Јаковљевог одговора, енглески превод није потпуно тачан. По њему, превод не треба да гласи: „let him not live (with whomsoever. Thou findest thy gods) but: „he shall not live““. С обзиром на ову Даубеову примедбу, Даничићевом преводу (који је овде коришћен) није потребна никаква исправка.

246 D. Daube (1937a), 50 ...*he takes an oath: the words „he shall not live“ constitute a curse...*, *Ibid.* Даубе сматра да нема везе што овде нема изричитог призивања натприродних сила, *Ibid.*, фн. 4.

247 ... *it is an oath in wich the punishment is implied*, *Ibid.*

исте религијске и етничке заједнице. Да није клетве, било би рата међу родовима. Религија, по природи ствари, настоји да ограничи, или спречи крвну освету. Клетва у себи садржи позивање на несумњиви ауторитет и љутњу због дрскости онога који се уопште усудио да крши његова правила. Та љутња је оно што клетви даје карактеристичан емотивни набој. Клетва истовремено садржи и потврђивање, од стране оног ко је изриче, своје верности врховном ауторитету и његовим нормама. Она, преко непремостивог дистанцирања од преступника, ма ко он био, индивидуализује кривицу и одговорност. Управо због свих тих особина клетва може прекинути сваку даљу расправу. Ко је изговори одриче се права жалбе, јер је призвао највиши ауторитет.²⁴⁸

248 Некако се чини да многе одредбе Закона XII таблица почињу као клетва, па тако и она која говори о смртној казни за онога ко ноћу почини фуртум.

Tab. VIII 12: *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*, Наведено према С. G. Bruns, 31.

Адамс (*Adams*), пак, наводи да је изворно значење речи *caedo* (према чувеном Етимолошком речнику латинског језика, аутора Ерноа и Меје) било „сећи“ (*cut*). Ова реч је, каже Адамс, већ у најранијем сачуваном латинском добила значење „убијање“, J. N. Adams, „Two Latin Words for ‘Kill’“, *Glotta* 3/4/1973, 290. Он сматра да многи речници износе утисак да је овај смисао речи неспутано био у употреби у свим периодима, *Ibid.*, 290–291. Међутим, као општи термин за „убијање“ замењен је већ у раном латинском својом сложеницом *occido*, каже Адамс. У језику права, наставља он, од раног латинског, па надаље *caedo* се увек налазило у једној фрази – *iure caesus*, а она је означавала правом дозвољено убиство, *Ibid.*, 291. Адамс каже и да је овај термин од времена Цицерона често бивао замењен термином *occido* које је долазило након речи *iure*. По Адамсу, ово је модернизација која указује да *caedo* више није било природно за римско уво, *Ibid.* 292.

Исти аутор се касније враћа одредби у Tab. VIII 12 и каже да је термин који се овде јавља – *occido*, термин чије је значење у супротности са, вероватно каже Адамс, три примера термина *neco*, J. N. Adams, „The Uses of *neco* I“, *Glotta* 3/4/ 1990, 254. Он каже да се *neco* са значењем „извршити (погубити)“ (*execute*) готово сигурно појављује у Закону XII таблица, *Ibid.*, 232. Наводи да је ова реч коришћена да означи различите врсте погубљења, *Ibid.* Тако је у Закону XII таблица њоме указивано на погубљење разапињањем особе које је украла, *fruges*, *Ibid.* Затим означава погубљење ватром онога ко је запалио туђу кућу. Додуше овде Адамс претпоставља да је ова егzekуција описана речју *neco*, *Ibid.*, 234. Затим, њоме је, каже Адамс извршавана егzekуција над женом ухваћеном у прељуби са својим љубавником, *Ibid.* Затим, наставља он, код Плаута се може наћи овај термин са значењем погубљења које се врши у вези праксе одбацивања нежељене новорођенчади, јер технички, каже он, само деформисана деца могу бити одбачена, *Ibid.*, 235. Адамс даје још ових примера, *Ibid.*, 238 и даље.

Адамс каже и да је семантичко својство које деле *neco* са значењем *hoубийи* и *neco* са значењем *убийство*, била идеја предумишљаја. По овој идеји се, по њему, разликују речи *occido* и *neco*. Код прве нема предумишљаја, па није битан ни индентитет кажњеног лопова, каже Адамс. Он наводи како је у најранијим временима казна за убиство извршавана као акт освете рођака жртве. Приватно убиство (*privat killing*) је кажњавано другим приватним убиством. Он каже и да пре писаних закона и директне државне контроле није било потребе да се лексички разликују ова два акта убијања, *Ibid.*, 254.

Да ли ово значи и да се код манифестног фуртума није утврђивало да ли је лопов деловао са предумишљајем? Да ли то онда значи да за дефиницију манифестног фуртума није битна зла намера. Не, пре ће бити да је зла намера била очигледна, јер ко ће поверовати да је неко, тек тако, ненамерно, ноћу упао у туђи дом. Реч је о манифестној (несумњивој) кривици.

Даубе сматра да је ова, како каже, заклетва (*oath*) у ова времена (он их назива *primitive times*) била поуздано и једино средство сазнавања истине, као у случају у тајности почињеног кривичног дела као што је *furtum*.²⁴⁹ Међутим, не би се могло рећи да је клетва (дакле, не заклетва) увек израз немоћи. Зар претрага, коју Лаван спроводи, није довољно рационално и моћно средство за проналажење украдене ствари и лопова? Јаков је потпуно искрено наступио према Лавану. Јаков је свестан своје моралне чистоте у овом случају. Он изговара клетву, јер то налажу апсолутни морални разлози. Може се рећи да је он сигуран и у моралну чистоту својих укућана. Клетва је овде израз моралне надмоћи. Јаков зато и набраја Лавану велике резултате свог вредног рада, који Лаван није знао да цени.

Даубе указује да заклетва (*oath*), у случају *vestigi minatio*, у случају непосредног гоњења осумњиченог, није предузимана у свим системима, па тако није предузимана ни у римском праву.²⁵⁰ У римском праву је претрага туђе куће била дозвољена и сматрана је довољном.²⁵¹ Уколико је у јеврејском и грчком праву, поред те претраге била предвиђена и заклетва, она је, по Даубеу, могла представљати заштиту против поступања са гоњеном особом као са *fur manifestus*, пре него што је та особа добила шансу да се брани.²⁵²

Међутим, чини се да у наведеном спору између Јакова и Лавана, претрага не наступа због заклетве. Она уобичајено наступа након јавно изражене сумње да се украдена ствар налази у нечијем дому. Лавана је на претрагу морало натерати и то што ни Јаков није био сам, него је, такође, око себе имао рођаке. Колектив доводи до индивидуализације кривице и одговорности. Јаковљеве речи представљају клетву. Онај ко је изговара, придружује се санкцији, придружује се гоњењу починиоца. Онај ко изговара заклетву,²⁵³ уствари износи одбрану. Значи, пошто је реч о клетви која је

249 D. Daube (1937a), 50–51.

250 *Ibid.*, 51.

251 *Ibid.*

252 *Ibid.*

253 Овом приликом је интересантно навести Гудијеву (*Goudy*) напомену како Есмаин (*Esmein*) подржава Лајстову (*Leist*) теорију која се тиче чиније (*lanx*) и како сматра да је власник куће морао да изговори заклетву (*oath*) да се украдена ствар не скрива у кући., James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, revised and edited by Henry Goudy, third edition revised and edited by Alexander Grant, New Jersey 2009, 415, фн. 2.

увек на страни санкције њоме није могао да се покрене поступак, па из тог разлога она није могла представљати било какву заштиту за гоњеног.

Када је реч о присуству колектива у улози сведока приликом претраге, онда се занимљивим чини једно Волфово запажање. Он каже да је у времену Закона XII таблица још увек преодминатно рурално окружење са својом екстензивном пољопривредом, екстензивним друштвеним односима и отвореним насељима. У таквим условима доминира крађа говеда (*Weidediebstahl*), што доводи до гоњења – чији је типичан пример претрага куће. У обичној крађи говеда, наставља Волф, осумњичени је повезиван са местом где је извршено кривично дело. Жртва кривичног дела би сазвала своје суседе одмах пошто открије крађу. Они су као и сама жртва добро знали шта она има од стоке и могли су, уколико је ствар доспела до магистрата, да посведоче о праћењу и идентификовању повраћених говеда, подвлачи Волф. Њихово сведочење се, по њему, када је претрага куће била успешна, тицало тога да ли је реч о манифестном фуртуму.²⁵⁴ Жртва није одмах тражила претрагу куће, сматра Волф. Осумњичени је још увек имао довољно времена да се запита да ли се животиње налазе у његовом домаћинству. С друге стране, ценећи карактер осумњиченог, власник ће радије нецеремонијално тражити да му се преда украдена стока. Уколико осумњичени одриче да има украдену стоку, онда је једини начин да се ослободи сумње дозвољавање претраге своје куће, наравно уколико је претходно то жртва тражила, закључује Волф.²⁵⁵

Он наглашава да се друга страна није толико плашила да ће бити неправдо осумњичена од стране власника украдене ствари, колико је код ње био присутан страх да је оптужба за крађу, разбојништво, или насиље, испланирана. Волф сматра да је ова друга могућност вероватно искључена самим захтевом да претраживач буде го, *licio cinctus* и да буде опремљен са *lanx*. Он сматра да традиционална претпоставка да су децемвири ти који су за претраживање куће (*Haussuchung*) захтевали жртвени чин, као и упућивање, у том смислу, на *lanx* и *licium*, не може бити тачна.²⁵⁶

254 J. G. Wolf (1970), 76.

255 *Ibid.*

256 *Ibid.*

Будући да је *licium*, по Волфу, и у времену када је донет Закон XII таблица, био уобичајени сакрално-ритуални (*sakral-rituelle*) костим за главу (*Kopftracht*), он претпоставља да је претрага са *lanx* и *licium* и даље представљала ограничење насиља, а што је загарантовано и голоотињом.²⁵⁷

Акт жртвовања, који је повезан са *lanx* и *licium*,²⁵⁸ наставља Волф, враћа нас у време ван историјског памћења, и само је у тим условима разумљив. То је време када је помоћ сељака суседа, у хитним случајевима, сасвим очекивана и пожељна, јер нема државе да гарантује јавни ред и мир. Он каже да се политичка заједница може узети као увећана кућа у којој се исте активности обављају у многим приватним домовима. По овом начину размишљања, сматра Волф, стара римска верска заједница је преузела многе обреде сеоског дома. Међу њима су били и *clarigatio*, који је изворно скован за породично имање, каже Волф. Затим, институт *pater patratus* и институт *res repetere*, који је био формула за најсигурнији доказ. Уз помоћ *pater patratus* је креирана заједница, као што је *clarigatio* преузет од државног култа, као замена за недостатак природног патер фамилијаса, закључује Волф. *Res repetere* једино може да значи: повратити украдено (*entwendetes*) од Бога.²⁵⁹ Формални ред, наставља Волф, у време када се уобичајена повреда туђе имовине огледала у крађи и разбојничкој пљачки, је, такође, замислио ситуацију као да се крађа не може другачије представити него путем *lanx et licio*.²⁶⁰

Све у свему, може се створити донекле поуздана представа о изгледу процедуре ритуализоване претраге. У ту сврху је, чини се, најпоузданије поћи од Гајевог извештаја. По њему, не би се могло рећи да је *licium* био појас за главу, већ је то био појас око бедара. Такав став подржавају и аргументи који су изнети у претходним поглављима.

257 *Ibid.*

258 Крок, међутим, у свом приказу (иако се, рекло би се слаже са Волфовом тврдњом да је претрага *cum lanx et licio* почињала као жртва како би се умирила божанства због предстојећег неопходног ремећења светог мира римског домаћинства) лепо примећује да реч за вунени повез за главу у жртвеном контексту никад није била *licium*, а у законском контексту никад ништа као *licium*, John Crook, „Some Essays in Roman Law Symptotica Franz Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata“, *The Classical Review, New Series* 3/1971, 396.

259 J. G. Wolf (1970), 77.

260 *Ibid.*

Али, остаје питање речи које су се том приликом користиле, као и њиховог карактера. Зато је потребно вратити се питању заклетве, које разматра Даубе.

Заклетва коју је Јаков изговорио, по Даубеу, представља одбрану на више начина. Даубе сличну формулу налази на другим местима у *Књизи Посијања*.²⁶¹ Он то види као типичну илустрацију праксе која је владала у том периоду.²⁶² Јаков је, као глава породице, оптужен за преступ.²⁶³ Даубе сматра да је у овом случају одговорност главе породице врло умањена. Он сматра да заклетва, коју је Јаков изнео, представљала врсту *noxae deditio*, јер су путем ње предавани уништењу, не он и његово домаћинство, већ само особа која је крива за учињено кривично дело.²⁶⁴

Није јасно зашто овде Даубе говори о умањеној одговорности главе породице. Зар Јаковљево понашање не указује на његову моралну исправност и доследност? С друге стране, зар индивидуализација кривичне одговорности не представља исправније начело? Ни Јаков не може бити срећан уколико сазна да је неки његов укућанин починио крађу. Овде се, ипак, ради, о акценту на индивидуалној моралној и правној одговорности. Пред тим питањем влада страшна тишина. Клетва је потпуно примерена тој тишини. Ту лаж не може да пронађе пут.

Када је реч о заклетви, или клетви, онда се повод занимљивој дилеми о покушају разрешења овог спора може наћи у једној информацији коју Улпијан, као узгред, даје приликом говора о многим практичним проблемима који се тичу фуртума. Очигледно, била је реч о, у његово време, неспорној ствари. Тако, он каже: ако се неко закуне да није починио фуртум, па затим дође у додир са украденом ствари, не постоји више право на *actio furti*, па ће власник захтевати накнаду имовине.²⁶⁵ Шта се из овога може закључити, него да је, у Улпијаново време, заклетва оптуженог да није починио фуртум (истинита у време подношења) имала апсолутно ослобађајућу снагу, тако да против њега више није могла бити подигнута иста оптужба (*actio furti*),

261 D. Daube (1937a), 51.

262 *Ibid.*

263 *Ibid.*

264 *Ibid.*

265 D. 47. 2. 52. 27: *si quis iuraverit se furtum non fecisse deinde rem furtivam contrectat, furti quidem actio peremitur, rei tamen persecutio domino servatur.*

па чак иако би у међувремену дошао у додир са украденом ствари. Какву је тек снагу, у архаичном праву, заклетва могла да поседује! У сваком случају, неко ће претпостави да је она (уколико се узме да је била саставни део ритуализоване претраге) исто тако одбијала сваку нову могућност оптужбе истог лица поводом исте ствари – зато што није могло бити поново исте заклетве у истој ствари.

Сада би неко изнео предлог да се ритуална претрага не посматра као установа која је и својеврсна санкција и гарант да ће се спровести неритуална претрага. Сада може да буде да је управо неритуална претрага наступала уколико прва не да резултат у проналажењу украдене ствари (а, у међувремену, та иста ствар дође у руке онога чије су просторије биле предмет прве претраге). То је могло бити само ако неритуална претрага није поседовала заклетву као свој саставни део – јер, није могло бити поново исте заклетве у истој ствари. Неко би рекао да само такво објашњење може да да одговор на Гајеву дилему о томе због чега постоје две претраге, када ће онај ко је забранио ритуализовану лакше забранити неритуализовану. Ипак, када се даје један такав одговор неизбежно се намећу следећа питања:

Због чега онда различите санкције код ових претрага? Због чега блажа санкција након неритуализоване претраге када је поступак починиоца сада много више за осуду (јер је обележен нарочитом подлошћу)? Због чега и ова претрага не доводи до поништења временског јаза између почињеног и доказаног деликта и до успостављања манифестног фуртума?

Пошто на ова питања горе понуђено објашњење не може да да одговор, онда се мора остати на становишту да су ове две претраге стајале у Закону XII таблица, једна поред друге. Поред тога, једино је извесност наступања ритуализоване претраге (која са собом носи и страшнију санкцију) могла да буде гарант да ће оптужени дозволити неритуализовану (све до настанка *actio furti prohibiti*).

С друге стране, у изворима нема никаквих информација које би указивале да једно исто домаћинство није могло бити више пута подвргнуто ритуализованој претрази поводом исте ствари. Штавише, логика која прати ову врсту претраге (логика поништавања помињаног временског јаза) потпуно оправдава да се она користи

било када, па и више пута поводом исте ствари. Поменутих информација нема ни када је у питању неритуализована претрага.

Чини се оправданијим да се сматра да је управо клетва, а не заклетва могла бити саставни део ритуализоване претраге – јер, уколико је у Улпијаново време заклетва онемогућавала сваку нову тужбу за фуртум, онда је тек у времену Закона XII таблица то морао бити случај. Клетва је усмерена на осуду стварног фура и, као таква, придружује се гониоцу. Не само то, него је усмерена и на индивидуализацију одговорности. Преко индивидуализације наступа релативизација одговорности. Зато клетва омогућава поновно покретање истог поступка поводом исте ствари.

Гајева дилема остаје као дилема његовог доба које више, не само што не може да разуме архаичне појаве, него се и не труди да их схвати.

Ту је, ипак, реч о различитим природама различитих врста фуртума. Један је манифестан, други неманифестан. Апсолутност се не може укинути правним актима. Не може се манифестни фурум укинути неманифестном крађом. Тако, уколико је сматрано да код манифестног фуртума више не треба примењивати смртну санкцију, онда би било бесмислено да уопште постоји ритуализована претрага. Њена санкција је апсолутна, па се не може рећи како је опстала у Закону XII таблица из пуких традиционалних разлога. Не може се рећи ни да је неритуализовану претрагу увела друштвена елита како би служила као опција за оне који смртну казну сматрају сувише суровом (и како би поспешила изобичајавање ритуализоване). Једини могући одговор је да се појавила нова врста фуртума, која се није сматрала сакралним преступом. Вероватно је реч о фуртуму који није извршен у туђем дому. Неритуализована претрага би онда служила детектовању мање опасног фуртума и мање опасног лопова, а ритуализованој је остајала стара намена. Може се рећи да без неритуализоване претраге, у суштини, није могло бити неманифестног фуртума. Њу је, као и неманифестни фуртум уопште, увео Закон XII таблица. Неритуализована претрага је она појава која је заправо почела да укида саму помисао да временски јаз између почињеног и доказаног деликта може бити поништен. Зато, без ње и не може бити правог неманифестног фуртума.

Но, треба се вратити Даубеовој анализи Лаванове претраге Јаковљевог шатора. Тако, Даубе истиче да, у овом случају, крива особа уопште није погођена клетвом.²⁶⁶

Поставља се питање: зар је Јаков одговоран за то? Наравно да није. За то није одговорна ни сама процедура претраге, већ искључиво Лаван.

Ко би прихватио горе изнету могућност да неритуална претрага (претрага без заклетве) има улогу средства, које омогућава да се поново испитају просторије које су биле предмет ритуалне претраге (претраге са заклетвом) – вероватно би неритуалну претрагу видео као шансу да Лаван дође до својих ствари. Није познато како је било међу старозаветним народима, али се уз помоћ, горе наведеног, Улпијановог извештаја једино може извући закључак да је власник морао да се окрене потпуно другим опцијама уколико ритуална претрага није дала резултате. Њена пресуда је била коначна. С тим што треба напоменути да у архаично време, када је она и креирана, највероватније није могло бити речи о заклетви као саставном делу њеног спровођења, него о клетви.

Даубе пак није одушевљен моралним квалитетима Јакова. Он указује на Јаковљево поступање када је његов отац Исак желео да благослови његовог брата Исава. Даубе сматра да је упадљива особина Јакововљевих прича злоупотреба стриктно обавезујућих законских речи и поступака.²⁶⁷ Из Даубеовог набрајања тих случајева се може закључити да је снага изговорених речи толика да је ни заблуда изазвана преваром не може умањити. Он сматра да Јаков има на уму само личну корист. Зато, по Даубеу, он и не поступа искрено када изговара заклетву.²⁶⁸

Даубе, у овом случају, занемарује врло битну чињеницу. Јаков уопште није знао за крађу.²⁶⁹ С друге стране, казну за крађу је избегла Лаванова ћерка Рахиља, ослонивши се на поверење свога оца. Овде је, ипак, реч о Рахиљиној превари.

266 D. Daube (1937a), 51.

267 *Ibid.*

268 Даубе наводи да се не може закључити да је постојао недостатак „либерарних концепција“ у „свету права“ („On the contrary, the very fact that they are noted and handed down, laughed at and complained of, proves that the problems arising out of an absolute strictness of law were well understood“), *Ibid.*, 52.

269 Он то и напомиње, али у даљој анализи: „According to the biblical account Jacob did not know that Rachel had stolen the gods...in swearing an evasive oath, he is the innocent instrument of his wife; it is she alone who, taking advantage of the wording...“, *Ibid.*, 53. Даубе сматра да се, уопште, из Јаковљевог целокупног понашања у одбрани од Лаванове оптужбе, може закључити да поред библијске приче постоји друга. У њој је, каже Даубе, отац фамилијас свесно, од одговорне особе одагнао ризик

Која то правна правила није могуће избећи и данас? То не умањује чињеницу да је Лаван извршио претрагу, али да она није била темељно спроведена. Са тиме нема никакве везе окоштала снага изговорених речи.

Када је у питању ритуална претрага римског права, мора се признати, да је она, с једне стране омогућавала проналажење украдене ствари. С друге стране, потпуно је онемогућавала злоупотребу од стране претраживача. Уколико путем претраге не буде пронађена украдена ствар то само може значити или да претрага није темељно спроведена, или да се украдена ствар не налази у просторијама које су биле предмет претраге. За разлику од ње, чини се да римска неритуална претрага, и поред присуства сведока, није могла пружити потпуне гаранције да претраживач неће потурити доказе.

Лаван би можда злоупотребио своју позицију претраживача да се није уплашио Божјег упозорења.

Дакле, најјачи гарант да приликом извршења неритуалне претраге неће доћи до злоупотреба била је морална одговорност.

Даубе, приликом разматрања питања да ли је полагање заклетве приликом претраге туђих просторија представљало обавезу, своју анализу усмерава на пример Тремелија Скрофе (*Tremellius Scropha*).²⁷⁰ По Даубеу, овај пример је упадљиво сличан Јаковљевом. Ипак, није немогуће, сматра он, да је ово аутентична римска прича.²⁷¹ Постоје неке упадљиве разлике између две приче, сматра Даубе. Док је у *Библији*, Рахиља та која је починила кривично дело, римска матрона није учествовала у њему.²⁷² Уместо рођака као сведока у *Библији*, римска прича уводи *custodes* који помажу у претрази.²⁷³ Коначно у римској причи нема табуа жене у менструацији, који је спречио Лавана да се приближи Рахиљи, каже Даубе.²⁷⁴

Међутим, не изгледа да се овде ради о табуу жене у менструацији, већ о повећењу које је Лаван имао према својој ћерки и њеним речима. Зашто Лаван није могао

клетве. У том случају *Библија* је побољшала морални стандард приче, каже Даубе, *Ibid.* Међутим, овој Даубеовој примедби о некој другој причи, на основу свега што је речено, нема места.

270 *Ibid.*, 54.

271 Даубе убрзо износи мишљење да није вероватно да је ова шала настала независно на различитим меридијанима, *Ibid.* Он сматра да ова прича носи трагове поменуте *Библијске* приче, *Ibid.*, 57.

272 *Ibid.*, 54.

273 *Ibid.*

274 *Ibid.*

да замоли своју ћерку да се помери како би извршио претрагу? Зар то не би било рационално? Зар такво што не би било у складу и са Даубеовим виђењем улоге, коју су рационални разлози имали у формирању процедура претраге на свим меридијанима?

Даубе указује да у римском праву, у случају *quaestio* не постоји *iuramentum*. Он истиче како је Ивлен заузео другачији став. Ивлен као доказ наводи Плаута и Вергилијеву Енеиду. Међутим, Даубе сматра да је Плаут вероватно само следио образац грчке комедије, и штавише, овде нема помена правно прописане заклетве, нити има претраге, уопште.²⁷⁵

Даубе каже, да чак и да се претпостави да су римски друштвени услови истоветни старогрчким, нема доказа који би указивали да је оптужени морао предузети заклетву пре него што је започела претрага његове куће.²⁷⁶

Некако изгледа да Даубе сав значај ове процедуре своди на заклетву. Заклетва је морално питање, а овде треба имати у фокусу, пре свега, правна питања. Клетва, с друге стране, води индивидуализовању кривице. Зато она, иако то, на први поглед, може да звучи чудно, иде на руку процесу секуларизације.

Заклетвом се, поред осталог, апелује на туђе поверење. Њоме се онај који се заклинје, жели представити у најбољем светлу. Клетвом се, већ је речено, онај који је изговара сврстава на страну санкције. Може се претпоставити да је клетва била саставни део римског ритуала – игре, званог *lance et licium*. Како је та процедура све више постајала „игра“, а све мање била „ритуал“, тако је вероватно и клетва све мање могла да чини обавезни део процедуре.

5.2.5.2. Клетва, претходна сагласност на казну и индивидуална одговорност

У сврху анализе овог питања треба почети од библијске приче о сусрету Јосифа и његове браће. Браћа нису знала како је египатски магистрат заправо Јосиф.²⁷⁷

²⁷⁵ *Ibid.*, 55.

²⁷⁶ *Ibid.*, 57.

²⁷⁷ Овај пример је Даубеу послужио да извуче неке закључке, о којима ће бити речи, *Ibid.*, 61. и даље.

„44. И заповједи Јосиф човјеку што управљаше кућом његовом говорећи: наспи овијем људима у вреће жита колико могу понијети, и сваком у врећу метни озго новце његове.

2. И чашу моју, чашу сребрну, метни најмлађему у врећу озго и новце за његово жито. И учини како му Јосиф рече.

3. А ујутру кад свану, отпустише људе с магарцима њиховијем.

4. А кад изађоше из мјеста и још не бијашу далеко, рече Јосиф човјеку што управљаше кућом његовом: устани, иди брже за онијем људима, и кад их стигнеш реци им: зашто враћате зло за добро:

5. Није ли то чаша из које пије мој господар? и неће ли по њој зацјело познати какви сте? зло сте радили што сте то учинили.

6. И он их стиже и рече им тако.

7. А они му рекоше: зашто говориш, господару, такве ријечи? Сачувај Боже да слуге твоје учине такво што!

8. Ено смо ти донијели натраг из земље Хананске новце које нађосмо озго у врећама својим, па како бисмо украли из куће господара твојега сребро или злато?

9. У којег се између слуга твојих нађе, онај нека погине, и сврх тога ми ћемо бити робови господару мојему.

10. А он рече: нека буде како рекосте; али у кога се нађе, онај да ми буде роб, а ви остали нећете бити криви.

11. И брже поскидаше сви на земљу вреће своје, и раздрјешише сваки своју врећу.

12. А он стаде тражити почев од најстаријег, и кад дође на најмлађега, нађе се чаша у врећи Венијаминовој.

13. Тада раздријеше хаљине своје, и натоваривши сваки свој товар на своје магарца вратише се у град.

14. И дође Јуда с браћом својом Јосифу у кућу, док он још бијаше код куће, и падоше пред њим на земљу.

15. А Јосиф им рече: шта сте то учинили? зар нијесте знали да човјек као што сам ја може зацјело дознати?

16. Тада рече Јуда: шта да ти речемо, господару? шта да говоримо? како ли да се правдамо? Бог је открио злочинство твојих слуга. Ево, ми смо сви робови твоји, господару, и ми и овај у кога се нашла чаша.

17. А Јосиф рече: Боже сачувај! нећу ја то; у кога се нашла чаша он нека ми буде роб, а ви идите с миром оцу својему....²⁷⁸

Срећан крај овог догађаја је свима добро познат. Јосиф је прекинуо са својим прерушавањем, опраштајући својој браћи то што су га продали, и предложио им је да остану са њим у Египту. Наравно, понудио је да са њима остане и њихов отац Јаков.

Даубе каже да је тешко анализирати ову причу са правне тачке гледишта. По њему, вероватно су многе њене особине мање производ општег правила, а више особитих услова. Тако претрага без сведока може бити последица чињенице да тужилац (*claimant*) није неки приватни грађанин, већ моћни магистрат једне државе. Проскинеза од стране браће, сваки пут када би се појавили пред Јосифа, довољно добро илуструје његову позицију. Ово, по Даубеу, није једини неуобичајени део ове приче.²⁷⁹

Поред ових Даубеових аргумената, не сме се заборавити ни да древни Израелци у египатском царству нису имали нарочито повољан положај. Поред тога, овде се, као и у случај Лавана против Јакова, ради о спору са иностраним елементом.

Као и у случају Лавана против Јакова, каже Даубе, Јосифов изасланик започиње са оптуживањем браће за крађу. Док је Рахиља украла очеве идоле, овде се ради о светом пехару.²⁸⁰ Очигледно су, сматра Даубе, ствари ове врсте биле омиљени објекат крађе, а њихова крађа је сматрана веома тешким прекршајем.²⁸¹ У свом одговору, браћа су тврдила да нису крива и, истиче Даубе, за лопова су тражила смртну казну, а за остале казну ропства.²⁸²

Што се тиче горе наведене реченице из *Књиге Посијања* 44. 9 (*У којој се између слуга твојих нађе, онај нека њојине, и сврх твоја ми ћемо бити робови господару мојему*), некако се намеће сличност са речима које правник Гај износи након свог описа наге

278 Прва књига Мојсијева 44. глава.

279 D. Daube (1937a), 62.

280 *Ibid.*

281 Упор. фн. 191.

282 D. Daube (1937a), 62.

претраге: ... *qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.*²⁸³ Можда би се, наравно, уз ослањање на Гаја, могло претпоставити да је одредба о нагој претрази изгледала овако: *Si quis nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens, qui si quod invenerit, furtum manifestum esse.*²⁸⁴ Дакле, нека буде манифестни фуртум, или је можда стајало нека буде манифестни фур – као што се у причи о Јосифу и његовој браћи инсистира на указивању на починиоца и на његову одговорност: *онај нека ѿоине*. Могло је бити да је у закон унето оно што је оптужена страна уобичајено изјављивала. Некако се чини логичним да тако настају норме првих законика: или просто записују постојеће усмене формуле, или по угледу на њих стварају нове. Пошто је овде несумњиво реч о врло старој процедури, онда је закон вероватно прибегао првом поступку.

Даубе сада подсећа да Јаковљева заклетва садржи проклињање: 32. А богове своје у кога нађеш, онај нека не живи више; пред нашом браћом тражи што је твоје у мене, па узми.... У случају Јосифа и његове браће, реч је о много рационалнијој процедури, каже Даубе. Браћа нису себе предавала божјој освети, већ Јосифовој освети.²⁸⁵ Уместо призивања Бога, они су дали претходну сагласност на казну уколико се утврди да су криви.²⁸⁶

Како да се предају Божјој освети када је у питању безбожнички Египат? Овде се ради о различитим културама. Ово је случај оптужбе за крађу са иностраним елементом. Што се римске претраге тиче, она настаје у окриљу римске културе. Ту је смртна казна израз блискости живих и мртвих чланова заједнице, па је вероватно да је и клетва подразумевана.

Даубе сматра да је претходна сагласност оптужених на казну била важан, мада занемарен, део процедуре у многим раним системима. Упоредјујући Јаковљеву тврдњу са тврдњом браће, Даубе закључује да је претходна сагласност имала извор у самопроклињању (*self-damnation*).²⁸⁷

283 G. 3. 192.

284 На тај начин је и понуђена реконструкција одредбе у *Tab. VIII 15 a*), у поглављу 5. 5. 2. 5. *Како се дошло до неманифестној фуртума.*

285 D. Daube (1937a), 62.

286 *Ibid.*

287 *Ibid.*, 63.

Код римских претрага су присутни сведоци. С друге стране, постоје јасне законске санкције. Због тога се претходна сагласност, на први поглед, чини излишном. Клетва јесте, као што је већ речено, пристајање уз гониоца. Зато она не представља претходну сагласност. Онај ко је изговара – не сматра себе кривим. Клетва је призивање примене древних виших норми у условима непостојања писаних норми. Клетва је, у ствари, она архаична усмена формула коју је закон само записао. Мање је вероватно да ју је било код *обучене* претраге, јер код ње не постоји она формула *нека буде манифестни фуртум*.

Будући да осуда зависи од људи, прецизни предлози су могући и целисходни, каже Даубе. Тако он наводи да лопов, по браћи, треба да буде кажњен смртном казном, а сви остали треба да буду претворени у робове. Јосифов изасланик је, наставља Даубе, модификовао ову шему на два начина. Није желео да лопов буде убијен, већ само претворен у роба; остали ће бити ослобођени било какве одговорности. Сам Јосиф је одлучио на сличан начин, одбијајући да оптужи било кога сем Бењамина.²⁸⁸

Нема одговорности свих, али се не види и да, иначе, није постојала пракса да се сви за које се претпоставља да су саучесници у крађи, оптуже и осуде. Вероватно је тадашње право познавало неке форме саучесништва. О томе говоре различите санкције о којима говоре браћа. Једна санкција за лице код кога је пронађена ствар, а друга за осталу браћу. Јасно је да истражни орган може потпуно слободно проценити да ли је уопште било саучесништва или није. Сигурно да нису неминовно, аутоматски, без икаквих доказа и слободне процене надлежног магистрата, сви за које постоји сумња да су саучесници и третирани као такви. У Египту је доста тога, или, пре се може рећи, све, било препуштено вољи надлежног магистрата, па су и могућности његове злоупотребе велике.

С друге стране, код обе римске претраге нема никаквих назнака постојања института саучесништва, или нечега што би макар личило на саучесништво. Манифестни фуртум и нага претрага настају са зачетком процеса индивидуализације

288 *Ibid.*

кривице (и поспешују га), али је опет реч о штети коју је претрпео један породични дом од другог. Пре тога је постојала кривица ширег колектива. Због свега тога је фуртум неспојив са питањем саучесништва. Услови за његово отварање се стичу тек са појавом неманифестне крађе. То што ни неритуална претрага не предвиђа саучесништво, само може бити почетни данак инерцији.

Даубе каже да су антички народи имали већи афинитет према смртној казни, него према другим санкцијама. Он је, каже, нарочито присутан тамо где је у питању крађа. Било да је овај деликт сматран деликтом приватног права (уперен против имовине, за разлику од оних уперених против личности), било да је санкционисан претварањем лопова у роба и на тај начин добијањем неке накнаде, увек ће антички народи радије желети да убију лопова.²⁸⁹

Метод претраге никако не треба ригидно схватити. Очито је из Јосифовог понашања да је магистрат имао огромна дискрециона овлашћења. У римском праву улога државних службеника није била улога тог типа (бар не у периоду који је предмет анализе). Чини се да ни судија није имао таквих дискреционих овлашћења. Али, то не мора да значи да је поступак патио од законских ригидности и несавршености. Такав поступак је био потпуно примерен времену и друштвеним условима. Претрага *lance et licium* је, по својој функцији, била рационални доказни поступак. Она је омогућавала проналажење ствари и преко тога и идентификовање и хватање лопова. Пружала је и солидну заштиту од могуће злоупотребе од стране претраживача. Заштиту од злоупотреба је предвиђала и обавеза (на страни жртве) дозивања суседа приликом ноћног фуртума, али и приликом дневног фуртума који је извршаван уз помоћ оружја. Сви ови поступци указују да је функција римских претрага да се преко ствари пронађе починилац и да се тиме индивидуализује одговорност, насупрот претходно постојећој колективној одговорности. Само једна ужа искључива одговорност је могла сузбити другу ширу искључиву одговорност. С друге стране, што је ужа то је искључивија, а тиме и мање апсолутна. Због тога ће се, у једном моменту, отворити могућност преговора и могућност композиције. Док год се искључиво има

289 *Ibid.*, 65.

у виду заштићено добро (то значи жртва), дотле ће кривица и одговорност бити апсолутне. Када пажња за свој предмет почне да има и починиоца, онда процес релативизовања кривице, па и одговорности, добија на замаху. О његовом зачетку може се говорити већ код ритуалне претраге. У једном тренутку ће тај процес породити неритуалну претрагу и крађу.

Када се сусретну искључиво и конкретно, онда настаје *прво релативно*. Апсолутно остаје са колективним (са апстрактним). Кривица је сада апсолутно конкретна, а то значи *прво релативна*.

Све то говори о томе да је фуртум, од самих почетака, представљао кривично дело – тачније, манифестни фуртум – кривично дело, а неманифестна крађа – деликт.²⁹⁰ То што нема државних органа да спроводе истрагу, већ то чини оштећени, ништа не мења. Кривица је апсолутно конкретна и чврсто везана за угрожену вредност.

Што се примера са Јосифовом браће тиче, Даубе каже да су она схватила исход *quaestio* (мада су у том случају били невини) као Божју казну због њиховог злочина према Јосифу. Тако је *quaestio* постало врста Божјег суда, ордалија, наводи Даубе.²⁹¹

Чини се како је ово, ипак, прејак закључак. Овде се не ради о Божјем суду, већ о широј, моралној одговорности и грижи савести коју браћа осећају. Божји суд, у неком правном смислу тог израза, резултат је процеса који покреће и обавља човек. Након тог процеса, Бог непосредно примењује санкцију. Јосиф пак сам одлучује о санкцији и наређује њену примену.

Римска процедура манифестне претраге је, вероватно, у оно време, представљала најбољи могући начин да се дође до доказа и починиоца. С друге стране, лако се види да је код Египћана, а донекле и код Римљана, магистрат имао битну улогу

290 Јарамаз Рескушић истиче да је већ од Закона XII таблица, крађа различито третирана. Манифестна је представљала кривично дело, а неманифестна деликт, Ivana Jaramaz Reskušić, „Krađa u rimskom pravu: *Delictum publicum* i *Delictum privatum*“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Zbornik PFZ) 2/2007, 314–321. Даф, пак, покушава да одгонетне зашто Римљани нису увек крађу третирали као кривично дело, већ углавном као цивилни деликт., P. W. Duff, „Furtum and Larceny“, *The Cambridge Law Journal*, 12/1954.

291 D. Daube (1937a), 67.

у мењању процедуре. Једино што код Египћана он, вероватно, ту своју улогу није претварао у јасно утврђена правна правила која ће његов наследник на функцији, по правилу, следити. Египћани очигледно немају тај степен „правне свести“. Вероватно из тог разлога њихова претрага не „пати“ од сличних формалности као и рана римска претрага. Али, не сме се заборавити да овде претрагу врши неприкосновени државни ауторитет, а не само један од равноправних грађана полиса. Неприкосновени ауторитет и не може да развије снажне гаранције поштовања права пијединца као што то може полис као заједница равноправних. Даубеова теза да је ова римска врста формалистичке претраге својствена свим народима на истом степену развоја – пада у воду. Један њен елемент, претурање по туђим стварима у циљу проналажења украдене ствари, а и лопова, очигледно је својствен свима. То је, ипак, елемент *техничке*, па зато и универзалне природе. Међутим, римска претрага поседује одличне како световне, тако и сакралне гаранције да неће бити никаквих злоупотреба, на супрот египатској процедури.²⁹²

292 Већ је напоменуто да се из изгледа ове игре и ритуала претраге (*lance et licio*) чини потпуно извесним да је предмет фуртума, у време када је претрага настала (доба палеолита), могла бити само покретна ствар. Тада су непокретности биле у колективној својини, јер појединац није био довољно моћан да у својој власти држи и брани тако велике ствари. Овакав фуртум, дакле, настаје када и зачеци приватне својине. Она, се пак, успоставља прво на покретним стварима. Да ли су то и мање вредне ствари, у односу на непокретност? Свакако да јесу. У доба палеолита и неолита свакако јесу.

Доба неолита је и доба тзв. аграрне револуције.

Како то Карен Армстронг каже, пољопривреда „није сматрана чисто световном делатношћу. Она је довела до великог духовног буђења које је људима пружило потпуно ново схватање себе самих и свог света“, Карен Армстронг, *Крајња историја миша*, Београд 2005, 39. „Људи из палеолитског раздобља сматрали су лов светим чином, а сада је и земљорадња постала света делатност. Када су орали поља, или убирали летну, ратари су морали да буду у стању обредне чистоте“, *Ibid.*, 39–40. Изгледа да је, по њој, у ствари, човек сваку своју делатност сматрао и светим чином. Међутим, пре се може рећи да се човек одувек налази у неком стању транзиције. Он је свестан да и пољопривреду и лов управо он предузима и обавља, али, при том, увек у помоћ позива Бога. Човек је свестан да зависи од Божје воље.

Дакле, лична својина је вероватно из палеолитског, ловачког раздобља (неко би рекао да је она стара колико и сам човек), а са настанком неолита још увек нема услова за настанак приватне својине на непокретности, јер један човек не може да искоришћава непокретност. Пошто је за то потребан колектив, јавља се проблем одлучивања. Где год постоји потреба за колективним одлучивањем, неопходне су и неке процедуре, обреди. То значи да су потребни и стручњаци за обреде. У почетку су то били шамани.

Армстронг каже да су људи смислили обреде како би спречили неплодност земље. „Два начела била су у основи тих обреда. Прво, не можете да очекујете да добијете нешто ни за шта; да бисте нешто добили, морате и нешто да дате за узврат. Друго начело је подразумевало целовити приступ стварности. Свето није било сматрано некаквом метафизичком стварношћу која је изван света природе“, *Ibid.*, 40.

5.2.5.3. Предмет фуртума

Несумњиво је да су предмет крађе и код древних Јевреја и код Египћана и код Римљана, у почетку, могле бити само физички мање покретне ствари.²⁹³ С друге стране, и роб је представљао покретну ствар и то не само од класичног периода, него и пре Закона XII таблица. О томе сведочи *iniuria vindicatio*. Нема препреке мишљењу да се и на ту ствар, у суштини, гледало као на неку врсту припатка својине патријархалне породичне задруге. Али, овде се ова, ипак, мало вреднија покретна ствар, уосталом као и све *res mancipi*, штитила својинском тужбом. Дакле, то што је покретна ствар била предмет архаичног фуртума – не може бити и нека његова битна одлика. Иза ње стоји много снажнији ауторитет, па отуда тако страшна санкција. Овим деликтом се угрожавао патријархални породични дом и зато је фуртум од својих почетака представљао, модерном терминологијом исказано, кривично дело.

Даф (*Duff*) каже како је дуго веровао да је римска правила о фуртуму, као деликту, требало посматрати као продукт проучавања и предаваоница (*lecture-room*), а не судница – јер су лопови тако ретко имали било каквог новца. Зато су многи од њих, сматрао је Даф, били кривично кажњавани. Тамо где је лопов био роб и где је штета била велика, штета никада није ни исплаћена. Уместо тога предаван је роб, каже Даф.²⁹⁴

Он сматра да су два примера довољна да илуструју овај његов став. Том приликом се позива на G. 3. 184. Даф поставља питање: да ли је могуће да су сва питања о *furtum manifestum* била непрактичне природе, јер је господар манифестног лопова углавном предавао роба како би избегао исплаћивање четвороструке накнаде?²⁹⁵

293 Наравно, могло је бити речи само о телесним стварима. „Очигледно је да је изворна *res* римског права била физичка ствар, каснија *res corporalis*“, R. VerSteeg, „The Roman Law Roots of Copyright“, *Maryland Law Review* 59/2000, 531 фн. 60

294 P. W. Duff, 87. Овај аутор каже да су лопови углавном регрутовани из редова робова. Ови су често имали богатог господара који је могао да накнади штету. Да ли ће, наставља Даф, господар накнадити штету, или пак предати роба, обично зависи од тога да ли је штета већа или мања од вредности роба. Он каже како је лопов обично мање вредан од часног роба, али је увек могао бити добро продат како би радио у ергастулуму (*ergastulum*), или на латифундији. Зато, по њему, уколико је тужилац могао да докаже малу крађу, обично би добијао двоструку накнаду; уколико је могао да докаже велику крађу, обично би му роб био предаван. У сваком случају исплати се подизање *actio furti*, подвлачи Даф., *Ibid.*

295 *Ibid.*

Оваква Дафова примедба нема основа уколико се овом проблему приступи онако као се приступило у овом потпоглављу. Наиме, изворно су предмет фуртма могле бити само покретне ствари незнатне вредности. Међутим, фуртум је поседовао кривичну санкцију, јер је њиме повређен кућни мир. Вероватно је зато врло рано издвојен у посебан деликт. С друге стране, свима је познато да се најстарији помен речи инјурија налази у *legis actio sacramentum in rem*. Ту већ крађа мало вредније ствари (туђег роба) није сматрана фуртумом, а изгледа ни деликтом сакралног карактера.

Даубе жели да подвуче да се *vestigi minatio* појављује и у јеврејском и у индоевропском праву. По њему, то је не зато што је ова процедура настала *йре велике сеобе народа*, већ зато што је она својствена подједнако свим деловима света.²⁹⁶

Међутим, римска ритуална претрага има и, као што је на то већ указано, својих значајних специфичности. Једња од њих је да је она сконцентрисана на утврђивање одговорног патријархалног породичног дома. Доказ томе је санкција код манифестног фуртума. Она је показатељ и да сама покретна ствар као предмет фуртума није имала превелики значај.

296 D. Daube (1937a), 67–68. Даубе, као што је већ напоменуто, ову процедуру везује за *ratio* и тиме јој и придаје универзални карактер. Међутим, већ је речено и да он њене почетке везује за свет магије. При том тврди да магија, за разлику од религије, нема много везе са рационалношћу („... *ratio* probably being the chief feature of religion, in contrast with magic...” (*Ibid.*, 67)).

Прлично противречна позиција која испоставља потребу за повратком на антрополошка истраживања: „Стога би, уместо да супротстављамо магију науци, боље било да их упоредимо као два начина спознаје, неједнака по својим теоријским и практичним резултатима (јер је, са овога гледишта, тачно да наука има више успеха него магија, иако магија већ наговештава науку у том смислу што и она понекад има успеха), али једнака по врсти духовних радњи које оба претпостављају, и који се мање разликују по својој природи, а више по типовима појава којима се баве“ (K. Levi Stros (1978), 53).

„...постоје два различита начина научног мишљења, који, свакако, нису функције неједнаких стадијума у развоју људског духа, већ два стратегијска нивоа на којима природа допушта научној спознаји да је нападне: један од њих приближно одговара нивоу перцепције и уобразиље, док са другим то није случај; као да се нужни односи који представљају предмет сваке науке – била она неолитска или модерна – могу открити на два различита начина: једним који је врло близак чулној интуицији, и другим који јој је мање близак“ (*Ibid.*, 55).

Дакле, рационалности има увек и у свако доба. Проблем је само у томе које форме она преузима и на која се средства сазнања она ослања. У одређеним условима та средства су ограниченија, немоћнија, чулнија, а у другим се она мање ослањају на чула и интуицију.

С друге стране, Даубе је лепо приметио да ова процедура има доста рационалне потке. Али, његовом налазу треба додати следеће: *Ова процедура има корене у мајијско-религијским ритуалима, али је рационална по својој функцији.*

5.3. Проблем сведока и *furtum manifestum*

Како посматрати дозивање људи код манифестног фуртума који је почињен ноћу и оног који је уз употребу оружја почињен дању?

Јоловиц напомиње да је дозивање (*endoplorare*) наведено као услов од стране Цицерона (*Tull.* 50) једино у случају дневног лопова који је ухваћен у разбојничкој крађи.²⁹⁷ Тада је разбојник могао бити убијен. С обзиром да Гај помиње овај услов дозивања (*endoplorare*) за оба случаја (и када је у питању ноћна крађа и када је у питању дневна разбојничка крађа – Јоловиц за ову тврдњу наводи D. 9. 2. 4. 1), по овом аутору је тај текст са разлогом сумњив.²⁹⁸ Он каже и да, без обзира на све ово, услов дозивања као својеврсно формално позивање суседа треба да обезбеди потврду кривице оптуженог пре него што оштећена страна прибегне самопомоћи.²⁹⁹ Наведену несагласност извора Јоловиц тумачи на начин да је вероватно у ранијем праву *endoplorare* захтевано у оба случаја. У каснијем праву је, по њему, убиство било оправдано само као вид самоодбране. Убица је дозивањем припремио оправдање свог поступка. У таквом контексту је, наставља овај аутор, одсуство дозивања ноћу могло бити опроштено.³⁰⁰

Постављају се питања: како неко без сведока може да убије оправдано, а нарочито ноћу? Како му се може веровати да је убио лопова? Зато се ово објашњење несагласности извора не може прихватити. Нема суштинске несагласности извора, па зато томе не треба придавати значај. То што Цицерон говори о потреби дозивања у случају дневног разбојничког фуртума, не може да наведе на закључак да се то исто није захтевало и у случају ноћног фуртума. Напротив, то је нарочито било потребно ноћу. Дозивање је сасвим природна реакција жртве. Траже се заштита и помоћ од комшија како би фур био ухваћен.

297 Н. F. Jolowicz, Barry Nicholas, 169 фн. 9.

298 *Ibid.*

299 *Ibid.*

300 *Ibid.* Овај аутор на истом месту наводи и да Казер изводи претпоставку да је *endoplorare* захтевано и пре убијања манифестног лопова и онога ко се као такав третира након *lance et licio* претраге.

Постоји још један аспект овог проблема. Не може бити спорно да су комшије у овом случају играле улогу сведока. Ови сведоци из римског права одговарају оној категорији сведока о којој говори Аврамовић, када разматра проблем сведока у Гортинском законику. Наиме, он говори о категорији сведока „који су с намером окупљени да присуствују одређеном догађају који производи правне последице“.³⁰¹ То су они сведоци, наводи исти аутор, „који се окупљају виком оштећеног када се над њим врши кривично дело...“.³⁰²

На први поглед, сведоци крађе су истовремено и својеврсни пасивни посматрачи. Да ли је баш тако? Тешко да би ти сведоци дозволили извршење смртне казне над неким лицем уколико нису убеђени да је то лице манифестни фур. Зато је логичније у њима видети не само пукe сведоке, већ и контролоре (надзорнике) са правом вета, јер чему предвиђено присуство заједнице ако она нема право гласа?

Аврамовић каже да Лате („K. Latte, „Martyres“, *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft (Pauly-Wissowa RE)*, Stuttgart 1930, Band 14, 2, 2033–37) разликује две категорије сведока, који су намерно дозвани како би били очевици неког догађаја који производи правне последице. Аврамовић наводи како Лате једне назива *Schreimannen* – то су они који се окупљају након вике оштећеног у тренутку када се над њим врши неко кривично дело. Друге, Лате назива „формалним“ сведоцима – *Formalzeugen*, који се унапред позивају да би присуствовали неком правно релевантном догађају, каже Аврамовић.³⁰³

„У Гортини, међутим, видимо да је заклетва сведока могла, и по правилу јесте изазивала коначни, пресудни ефекат: уколико се ‘овлашћени’, тј. законом одређени сведок заклео на истинитост тачно одређене, одлучујуће чињенице, то је значило окончање спора, јер је судија по аутоматизму доносио пресуду, без даљег разматрања предмета (*omnynta krinein*). За разлику од Атине и многих других правних система, у Гортини се често и са странкама поступа слично. Наиме, законик

301 Сима Аврамовић, „Религија и право – Заклетва у античком грчком судском поступку“, *Зборник Мајнице српске за класичне студије* 13/2011, 28.

302 *Ibid.*, 28 фн. 21.

303 *Ibid.*

и у погледу заклетве странака – у одређеним случајевима – предвиђа да ће једна од њих имати „предност у заклетви“.³⁰⁴

Толики значај заклетве сведока подсећа на значај сведока код римског манифестног фуртума. Ту чак није било судије да „по аутоматизму донесе пресуду“. Било је довољно да неко ноћу буде ухваћен у извршењу, или дању са оружјем у рукама; да постоје непосредни сведоци, па да се на лицу места примени смртна казна за манифестни фуртум. Дозивање сведока се помиње само код дневног фуртума са оружјем у руци. Већ је речено да нема разлога да се сумња да је дозивања сведока морало бити и код ноћног фуртума. Може се претпоставити да и сведоци морају бити несумњиви. То значи да је требало да се ради о материјално и морално незаинтересованим лицима. Вероватно да сведочење укућана није спадало у ту категорију. Поред тога, вероватно да је било потребно да сведока буде више од једног како би извршење смртне казне било уопште могуће.

Како то подвлачи Аврамовић, приликом разматрања проблема доказаности оптужбе за прељубу у Гортинском законнику: „Једино право објашњење је да су они свакако били довољно убеђени да је до прељубе дошло, чим се у то заклинју, а њихово уверење се могло заснивати – баш као у случају Ератостена, већ на чињеници да су прељубник и туђа жена ухваћени заједно у кући, што је за патријархални морал довољно. Даља извођења и доказивање детаља у вези са прељубом нису била потребна.“³⁰⁵

Аврамовић износи и следећи закључак: „Поред оне која је свуда уобичајена – да суди на основу свог слободног уверења о резултату доказног поступка и доноси своју одлуку дискреционо, у Гортини у одређеном броју случајева које предвиђа законодавац, судија пресуђује по аутоматизму, тако рећи као посматрач који само констатује чињеницу да је одређена странка или сведок дао изјаву под заклетвом и на основу тога доноси пресуду какву мора. Штавише, када суди дискреционо, он је сам у обавези да поднесе заклетву, док у првом случају то не чини. Тога нема

304 *Ibid.*, 29–30.

305 *Ibid.*, 32 фн. 30.

нигде другде у грчким полисима у V и IV веку, барем колико су нам њихове правне системе приближили извори“.³⁰⁶

Највероватније да у Риму нешто пре доношења Закона XII таблица судија није имао значајних дискреционих овлашћења. Вероватно је и он, у суштини, био нека врста сведока као што су то били они код манифестног фуртума. Код оваквог фуртума није потребан судски поступак, па ни судија, јер није била потребна било каква заклетва.³⁰⁷ Све је било очигледно, па се зато по аутоматизму примењивала законом предвиђена санкција. Због овакве природе манифестног фуртума, може се рећи да он није претрпео никакве промене, већ је у закон само унет онако како је обичајима предака формиран. Зато је још увек био кривично дело. Развој фуртума пружа доказе да се развој римског деликтног права није кретао онако како каже преовлађујуће мишљење у романистици. Нису прво настали приватни деликти, па тек онда кривична дела. Обрнуто је. Прво је постојао пракримен, па су се тек онда издвојили приватни деликти.

Аврамовић наставља своја запажања о заклетви: „Та велика расправа не дотиче битно основну, неспорну чињеницу која је овде од значаја – заклетва је могла бити не само незаобилазни механизам при утврђивању истине преко сведока и самих странака, него се њој често морао подвргавати и сам судија“.³⁰⁸

Код Римљана је пак било довољно да су сведоци били присутни. Изгледа да им нико није тражио и заклетву. Веровало им се на реч. Ово јесте мало чудно с обзиром на карактер архаичног римског права и посебно његову везаност за религијом и магијом обојене правне формуле. Биће да су у случају ноћне крађе Римљани имали у виду једино степен доказаности крађе. Дакле, овде је она апсолутно доказана и зато нема потребе за другим доказним средствима, какво је заклетва.

Можда би се могло рећи и да, у архаичном Риму, судећи по изворима, заклетва није имала карактер доказног средства.

306 *Ibid.*, 34.

307 Вид. поглавља 5. 2. 5. 1. Клетва и претрага и 5. 2. 5. 2. Клетва, претходна сагласност на казну и индивидуална одговорност.

308 С. Аврамовић, 35.

Када је у питању значај сведока у старим правним системима корисно је осврнути се на Библијску причу о погребу Аврамове жене Саре.³⁰⁹ Наиме, када је нашао место за покоп своје жене, Авраму је било врло битно да то место и плати, иако му је власник нудио место на поклон. Такође је Авраму било врло битно и да се купопродајни уговор закључи и изврши пред сведоцима. Изгледа да су сведоци у старозаветном свету били, не обавезно, али врло битно доказно средство које се примењивало приликом закључивања правних послова. У сваком случају, омиљено и несумњиво средство.

Када је у питању значај сведока у случају римског *furtum manifestum*, може се рећи да, у суштини, без сведока нема ни фуртума.

Аврамовић каже: „...После више од пола века атеизма, верска заклетва је ушла у наше законодавство, а тачно прописане речи које се морају изговорити као да враћају наше право у давна времена старог права, које су многи писци називали примитивним“.³¹⁰

Како ово питање може помоћи приликом лоцирања одговорности код деликта крађе? Једноставно – кроз свако разматрано питање провлачи се проблем сведока. Тачније проблем доказа и доказних средстава. Изгледа да је то оно што упорно привлачи пажњу законодавца. Зато свако поглавље мора имати за задатак да упоредо разматра проблем доказа и доказних средстава.

5.3.1. Тий одговорности и сведоци

Када је реч о починиоцу који је ухваћен *in flagranti* и самим тим постојању манифестног фуртума, онда то провоцира још неке закључке. Оно што је заједничко за *furtum manifestum* и *furtum conceptum* јесте присуство сведока и место проналаска украдених ствари. Зашто онда *furtum conceptum* није манифестни облик фуртума? Очигледно је да се сматрало да је само ритуална претрага могла гарантовати

³⁰⁹ Прва књига Мојсијева, глава 23. Сарина смрт и погреб.

³¹⁰ С. Аврамовић, 47 фн. 84.

несумњив доказ фуртума и да је само она могла несумњиво указивати на фура. Докази су постали релативни, јер су вредности изгубиле апсолутни карактер. Зато је и кривица постала потпуно релативна ствар и почела је да добија нијансе. Због тога се јавља неманифестни (релативни) фуртум. С те тачке гледишта, фуртум концептум је само подврста неманифестног фуртума. Међутим, истовремено наставља да постоји манифестни (апсолутни) фуртум. Како је то могуће? Како је могуће да два концепцијски потпуно различита фуртума постоје један наспрам другог? То је изгледа нека грубо настављена транзиција од апсолутне до релативне одговорности, од апсолутног до релативног фуртума.

Гај у G. 3. 186. и G. 3. 191., наводи Даубе, каже да је по Закону XII таблица трострука казна претила особи код које су *testibus praesentibus* пронађене украдене ствари. Из G. 3. 192. Даубе изводи закључак да је Закон XII таблица оваквог лопова сматрао манифестним уколико су украдене ствари пронађене након претраге са одређеним формалностима – *nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens*. Даубе каже да је овде Гај контрадикторан, јер наводи да је једино претрага *lance et licio* предвиђена у Закону, док је претрага са сведоцима касније настала.³¹¹ Постоје аутори који се не слажу са Гајем, попут Јоловица, каже Даубе.³¹² Они сматрају да не би било погрешно претпоставити да је Гај, као аутор коментара на Закон XII таблица, направио ову грешку. Они сматрају да је Закон давао два алтернативна начина. Један од њих, формалнији, води до третирања крађе као манифестне, други до казне у новцу. Даубе прихвата овај како га назива, конзервативан поглед.³¹³ По њему разлози за овакав став не недостају. И у Јаковљевом и у Јосифовом случају треба приметити да је питање одговорности, уколико су украдена добра пронађена у кући, од највећег значаја, сматра исти аутор. С једне стране, постоје трагови апсолутне одговорности патер фамилијаса или, што је

311 D. Daube (1937a), 68. Није јасно како је Даубе могао да извуче закључак да Гај каже да је једино ритуализована претрага постојала у Закону XII таблица. Анализирајући Гајеве *Институције*, пре се може извући закључак да су и ритуализована и неритуализована претрага истовремено постојале у истом том закону.

312 *Ibid.*

313 *Ibid.*

врло слично, каже Даубе, опште одговорности домаћинства. С друге стране, наводи он, развој се кретао ка искључивој одговорности криве особе. У случају Јосифа, сматра Даубе, јавља се проблем да ли се онај код кога су украдена добра пронађена може бранити одбацивањем тога да их он није украо, упркос томе што изгледа да их је украо. Јосифова браћа су мишљења да је случај решен, али они су, сматра Даубе, приписивали своју несрећу другом злочину који су раније починили.³¹⁴

Међутим, они би ово схватили као казну само ако нема изласка из настале ситуације. Све док има изласка то није казна за други злочин. Таква је људска природа. Библија је пуна доказа за ту страну људске природе. Дакле, следи закључак да је очигледно да је у Египту сматрано да – ако су добра пронађена – нема могућности да се докаже да их онај код кога су пронађена није и украо. Вероватно је тако било и у старом римском праву. Рекло би се да Даубе сматра да је ритуализована претрага водила објективној одговорности патер фамилијаса и патријархалног породичног домаћинства, а неритуализована индивидуализованој кривици. Међутим, управо је ритуализована претрага водила индивидуализовању апсолутне одговорности и кривице – *прво релативно*.

Даубе је мишљења да се слични проблеми (које је истакао код анализирања Јаковљевог и Јосифовог случаја) могу пронаћи у раном римском праву. Он анализира изворе са те тачке гледишта. У ту сврху почиње са анализом Гајевих *Институција* (G. 3. 183.).³¹⁵ По њему, јасно је да *furtum conceptum* не указује на проналажење украдених ствари у рукама лопова. Да је тако, сматра Даубе, Лабееон јој не би одрекао карактер фуртума, а ни Гај не би прихватио такво мишљење. Једини закључак који Даубе извлачи из овог текста је да је *furtum conceptum* вероватно имало неке везе са *furtum oblatum*, с којим су га и правници повезали.³¹⁶

Даубе наводи да Гај прво разматра *furtum manifestum*, затим *furtum nec manifestum*. Потом он описује, каже Даубе, псеудо врсте, *furtum conceptum i*

314 *Ibid.*, 68–69.

315 *Ibid.*, 69.

316 *Ibid.*

furtum oblatum.³¹⁷ Даубе наводи да Гај каже да су се обе ове последње тужбе подносили против људи, *quamvis fur non sit*. Даубе тврди да Гајев текст репрезентује два слоја правних правила. Постоје кратке и прецизне дефиниције *furtum conceptum* и *oblatum*, и у додатку постоје објашњења и поновна усклађивања.³¹⁸ Даубе претпоставља да ове дефиниције представљају старији материјал који је касније, обрађен интерпретацијама. Закон је, по њему, сажет на следећи начин: уколико се претрагом, спроведеном у присуству сведока, у кући пронађу украдене ствари, *furti concepti actio* стоји на располагању, било да је, или да није, власник куће и стварни лопов. Ово је компромис типичан за Закон XII таблица, каже Даубе. С једне стране формалистичка претрага, путем које су украдена добра откривена, резултира одговорношћу у сваком случају. Али, са друге стране, може се видети, сматра Даубе, да је смртна казна, која је једном предвиђена овде и још увек постоји у самом Закону XII таблица, замењена троструком накнадом. Као што *actio noxalis* следи уколико *filius familias* или роб почине крађу, претпоставка Закона XII таблица је да је власник куће могао бити невин, каже Даубе. Како то предвиђа *furtum conceptum*, могао је указати на случај кривог *filius familias* или на случај да су украдена добра у кућу унели странци, сматра овај аутор. Тако да, каже он, *actio furti concepti* захтева допуну у *actio furti oblata*. Ова тужба, бесмислена уколико *furtum conceptum* има у виду само лопова, каже Даубе, могла је бити поднета од стране онога ко је платио казну за *furtum conceptum*, а подносио ју је против особе која му је донела ствар. Дакле, подвлачи Даубе, није битно да ли је оптужени и украо добра. Тужилац је имао право да од њега наплати штету.³¹⁹

Даубеовом ставу се може приговорити да се нигде не каже да прво треба платити казну за *furtum conceptum*. Само се каже да онај код кога је ствар пронађена има право на *actio furti oblata*. То јесу повезане форме, јер обе зависе од резултата неритуализоване претраге. Прва непосредно, а друга посредно.

317 *Ibid.*

318 *Ibid.*

319 *Ibid.*, 70.

5.4. *Furtum conceptum* и *furtum oblatum* (Имовинска одговорност и питање кривице)

Шта значи то што је тужилац имао право да од оптуженог наплати штету? То значи да је овде присутан процес који акценат, код одговорности за почињену крађу, ставља на имовинској одштети. Зато претрага код *furtum conceptum* и претрага *lance et licio* никако нису једно те исто. Обична претрага је само игра, о којој говори Леви Строс. Друга претрага је и даље присутна, али поменути процес чини да се она постепено заобилази.

Пре него што се крене даље треба подсетити да Казер, говорећи о историји облигационог права, износи: „Како је архаично право на освету, код деликтне одговорности, за већину случајева постало откупљиво путем плаћања композиције, идеја освете бива потиснута у позадину. Одговорност сада значи само то да је једна особа заплена од стране друге. То је оснажено на суду. Од тога се ова друга особа могла ослободити откупом“.³²⁰ Казер оцењује да је на том ступњу лична одговорност једнака, како је назива, простој ствар-одговорности (*pure thing-liability*). Код ове одговорности, каже Казер, ствар је предмет откупљивог овлашћења за заплена.³²¹

Казер наводи и да је концепт облигације, у којој је лична веза још увек изражена, вероватно проистекао из случајева одговорности који су формирану у трансакцијама у којима се неко обавезује на неку чинидбу. Самим тим, наставља Казер, он је себе подредио туђем овлашћењу заплена у случају да не изврши чинидбу. Он ово, како га назива, својеврсно залагање личности (*pledge-like*) карактерише као вештачко успостављање права заплена.³²²

Не види се по ком се критеријуму ово може назвати вештачким, а оно претходно природним успостављањем права заплена.

Казер каже да је рано римско право знало за врло мало таквих трансакција. Он, као такве наводи *sponsio – stipulatio, nexum, legatum per damnationem*, гаранција

320 M. Kaser (1980), 168.

321 *Ibid.*

322 *Ibid.*

одређеног *modus agri* код манципације земље и ослобођење дужника од стране некога ко, на овај начин, захтева право на заплелу у односу на особу која је тако ослобођена (*nexi liberatio*).³²³ У другим случајевима, наводи Казер, настаје деликтна одговорност и тек касније се претвара у не-деликтну. Највећи део обавезујућих трансакција (*obligating transactions*) пре-класичног и класичног права настаје, каже Казер, током касне Републике када је концепт облигације већ био потпуно развијен.³²⁴

Нема облигације без световне облигације и без имовинског интереса. То је очигледно. Тај интерес увек прати власнике ствари. Зато је свака деликтна одговорност увек и искључиво лична одговорност. Ту је имовинска одговорност само посредна одговорност. Изгледа да у пред-облигационом стању имовинска одговорност није уопште разматрана. То је случај код телесних повреда. Види се да чак и Закон XII таблица код *membrum ruptum* предност даје неимовинској накнади. Оваква накнада је уско повезана са питањем кривице.

Казер оцењује да у најранијем периоду, сви људи обраћају пажњу на екстремно видљиве акте и сматрају одговорним сваког преступника који је проузроковао последицу. Он каже да је у сваком друштву тада сматрано да је неко ко је починио типичне акте који су проузроковали штету, уствари намеравао да причини штету. Зато он за древну стриктну одговорност каже да је то типична одговорност за кривицу. Тек је током времена питање кривице постављано у сваком посебном случају, наводи Казер, а у складу са индивидуалном вољом одређеног преступника. Рано право је разликовало само намерне и ненамерне акте, каже он.³²⁵

Гај каже, уколико ритуализованом претрагом буде пронађена украдена ствар, онда се има сматрати да је то *furtum manifestum*. С друге стране за *furtum manifestum* је била предвиђена смртна казна, казна преласка у ропство и касније преторска четворострука накнада.

Када је у питању однос ритуализоване и неритуализоване претраге, Даубе истиче да Закон XII таблица заиста није давао право на тужбу уколико оптужени

323 *Ibid.*

324 *Ibid.*, 168–169.

325 *Ibid.*, 186.

спречи истрагу. Он сматра да се у овом случају прибегавало церемонијалнијој процедури. По њему, чињеница да право познаје два различита начина претраге, а да се друга, формалнија, примењује уколико је оптужени одбацио могућност да дозволи прво, нарочито је јасна из Гајевог критицизма. Гај оцењује ово правило као смешно зато што ће човек, који је зауставио први покушај *quaestio*, вероватније бити тврдоглавији у случају другог начина претраге који са собом носи много већи ризик.³²⁶

Уствари, каже Даубе, када је Закон XII таблица објављен ово правило није било смешно. По њему, вероватно да је у периоду пре Закона XII таблица, претрага *lance et licio*, која је у случају позитивног резултата водила смртној казни, била једина форма *quaestio*. По овом закону је, међутим, обична *quaestio* била много рационалнија с обзиром на пар ствари, сматра Даубе. Тако наводи да није била снабдевена свим старим обредима, већ присуством сведока. Уколико су украдена добра откривена, крађа није сматрана манифестном. Имајући у виду могућност *furtum oblatum*, каже Даубе, право је предвиђало троструку казну.³²⁷ По њему, једино уколико је обична претрага забрањена, древна претрага се враћала у живот и једино је у том случају она потпуно оправдана.³²⁸

Насупрот Гају и Даубеу, треба подвући да стара процедура не изгледа нерационално. Напротив, она је рационална и оправдана онолико колико може бити рационална у оно време. С друге стране, сведоци су код ње били потребни како би контролисали поштовање постојећих обреда и постојећих формалности, и спречили могуће злоупотребе. Не значи да сведока није било, јер нису поменути. Навођење ноторних чињеница може бити оправдано у „судском поступку“ с обзиром на потребу за постизањем неког реторског ефекта, али у законском тексту који карактерише лаконско изражавање – такво нешто не долази у обзир. Ако су примењивани код неритуализоване процедуре, која води до блажих санкција, онда су вероватно подразумевани као обавезни део и код старије процедуре која води до смртне

326 D. Daube (1937a), 74.

327 Право је предвиђало троструку казну, не само за *furtum oblatum*, него и за *furtum conceptum*. У том погледу су Гајеве *Институције* несумњиве. Чини се да Даубе упорно превиђа ту врло битну чињеницу.

328 *Ibid.*

санкције. Том приликом су сведоци највероватније узимани из реда блиских рођака и једне и друге стране, као што је било у примеру Лавана против Јакова. Треба се подсетити свих старих римских послова и сталне обавезе присуства сведока приликом њиховог закључивања или извршења.

Даубе наставља са анализом Гајевих извештаја. Очигледно да је тужба за *furtum prohibitum* настала због врло учесталог спречавања претраге, закључује Даубе. Он наводи да се она једнако примењује без обзира да ли се добра, за којима се трага, стварно налазе у кући оптуженог. Он сматра чудним то што је Гај овде увео пету врсту крађе, а што је није уврстио у G. 3. 183.³²⁹

Могло би се сложити са Даубеом да ритуализована претрага следи и уколико је претходно одбачена могућност извршења неритуализоване. С друге стране, Даубеов став да *furtum oblatum* следи тек након исплаћене казне за *furtum conceptum*, не чини се вероватним. Поступак по *furtum oblatum*, уколико се употреби модерни речник, у неку руку, подсећа на другостепени поступак који одлаже извршење. Овај другостепени поступак, у суштини, служи за утврђивање кривице, пошто је очигледно да је резултат неритуализоване претраге у првом поступку (јер шта је *furtum conceptum*, него крађа која је могла бити доказана само након такве претраге) успостављао претпоставку кривице, која је само путем другог поступка могла бити оборена. Неритуализована претрага, *furtum conceptum* и *furtum oblatum* уведени су тек Законом XII таблица. Само на тај начин, чини се, може бити тумачен извештај о претрагама који Гај испоставља у својим *Инстиџиуцијама*. Жалба у имовинским споровима, пре тога, није била дозвољена. То је зато што је у тим споровима, у суштини, владало начело које каже да нема одговорности без несумњиве кривице. И компаративни преглед може пружити подршку овом ставу. Наиме, јасно је да је и код других народа на овом степену развоја једном утврђена кривица била и дефинитивно утврђена.

329 *Ibid.*, 72–73. Треба подвући да Гај каже да је *actio prohibiti* увео тек претор (G. 3. 192). С друге стране, Гај је у излагању потпуно јасан. Логично је што Гај тек након *actio furti concepti* и *actio furti oblata* говори о *actio furti prohibiti*. То је зато што *furtum conceptum* подразумева неритуализовану претрагу. Уколико је она спроведена, онда евентуално може да наступи *actio furti oblata*. Уколико неко забрани неритуализовану претрагу онда наступа *actio prohibiti*. Ову тужбу је увео претор, што говори у прилог тога да претрага *lance et licio* више није примењивана.

Једино је дискрециона воља државног магистарата стајала на путу старом строгом формализму, како сведочи Јосифов пример у *Сџаром завейу*. У римском праву нема дискреционе воље државног магистрата, али има одговарајуће процедуре која лечи несавршеност једног поступка. Због свега овога се може рећи да је процедура за *furtum oblatum* врло битна приликом анализирања процеса настанка појма субјективне одговорности у римском праву.

Код апсолутне одговорности (несумњиве кривице) нема исправке. Зато, уколико римско право уводи још једну нову процедуру (*furtum oblatum*) за лоцирање одговорног лица, извршење пресуде, по првој процедури (*furtum conceptum*), мора бити обустављено док друга не да своју реч. Само на тај начин њено постојање има оправдања.

Може се рећи да *furtum oblatum* представља природни додатак неритуализованој претрази. Она је кренула ка додатно релативној индивидуалној одговорности (оборива претпоставка одговорности уведена овом претрагом). На тај начин је уведен *груџи сџејен релативносџи* и *furtum conceptum*. Пре тога је, као што је речено, постојала само манифестна (несумњива) кривица и *џрви сџејен релативносџи* у виду индивидуализовања одговорности. Од *груџо релативноџ* полази *furtum oblatum*, али затвара круг апсолутном индивидуализованом одговорношћу (кривицом) онога ко је подметнуо ствар. Тиме се поступак враћа на *џрво релативно*.

Треба ићи даље у закључивању. Слично као код инјурије, конкретизација води секуларизацији друштвених норми и самим тим стварању правних норми. Међутим, правне норме захтевају корекцију у виду апсолутизације коју са собом носи правда. Пошто правда сада исправља неправност, а не неправду, онда санкције више не могу бити апсолутне, већ релативне. Иако након интервенције правде више нема права жалбе, санкција не може бити апсолутна, јер је црв сумње створио (неко ће рећи да је само отворио) временски јаз између почињеног и доказаног деликта.

Неко ће приговорити да термин *груџо релативно* није адекватан с обзиром да је довео до прелома, до релативне санкције насупрот претходно искључиво апсолутне. Међутим, потпуно је исправан с обзиром да је до револуције дошло индивидуализацијом одговорности, што је означено као *џрво релативно*. Пре тога, постојала

је колективна одговорност породице, рода, или племена, која би се свакако могла окарактерисати као потпунија од индивидуално апсолутне.

Санкције су само симптом дубљих тектонских промена индивидуалне и друштвене свести.

Већ је наведена Гајева примедба да му је смешна ритуализована претрага будући да ће онај ко је забранио неритуализовану лако забранити и ритуализовану. То некако, на први поглед, упућује на закључак да је прво покушавано са неритуализованом, па тек онда са другом. Вероватно да је, с почетка, тако и било. Међутим, уколико се боље сагледа та примедба, постаје јасно да је Гај неритуализовану претрагу сматрао „јачом“. Па, ако се неко одупре јачој установи, лако ће се одупрети „слабијој“. То би могло да значи да је ритуализована претрага, у неком тренутку (вероватно када је претор увео *actio furti prohibiti*), не само изгубила обавезни карактер, већ је постала неприкладна, непожељна.³³⁰ Може се претпоставити да ова промена није дошла одједном. Пре тога, вероватно да је, у неком тренутку, постало могуће – и након ритуализоване претраге, која би резултирала проналажењем неовлашћено однете туђе ствари – подићи *actio furti oblati*, која би одложила извршење смртне казне.

Гај је, дакле, дефинисао пет група крађе: *furtum manifestum, nec manifestum, conceptum, oblatum, prohibitum*, сматра Даубе.³³¹

Он каже да се две ствари морају истражити. Пре свега, претор није, као у случају *furtum manifestum*, заменио *poena* која је предвиђена у Закону XII таблица. Он је увео потпуно нову тужбу, тако да Закон XII таблица, каже Даубе, вероватно није имао тужбу која би се могла подићи уколико неко спречи претрагу. Друго, наставља Даубе, претор је врло озбиљно схватио ово питање. Казна за *furti prohibiti*, као и казна за *furti manifesti*, је четворострука. Чудно је, каже Даубе, да Закон XII таблица није предвиђао никакво средство уколико неко одбаци могућност *quaestio*. Гај, наводи Даубе, даје одговор у G. 3. 192 и у G. 3. 193.³³²

330 Вид. фн. 329.

331 D. Daube (1937a), 73.

332 *Ibid.*

Даубе каже да је чак и данас, уколико неко спречи закониту инспекцију свога дома и уколико су након тога украдена добра пронађена код њега, ово снажан доказ његове кривице. Респект који је оптужени имао према старом ритуалу и помоћ заједнице коју је имао тужилац, били су довољни да спрече било какво одбијање.³³³

У условима свеprisутне самопомоћи, на услузи се могу наћи они који са странкама деле живот и рад, односно блиски рођаци. Озбиљност санкције, а не респект оптуженог, не дозвољава могућност одбацивања спровођења претраге.

Даубе процедуру *lance et licio*, у суштини, претвара у неку врсту санкције.

Зашто ићи компликованијим путем и предвидети две врсте претраге? Па, очигледно је да код ритуализоване, за разлику од обичне претраге, није постојала могућност жалбе (за осуђеног). Зато може да се претпостави да је ритуализовану претрагу тражио онај ко је био апсолутно сигуран у кривицу осумњиченог, или кривицу неког његовог укућанина. Што се могућности подметања ствари у туђем домаћинству тиче, вероватно да је она у Риму, у доба доношења Закона XII таблица, била скоро никаква. Тада су се сви добро познавали и добро знали шта је чије, а уљезу је било немогуће да уђе у туђи дом, а да истог тренутка не буде опажен од чланова фамилије. Дакле, у то доба, ритуализована претрага има снажног оправдања. Ако се ипак деси нека грешка, или злоупотреба, па буде погубљен онај који није украо туђу ствар, него му је она подметнута – то не би било ништа изненађујуће. Таквих примера је препун сваки правни систем, у било ком времену.

С друге стране, вероватно да у почетку никоме није падало на памет да не дозволи неритуализовану претрагу, јер је онда следила она прва.

Зашто је претор био приморан да интервенише са *actio prohibiti*, када се након забране неритуализоване примењује ритуализована претрага и следствено томе смртна казна? Вероватно зато што је превладао принцип световне одговорности код фуртума. Фуртум је сада обично кривично дело које није забрањено смртном, него новчаном казном.

³³³ *Ibid.*, 74.

По Даубеу, систем је генерално имао изглед који је Гај оцртао. Међутим, каже он, полако су се увлачиле неке промене. Човек осуђен по *actio furti concepti* није више имао право на *actio furti oblata* под свим условима, већ једино *si ea mente (res) data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur*. Ово је, по Даубеу, побољшање када се упореди са претходним стањем. Независно од етичких разлога, наводи Даубе, није корисно трговати када свако ко продаје добра преузима ризик да буде тужен путем *actio furti oblata*, чак иако је деловао потпуно савесно. *Actio furti concepti* још увек није захтевала долус, наставља Даубе, тако да је чак и невина особа која је изгубила по овој тужби, могла некада остати без накнаде. Изгледа да је у Гајево време формализам *quaestio* био још увек од таквог значаја да *actio furti concepti* није могла зависити од „субјективних услова“,³³⁴ сматра Даубе. Било је другачије код *actio furti oblata*; будући да она није тако блиско повезана са претрагом, развијена је са већом слободом и било је мање устезања код узимања у обзир питања долуса, наводи он.³³⁵ Даубе сматра да је неповољност, слична овој која је погођена реформом, морала постојати пре. Све док *actio furti oblata* није захтевала долус, особа осуђена по *actio furti concepti* била је сигурна да ће у сваком случају наплатити штету. Али, каже Даубе, није било аналогног средства за оног ко је изгубио у спору по *actio furti oblata*, чак иако није био лопов. Даубе претпоставља да је у посткласичном периоду *actio furti concepti* постепено престала да се подноси, сем у случају где је човек, у чијој је кући пронађена украдена ствар знао, да је та ствар украдена.³³⁶

Може се закључити да он сматра да је ова тужба сада подразумевала и долус. Поставља се логично питање: како да се унапред зна да ли је неко савестан или несавестан? Ваљда се прво поднесе тужба и уђе у поступак, па се онда утврђује да ли има основа за осуду ли не. Ово је логична претпоставка која је морала бити уважена и у једном полису какав је био Рим. Зато је ово још једна потврда ставу да је, од самих

334 Не, овде нису пресудни „субјективни услови“, већ више нема несумњивог доказа о извршеном фуртуму. Сада је уведна оборива претпоставка кривице.

335 Она је посредно повезана са претрагом. Није битно другачије. И у једном и у другом случају битна је кривица. Да код *furtum conceptum* није битна кривица, не би била предвиђена правила за *furtum oblatum*. Једино што се у првом случају она претпостављала, а тек у другом је дозвољено обарање те претпоставке.

336 D. Daube (1937a), 70–71.

почетака ове установе (*furtum conceptum*), након покретања и завршетка неритуализоване претраге по *actio furti concepti* могло доћи до одлагања извршења санкције и преласка на поступак по *actio furti oblata*, где се утврђује прави кривац. Магистрат не може да зна да је власник стана, у којем је пронађена украдена ствар, знао да се у њему налази украдена ствар, све док не спроведе и овај други поступак. Поступак по *actio furti concepti* је, као што је већ речено, служио за утврђивање обориве претпоставке објективне одговорности. С друге стране, други поступак по *actio furti oblata*, није могућ без првог. Значи да субјективне одговорности нема без претходно утврђене објективне одговорности. Ова, по природи ствари, не може бити апсолутна, јер је заснована на конкретизацији правде. Зар то није логичан след мисаоног процеса. Субјективна одговорност је уско повезана са принципима правде. Објективна одговорност је повезана са знацима правности и противправности. Дакле, грешка настала приликом утврђивања објективне одговорности (противправности) може се исправити само утврђивањем субјективне одговорности (кривице). Противправност се може лечити само путем истицања потребе за отклањањем неправде.

Чим је настала сумња, родила се и противправност. Зато је она донела са собом и основану сумњу не само за покретање, већ и за доношење пресуде у одговарајућем поступку. У најстаријим временима уопште није било потребно да за покретање поступка постоји основана сумња, па чак ни основи сумње. То се види из законског изгледа ритуализоване претраге. Али, за осуду је била потребна несумњивост. Са настанком неритуализоване претраге, опет нису потребне ни основана сумња, а ни основи сумње за њено покретање. Али, довољна је основана сумња за првостепену пресуду. Онда наступа *furtum oblatum* са својим долусом како би затворио поступак. Међутим, једном, када се сумња увуче међу друштвене норме, она и поред тога што је поступак затворен, не дозвољава апсолутну увереност у његов праведан исход. Зато нема смртне санкције за неманифестни фуртум.

Ритуализована претрага опстаје и поред овог црва сумње, вероватно зато што је већина становништва, насупрот малобројној елити, била убеђена у њену непогрешивост.

Док год је несумњивост захтевана за завршетак поступка, дотле нема правности. Зато се може рећи да противправност није супротност правности, него само да су то две стране исте медаље.

Постоји друга тачка, сматра Даубе, на којој се Гај незнатно разилази са Законом XII таблица. Он наводи како Гај каже да тужбе за *furtum conceptum* и *oblatum* постоје независно од тога да ли је оптужени и стварно лопов.³³⁷ По Даубеу, ово је истина све дотле док се имају у виду практични ефекти Закона XII таблица. Али, по њему, ово није у сагласности са теоријом о Закону XII таблица. Врло је могуће, сматра он, да је Закон XII таблица посматрао *furtum conceptum* и *oblatum* као изворне облике фуртума. Човек је, наставља Даубе, могао бити осуђен на основу ових тужби као *fur*, мада стварно није украо ништа: *quaestio* је оно што од њега у формалистичко време чини да буде *fur*.³³⁸

Ни овде не треба следити Даубеа. Наиме, није претрага од оптуженог стварала лопова, већ је претрага обезбеђивала доказ коме се може, или апсолутно, или неапсолутно, али довољно веровати. Доказ који је у једном тренутку (када је реч и о ритуализованој претрази) почео да, уместо необориве претпоставке о кривици, обезбеђује обориву претпоставку о објективној одговорности оптуженог. Обична претрага је од самог свог настанка увела ову обориву претпоставку. Зато, насупрот Даубеу, *furtum conceptum* и *furtum oblatum* не треба посматрати као независне облике фуртума. Све су то само степени неритуализоване процедуре претраге. Ниједна од наведених врста није врста фуртума, већ само једна од процесних категорија. *Furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* указују на то да ли је очигледно, јасно, доказано ко је лопов. *Furtum conceptum* и *furtum oblatum* наступају када није очигледно, јасно и доказано ко је лопов. *Fur* лоциран путем *actio furti concepti* није несумњиво лоциран *fur*. Онда наступа *actio furti oblata*. И код ње нема несумњивости. *Fur* кога су оне лоцирале је *fur nec manifestus*.

337 *Ibid.*, 71. Међутим, пре се може рећи да тужба за *furtum oblatum* постоји (као што је горе напоменуто) да би се утврдио стварни лопов и да би се кориговале неправедне последице суштински објективног концепта противправности.

338 *Ibid.*

Могло се видети да је Закон XII таблица, каже Даубе, наметањем само троструке казне за ове облике (*furtum conceptum* и *furtum oblatum*), већ указао на слабости ригидног становишта по коме је *questio* указивало на онога ко је *fur*. Тако да није изненађујуће, сматра Даубе, што су ускоро ови случајеви анализирани уверљивије, са много разумљивијим резултатима. Може се видети да разлика коју је споменуо Гај, између Сервија и Сабина са једне и Лабеоно са друге стране, сада постаје много јаснија за разумевање, указује Даубе. Он наводи следеће: Сабин заступа традиционално становиште да су постојале четири врсте фуртума: *manifestum, nec manifestum, conceptum* и *oblatum*; Лабеон уводи модернију класификацију, проглашавајући *furtum conceptum* и *oblatum* за *species potius actiones furto cohaerentes quam genera furtorum*; Гај, премда Сабинијанац, прихвата Лабеоново мишљење које је за правнике II века после Христа морало бити једино разумно.³³⁹

Даубе истиче да је познато да је у посткласично време формалистички метод извођења доказа замењен слободнијим процедурама. У светлу овог развоја, претрага је све више и више губила на значају, каже он. Резултат је евентуално био, сматра Даубе, да је лопов, који није ухваћен у акту крађе, или особа која је поседовала или вршила промет украдених добара, била сматрана за *fur nec manifestus* без обзира да ли је случај доказан путем *quaestio* или на другачији начин.³⁴⁰

Међутим, боље је рећи да није више само претрага (тада, наравно, неритуализована) била солидан доказни поступак, него је умножен број таквих процедура. С дуге стране, лопов који није ухваћен у акту крађе одувек је сматран за *fur nec manifestus*. Неритуализована претрага никада није дозвољавала да се лопов сматра за *fur manifestus*. То је зато што она нема снагу несумњивости, какву може да дарује само ритуал. Значајан део те снаге ритуализована процедура је добијала одатле што је могла да наступи и ако неко забрани спровођење неритуализоване процедуре. Такав његов чин изазива основану сумњу да је он фур. То је једини могући случај када је за покретање једне од претрага била потребна било каква

339 *Ibid.*, 71–72

340 *Ibid.*, 72.

сумња. Сумња представља плод објективно сагледаних услова. Она је објективна, а то значи део концепта противправности. Захваљујући сумњи, почиње да се трага за кривицом као основом одговорности. Зато две *quaestio* представљају погонске клипове деликта *furtum* и његовог даљег развоја који ће у обзир узети субјективну одговорност.

Даубе каже да је судбина *actiones furti concepti* и *oblati* била одређена нестанком ритуализоване претраге. То, по њему, указује да је у периоду после Гаја и пре укидања ових тужби, *actio furti concepti*, исто као и *actio furti oblati*, захтевала долус на страни оптуженог. Он сматра и да су се обе тужбе односиле не само на лопова, већ на свакога *qui sciens rem furtivam susceperit et celaverit*. У ствари, с обзиром на овај последњи закључак, Даубе напомиње да, уколико се текст схвати дословно, Јустинијан уопште није мислио на стварног лопова. За њега је, каже Даубе, правило да лопов код кога су добра пронађена треба бити сматран за *fur nec manifestus*, вероватно било тако очигледно да је он, пројектујући га на претходна времена, повезао *furtum conceptum* и *oblatum* једино са оним случајевима у којима оптужени није био лопов, већ онај који је примио украдене ствари.³⁴¹

Actiones furti concepti и *oblati* никада нису биле везане за ритуализовану претрагу. О томе је претходно било речи.

5.4.1. Након *ireiurae ca lanx et licium*

Даубе истиче како Гај у G. 3. 194., упућујући на Закон XII таблица, изговара *ex ea causa manifestum furtum esse*.³⁴² Тај интересантан метод није усвојен само од стране старог римског права, подвлачи овај аутор. Њиме се постојеће кривично дело подводи под добро познате врсте, уместо да одмах примени њихове санкције.³⁴³

341 *Ibid.*, 72. Већ је напоменуто да је *fur* сматран манифестним само ако је идентификован путем ритуализоване процедуре.

342 Реч је о параграфу на почетку којег Гај наводи да се *furtum* утврђен ритуализованом претрагом, има сматрати манифестним *furtum*ом, *ex ea causa manifestum furtum esse*.

343 *Ibid.*, 74. Законодавац у ствари наглашава да је и овде реч о манифестном *furtum*у и да се зато примењује смртна казна.

Чини се да није тако, него је, како је већ указано, ова ритуализована претрага била природни део схватања фуртума пре Закона XII таблица. Она је била само инструмент за поништавање временског јаза између почињеног и доказаног деликта.

Од Закона XII таблица постоје само две врсте фуртума: манифестни и неманифестни. Пре њега је постојао само први, а на крају (од увођења *actio furti prohibiti*), у суштини, само други.

Постоји једно врло занимљиво економицистичко објашњење оваквог развоја. Тако Гарупа (*Garoupa*) и Гомез (*Gómez*) полазе од тога што правни историчари неједнакост приликом кажњавања манифестног (четворострука вредност ствари) и неманифестног фуртума (двострука вредност ствари) виде као својеврсни подстицај жртви да се определи за овакву (четвороструку) санкцију и за учествовање у поступку, а не да убије лопова ухваћеног на делу. С друге стране, Вотсон каже, наводе они, да је овакво кажњавање резултат извесности (код манифестног фуртума) да је онај који је ухваћен на делу, у ствари, лопов.³⁴⁴ Гарупа и Гомез подсећају и да је све до II века после Христа било законито убити ноћног лопова ухваћеног на делу, као и онога ко је дању ухваћен у крађи уколико се бранио оружјем. Једини услов је био да оштећени, викањем, дозове сведоке. Сматрају да је овај захтев за сведоцима очигледно био уведен како би се спречило, како они то називају, стратешко коришћење овакве могућности самоодбране.³⁴⁵ Након II века после Христа, убијање лопова је било незаконито.³⁴⁶ Они истучу и становише Оливије Робинсон да је подстицај жртви да не прибегне убијању оснажен постојањем ноксалне одговорности, пошто је она пружала добре шансе за надокнаду.³⁴⁷

Очигледно је да ови аутори, као уосталом и сви романисти, постепено изобичајавање, па и укидање смртне казне за манифестни фуртум, виде као последицу све већег значаја рационалних и хуманистичких обзира. Међутим, изобичајавање смртне

344 Nuno Garoupa, Fernando Gómez Pomar, „Paying the Price for Being Caught: the Economics of Manifest and non-Manifest Theft in Roman Criminal Law“, *InDret Revista Para el Analisis del Derecho* 1/2005, 4.

345 *Ibid.*, 4, фн. 5.

346 *Ibid.*, 4.

347 *Ibid.*, 4.

казне резултат је процеса релативизације вредности, о којем је било речи. Она постепено добија све већи замах са постепеним увиђањем да је немогуће поништити временски јаз између почињеног и доказаног деликта. Само зачетком такве конфузије у главама ондашњих људи може бити објашњено истовремено постојање ритуализоване и неритуализоване претраге у Закону XII таблица.

Неко ће рећи да је релативизација вредности само друга страна захуктале рационалности. Није тако. Вредности претходе рацију и најчешће су, како указује Леви Строс, производ случајности.³⁴⁸ Рационалности има увек и свуда. У ком ће правцу она кренути – зависи од различите снаге различитих вредности које њом руководе.

Гарупа и Гомез, с друге стране, наводе да економски модел сугерише да се ефикасно застрашивање, одвраћање, постиже када је очекивана санкција једнака друштвеној штети коју причињава кривично дело или прекршај.³⁴⁹ У случају манифестне крађе, могућност детекције и кажњавања већа је него у случају неманифестне крађе за исти ниво ресурса који су ангажовани у хватању и кажњавању, кажу Гарупа и Гомез. Они сматрају да би зато требало очекивати да санкција за манифестни фуртум буде нижа од оне за неманифестни фуртум у случају истог нивоа социјалне штете. Чињеница да је било другачије, по њима, у несразмери је са горе наведеним принципом и као таква упућује на неефикасност.³⁵⁰

Чињеницу да је било другачије, може да објасни само различити карактер друштвених вредности и степен њиховог значаја који је лежао иза норми о манифестном и неманифестном фуртуму. Као што се већ на први поглед види, њу не могу да објасне прости економски критеријуми.

У склопу својих идеја, Гарупа и Гомез износе занимљиво запажање које каже да се манифестна крађа може окарактерисати као само–обавештавајуће (*self-reporting*) понашање, којим прекршилац чини детектовање и извршење много лакшим него

348 „Тако прогрес увек остаје само максимум прогреса у једном смеру који је унапред одређен посебном склоношћу сваког поједица“, Klod Levi Stros, *Rasa i istorija, Rasa i kultura*, Beograd 2011, 75. „Човечанство не еволуира само у једном правцу. И ако, на једном одређеном плану, оно изгледа стационарно или чак регресивно, то не значи да, са друге тачке гледишта, оно није средиште дубоких трансформација“, *Ibid.*, 74.

349 Nuno Garoupa, Fernando Gómez Pomar, 8.

350 *Ibid.*

у случају неманифестног фуртума. Ова друга врста фуртума се, по њима, може ока-
рактерисати као криминална активност која је праћена избегавањем. Наиме, прекр-
шилац је учинио извесне покушаје да прикрије незакониту активност.³⁵¹ Постоје два
разлога због којих санкције треба да буду тако дизајниране да пре охрабрују мани-
фестну од неманифестне крађе, сматрају Гарупа и Гомез. Прво на тај начин се снижа-
вају трошкови истраге и извршења санкција. Друго, тако се смањује прикривање кри-
миналних активности, јер прикривање представља чисто траћење ресурса и чини да
детекција и кажњавање много више коштају.³⁵² Због тога, по њима, манифестна крађа
наноси мање штете друштву од неманифестне крађе, тако да би казна за прво требало
да буде мања од друге, закључују они. Принцип кажњавања у римском праву, по пи-
тању ових врста фуртума је, по њима, у потпуној супротности са овим економичним
и рационалним захтевима.³⁵³ По овим ауторима, још једна ствар никако није разумљива
и оправдана. Кажу да је могло бити да је манифестни фуртум нека врста недовршеног
кривичног дела, а оправданије је појачавање казне за неманифестни фуртум на основу
разликовања у тежини између недовршеног и довршеног фуртума.³⁵⁴

Дакле, по њима, могло је бити да је манифестни фуртум само неуспели поку-
шај почињења фуртума. Овај закључак, на први поглед, делује примамљиво. Међу-
тим, која идеја уствари стоји иза разликовања манифестног и неманифестног фур-
тума? Каква логика стоји иза снажнијег кажњавања покушаја од потпуно извршеног
фуртума?

Очигледно је да се манифестни од неманифестног фуртума разликује по сте-
пену поузданости доказа. Код неманифестног фуртума нема тако сигурних доказа
да је пронађен прави починилац, па је и кажњавање неодлучније. Основна идеја сис-
тема санкционисања крађе дуго је била идеја најоштријег (апсолутног) кажњавања
лопова, али баш зато је било потребно да је он несумњиво утврђен. Треба подсети-
ти да се доста дуго примењивала санкција код које нема могућности исправљања

351 *Ibid.*

352 *Ibid.*

353 *Ibid.*

354 *Ibid.*, 8, фн. 23.

– смртна казна. Једно време је то, код фуртума, била и једина казна (пре Закона XII таблица), јер је степен поузданости расположивих доказних средстава сматран апсолутним. То је време апсолутне владавине идеала да не сме бити временског јаза између почињеног и доказаног деликта. Може се рећи да је такав идеал латентно присутан у свим правним системима и у свако време, само што његова снага данас није толика као онда.

Гарупа и Гомез наводе ставове који су само донекле слични горе изнетој критици њихових запажања. Наиме, они кажу да Ричард Поснер сматра да је у случају неманифестног фуртума велика могућност да невина особа буде осуђена, због великог коштања и брзог застаривања доказа у друштвима као што је то био антички Рим.³⁵⁵ Много је коштало да се пост фактум обезбеде докази, јер су писана сведочанства била веома ретка и скупа, а усмена сведочења кварљивија и мање реална него данас. Друга доказна средства, или нису постојала, или су била врло примитивна.³⁵⁶ Данас је, по њима, могућност погрешне осуде изједначена у случају обе врсте крађе.³⁵⁷ Ова се теорија, истичу ови писци, добро укалапа са широким појмом фуртума и великим подручјем примене *actio furti* у римском праву. Тако, они подсећају да је било каква употреба ствари од стране невласника, која је супротна жељама власника, давала право на *actio furti*.³⁵⁸ Овакве случајеве неовлашћене употребе ствари, или прихода који су добровољно дати у руке потенцијалном прекршиоцу, прилично је тешко разликовати од легалне употребе, истичу ови аутори. Зато, по њима, ово представља извесну сиву област која је погоднија за појаву неманифестне крађе. Зато они сматрају да лакше кажњавање овде смањује трошкове погрешне осуде легалне и легитимне употребе туђе ствари.³⁵⁹ Они наводе да је Поснерова теорија о, као је називају, минимизацији погрешних осуда – доживела критике, јер не може да објасни друга правила древних правних система. Они кажу да је такво *Библијско* правило да је крађа говечета и

355 *Ibid.*, 9.

356 *Ibid.*

357 *Ibid.*

358 *Ibid.*

359 *Ibid.*, 10.

овце кажњавана много теже него када их је лопов убио или уништио, и теже него када се те животиње још увек налазе у поседу криминалца.³⁶⁰

Иза ових решења, чини се, стоји потреба да се казни сам чин крађе (радња), као апсолутно недостојан и неприхватљив чин. То не значи да су на тај начин подстицане последице, или нека друга понашања. Напротив. Чини се да су се ти народи трудили да иду на оно што су видели као корен проблема. Последица је била подређена презреној радњи. Зар то није био случај током целе историје фуртума? Овакав закључак је у потпуној сагласности са тезом која се, поред осталих, доказује у дисертацији да су иза архаичног фуртума стајале апсолутне вредности. Рефлекс тог утицаја је остао и касније, када су на место апсолутних дошле релативне вредности. Он се огледа у томе што је кажњаван, како сам чин неовлашћеног долажења у додир (*contrectatio*) са неком ствари, тако и покушај крађе.

Гарупа и Гомез наводе и како неки истраживачи узрок тежег санкционисања манифестне крађе траже у тежњи римских правника да за прекршаје одговара крива, а не невина особа. То је зато што су били заинтересовани за добру репутацију правног, судског и политичког система.³⁶¹ Како би избегли, или умањили трошкове које би изазвало умањење репутације правног система, они су предвидели мање санкције тамо где је велика могућност да дође до осуде невине особе.³⁶²

Гарупа и Гомез кажу да би санкционисање неманифестне крађе већом санкцијом него у случају манифестне крађе, могло натерати судије да неманифестну крађу кажњавају врло ретко. Зато ниже санкционисање ове крађе оправдање налази, по њиховом мишљењу, у томе што нагони судије да примењују те санкције.³⁶³ Наиме, ови аутори овде имају у виду феномен који називају *chilling effect on judicial behavior*. Тако су данас судије склоне (а очигледно је да ови аутори сматрају да је и у старом Риму било тако) да ублаже санкционисање у односу на оно што је предвиђено законским одредбама. Они то чине путем одговарајућих метода тумачења, истичу Гарупа и Гомез³⁶⁴

360 *Ibid.*

361 *Ibid.*

362 *Ibid.*

363 *Ibid.*, 11.

364 *Ibid.*, 11, фн. 28.

Гарупа и Гомез кажу и да постоје истраживачи, међу којима и Алан Вотсон, по којима је разликовање у кажњавању манифестне и неманифестне крађе производ потребе да се спречи претерано приватно кажњавање манифестне крађе. Треба подсетити да је овде могло доћи до примене смртне казне.³⁶⁵

Могло би се рећи да овакву, већу новчану казну за манифестни фуртум, ови теоретичари виде као неку врсту обавезне композиције. Изгледа као да откуп смртне казне и јесте сврха овако велике новчане казне. То само значи да су опстали разлози за теже кажњавање манифестног од неманифестног фуртума. Који су онда то разлози? На први поглед се чини да је по санкцијама видљиво да архаични Рим није сматрао фуртум таквим преступом да би сваки његов облик, сем манифестног, заслужио смртну казну. Није тако. Неманифестни фуртум настаје због слабљења снаге доказа и доказних средстава. То се дешава услед релативизовања кривице. Пошто је раније она била апсолутна, онда је могао да постоји само апсолутни – манифестни фуртум. Можда би се због тога ове две врсте могле назвати и апсолутним и релативним фуртумом. Иза њих стоје два основна облика кривице, апсолутна и релативна, као и две врсте доказних средстава, подељених по степену поузданости, на апсолутна и релативна доказна средства.

Релативни фуртум почиње да спушта фуртум у преткласичну фазу развоја.

Потпуно је разумљиво, каже Даубе, како је систем Закона XII таблица, мада прогресиван када је уведен, замењиван од стране класичара. Даубе исцртава како је *quaestio* постепено губило свој специфичан значај. Сигурно је, каже он, да је формална процедура са *lanx* и *licium*, која је већ у Закону XII таблица играла минорну улогу³⁶⁶, сада постала застарела. Другим речима, каже Даубе, процедура против онога ко је

365 *Ibid.*, 11.

366 Како Даубе може да тврди да је играла минорну улогу, када је предвиђена у Закону XII таблица? Да ју је законодавац сматрао небитном – не би је ни записао. С друге стране, Даубе је, већ је наведено, изнео став да је овом претрагом санкционисана неритуализована претрага. Како онда може да игра минорну улогу у Закону XII таблица? Чини се како Даубе запада у ову противречност због тога што не увиђа да је разлог за изобичајење ритуализоване претраге у томе што је фуртум постепено изгубио сакрални карактер. Чини се да Даубе сматра да се неке одредбе налазе у Закону XII таблица једино због пуког поштовања традиције. На тај начин он превиђа чињеницу да је Закон XII таблица настао на раскршћу друштвених превирања и промена. Због тога, он сигурно не би записао одредбе које су се изобичајиле.

стопирао обичну претрагу више није улазила у следећу фазу. Више није било друге *quaestio* уколико је прва пала. Сам акт спречавања претраге сада је обезбеђивао адекватан доказ, и претор је, каже Даубе, креирао *actio furti prohibiti adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit*.³⁶⁷

Акт спречавања претраге обезбеђивао је основану сумњу за покретање ритуализоване претраге, како је већ указано. Након *actio furti prohibiti* више нема правог манифестног фуртума, јер нема услова апсолутне несумњивости за доношење пресуде. Након увођења ове тужбе, у суштини, постоји само неманифестни фуртум. Сви облици фуртума су само његове подкатеорије. Знак *furtum manifestum* је задржан из традиционалних разлога.

Али, правило које је укинато на овакав начин, оставило је неке трагове, каже Даубе. *Actio furti prohibiti* је предвидело исту казну као и *actio furti manifesti*, и на тај начин, по Даубеу, јасно показало свој извор у церемонијлној, субсидијарној *quaestio* која је, уколико су украдене ствари пронађене, чинила крађу манифестном. Даубе напомиње да се може видети да *furtum prohibitum* није препозната као посебна врста код Сулпиција, Сабина и Лабена у G. 3. 183. Очигледно је, по Даубеу, да је ово још увек био случај подређен фуртум концептуму и облатуму, и да се као такав појављује код Гаја. Он прво указује на *furtum manifestum*, па на *nec manifestum*, затим на *conceptum* и *oblatum* и коначно на *furtum prohibitum*.³⁶⁸

Изгледа да се не може затворити круг са *furtum prohibitum*. Назив ове установе очигледно указује да се овде уопште не ради о посебној врсти фуртума. Овде је реч о тужби и казни за забрану претраге, јер онемогућава долажење до украдених добара и успоставља прилично снажан (скоро манифестни) доказ о кривици оптуженог. Због те несумњивости је вероватно и предвиђена тако велика казна.

Овом приликом се чини вредним напоменути да постоји становиште да виша санкција за манифестни фуртум служи истим циљевима којима и казна за уцену

367 D. Daube (1937a), 75.

Треба рећи да је фуртум изгубио сакрални карактер и да је зато претрага са ритуалом отпала, а остала је само неритуализована претрага, Вид. фн. 366.

368 *Ibid.*

(*blackmail*).³⁶⁹ Ови аутори истичу да је у случају неманифестног фуртума извесност пост фактум постизања композиције врло мала и да би жртва била принуђена да иницира покретање законског поступка. На тај начин би дискредитујуће информације о лопову биле доступне целој заједници, истичу Гарупа и Гомез. То би ишло на руку друштвеном благостању.³⁷⁰ С друге стране, настављају ови аутори, када је жртва ухватила лопова на делу, онда је постизање споразума о композицији извесније и на тај начин информације о крађи неће допрети до целе заједнице. Зато повећавање новчане казне за манифестну крађу утиче на мању могућност да се крађа прикрије од заједнице.³⁷¹ С друге стране, они истичу да је више у интересу жртве да покрене законску процедуру, јер уколико је лопов инсолвентан – постаје роб жртве.³⁷²

Уколико се такав налаз има у виду, онда не изненађује преторово увођење *actio furti prohibiti*. Она је требало не само да омогући да лопов не избегне одговорност, већ и да постане познат широј заједници.

Даубе се кратко осврће и на тужбу *actio furti non exhibiti*. Њу је споменуо Јустинијан у I. 4, 1, 4, али сем њеног имена нема више информација о њој.³⁷³ Он поставља следеће питање: шта ако је претрага била омогућена, али, при том, пронађена добра нису и предата? По њему, ова ситуација је веома слична оној када се спречава претрага и, по Закону XII таблица, тада је несумњиво тужилац прибегавао поступку *quaestio lance et licio*. Даубе истиче да се случај када пронађена добра нису предата не поклапа потпуно са шемом *actio furti prohibiti*, јер оптужени може изнети приговор да он уствари није ометао претрагу. Даубе износи претпоставку да је *actio furti non exhibiti* уведена како би спречила овакаво изврдавање.³⁷⁴

Види се да Даубе опет износи запажања о крутим формалностима које је могуће избећи, јер њима није све предвиђено. У то време је много тога у правном

369 Nuno Garoupa, Fernando Gómez Pomar, 12

370 *Ibid.*, 13.

371 *Ibid.*

372 *Ibid.*

373 D. Daube (1937a), 75.

374 *Ibid.*, 76. Даубе превиђа чињеницу да су обе врсте претраге само форме самопомоћи. Уколико је оптужени дозволио претрагу (а, при том, био свестан да ће она довести до његовог разоткривања), онда је он довољно слаб и не може се успротивити одузимању пронађених добара (новој самопомоћи).

систему почивало на самопомоћи, јер је живот био уско везан за колектив. Колектив је био гарант живота и гарант правности, па је вероватно све зависило од снаге породица странака у поступку.

Даубе тврди да је вероватно да је преступ *furtum non exhibitum* био учесталији него *furtum prohibitum*. Једном када је претрага довела до откривања добара, оптужени је обично био спреман да их преда, каже Даубе. Ово, по њему, може објаснити чињеницу да Гај не помиње *actio furti non exhibiti*: или ју је заборавио, или у његово време још увек није креирана.³⁷⁵

Даубе наводи да Јустинијанове Институције стоје на становишту да су многе одредбе о фуртуму застареле. То се, по њему, односи и на тужбе за *furtum prohibitum* и за *furtum non exhibitum*. Он каже да не постоји потреба за њима, јер је, с једне стране, држава водила и, уколико је потребно, наметала претрагу и, с друге стране, откриће украдених ствари претрагом, нема више било какве посебне последице, јер чак и *furtum conceptum* и *furtum oblatum* предвиђају једино дуплу новчану казну.³⁷⁶

5.5. *Furtum manifestum* и *furtum nec manifestum*

5.5.1. Разлози разликовања (јоново)

У теорији се јоново и јоново поставља једно исто питање: шта је темељ разликовања манифестног од неманифестног фуртума? Иако је о томе доста речено у оквиру претходних поглавља, постоји потреба да се тамо заузети аргументи укрсте са још неким ставовима.

Вотсон каже како се ово разликовање на манифестну и неманифестну крађу појавило од V века пре Христа (алудира на Закон XII таблица). Он сматра да се питање сврхе ове разлике не може решити и да остаје затрпано у антици.³⁷⁷

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Alan Watson, *Society and Legal Change* (2nd edition) Philadelphia 2001, 37.

Оно што, на први поглед, изгледа јасно је да је приликом класификације облика деликта *furtum*, Закон XII таблица употребио критеријум „неприкривености, очигледности“, или, пак, „прикривености, неочигледности“ крађе.³⁷⁸

Вотсон не мисли тако. Он каже како је етимологија речи *manifestum* нејасна. Претпоставља да је она састављена од именице *manus* (рука), која је вероватно дата у аблативу. Што се тиче речи *festus*, по Вотсону је она комплетна мистерија, јер није познато ни да ли је овај придев изворно стајао уз лопова или крађу. При том подвлачи да га Закон XII таблица придодaje самој крађи. Међутим, Вотсон напомиње да већ Плаут користи придев *manifestus* да означи лопова, или чак другог прекршиоца. Он не види препреку да је ова реч на тај начин коришћена и пре Плаута. Овај антички писац чак користи придев *manifestus*, или прилог *manifesto* код аката мимо крађе где је идеја „руком“, или „у руци“, или „са руком“ одавно нестала. Тако се она наводила код голе лажи и страсног пољупца, каже Вотсон. Он истиче како Закон XII таблица не објашњава разлику између манифестне и неманифестне крађе.³⁷⁹ Што се класичних правника и правника у доба Јустинијана тиче, Вотсон каже да је постојала значајна недоумица како раздвојити манифестни и неманифестни фуртум. Она није отклоњена иако је разлика, имајући у виду санкције, била фундаментална. Вотсон је том приликом изненађен да у изворима уопште нема дискусије о овој разлици.³⁸⁰

Насупрот томе, модерни теоретичари су разматрали ово питање и настале су две основне теорије, каже Вотсон. Једна каже да је било нешто сумње у кривицу оптуженог код неманифестне крађе, али не и код манифестне. Ако је ово тачно, каже

378 Лат. *manifesto* – открити, изнети на видело; *manifestus* – очит, јасан, доказан, *Latinski rečnik*, priređivač Alba Avis, Zemun 2001, 766. Бергер (*Berger*) за *furtum manifestum* каже да је то крађа која је детектована у тренутку почињења. Он наводи и како неки правници проширују квалификацију манифестне крађе и на оне случајеве који не представљају хватања лопова у самом чину крађе. Он као такве наводи: хватање лопова на месту крађе, хватање дању лопова у чијем се поседу још увек налазе украдене ствари, присвајање бачених ствари које је извршио лопов, Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Clark, New Jersey 2004, 480–481.

Чини се да хватање фура на месту извршења деликта, или са самом украденом ствари у рукама, уствари, представља несумњиви чин манифестног фуртума. Зато не може бити говора о томе да се ту ради о случајевима манифестног фуртума где фур није ухваћен у самом чину крађе.

Неманифестни фуртум, пак, Бергер дефинише као крађу која не може бити квалификована као отворена крађа, A. Berger, 481.

379 Alan Watson (2001), 35.

380 *Ibid.*, 37.

он, онда постоји елемент нелогичности у повлачењу разлике. Сумња у кривицу може бити добар разлог за неосуду, али не за фиксирање ниже санкције.³⁸¹

Ето закључка који је, неко ће рећи, провејавао као основни аргумент против објашњења разлике између манифестног фуртума и крађе, које је пружено у дисертацији. Међутим, овде се не ради о сумњи која би довела до неосуђивања, већ о мањој сигурности у кривицу осуђеног. Он није ухваћен на делу, па је грешка увек могућа. Зато је Закон XII таблица предвидео, како санкцију која дозвољава исправку грешке, тако и одговарајућу степенасту процедуру (неритализована претрага – *furtum conceptum, furtum oblatum*). Захваљујући томе може се, бар теоријски, доћи до правог кривца. О томе је већ било речи. Код смртне казне нема исправке. Зашто је онда разликовање (не само терминолошке природе, већ и код санкција) задржано касније када је укинута смртна казна? То није зато да би се подстицало лукавство као код Спартанаца, како би неко могао да повуче аналогни закључак. То је, и даље, несумњиво кажњавање несумњивог кривца.

Вотсон наставља са излагањем ставова друге теорије. Основна њена идеја је да је у раним друштвима, жртва – која би ухватила лопова на делу – вероватно и убила тог лопова. Оригинално правило о манифестном фуртуму је покушај друштва да институционализује самопомоћ и да је стави под контролу државе. Четворострука преторова казна је само даљи корак у овим напорима. Међутим, Вотсон каже да ако је ово тачно, онда је још више запањујуће да разлика никада није нестала.³⁸²

То објашњење не може да побије кључни аргумент да је манифестни фуртум кажњаван смртном санкцијом, у суштини, не зато што је вредност која је њиме угрожена била већа од вредности која је угрожена крађом. Лако би Римљани применили смртну санкцију и за неманифестног фура који је неовлашћено дошао у додир са неком покретном ствари у туђем дому, да су били сигурни да неће бити потребе за исправком. Једно време је сигурност такве врсте пружала ритуализована претрага, па је сваки фуртум подводила под манифестни фуртум.

381 *Ibid.*

382 *Ibid.*

Неманифестна крађа је настала, у једном тренутку, када је процес, који је био мотивисан потребом за индивидуализацијом кривице и одговорности, узео маха. Та индивидуализација је већ започела код манифестног фуртума. Међутим, код неманифестног фуртума та потреба је израженија, јер је неизвесније питање ко је заправо прекршилац. О томе је било речи у претходним поглављима. Неочигледна кривица (неманифестна крађа) је неизвесна, релативна кривица. Отуда ту потреба, како за индивидуализацијом одговорности, тако и за њеном релативизацијом.

Вотсон истиче како Томас тврди да је ова разлика опстала баш због њене мале практичне вредности. Томас каже да ће често бити коришћена кривична тужба уместо деликтне *actio furti* баш зато што прекршилац због свог сиромаштва није могао да плати вишеструку новчану казну. Вотсон пак, овај аргумент, с правом сматра неуверљивим. Зато што се дешавало да роб буде у улози лопова, па би било могуће поднети *actio furti* против господара. Чак и да господар није био спреман да плати, могао је да преда роба, каже Вотсон.³⁸³

Вотсон не критикује основну слабост Томасове теорије. По њој следи: када је немогуће економски зарадити на кажњавању, онда долази до чисто кривичног кажњавања. Како се то уобичајено каже, сиромаш увек плаћа скупље. Ово, ипак, није темељ разлике. У почетку није било, нити је могло бити, новчаног кажњавања за почињени фуртум. Касније, када је успостављена и таква санкција, задржана је разлика у њеној висини између манифестног и неманифестног фуртума. То говори у прилог опстајања нечега од природе почетног разликовања.

Неко може рећи да би, гледано са модерне тачке, манифестни фуртум представљао кривично дело, а неманифестни приватни деликт. Ти аутори ће рећи да је код манифестног фуртума присутан велики степен друштвене опасности, за разлику од неманифестног фуртума, и да су томе прилагођене и санкције. Међутим, санкције су само симптом.³⁸⁴ Из свега што је до сада речено произлази да друштвена опасност

383 *Ibid.*, 45, фн. 29. Вотсон упућује на J. A. C. Thomas, *The Institutes of Justinian*, Cape Town 1975.

384 Вотсон пак сматра да важност разликовања између манифестног и неманифестног фуртума (он, иначе, каже да је сваки фуртум могао бити или манифестан или неманифестан) лежи у казни, Alan Watson (2001), 34–35.

није оно што пресудно одваја једну врсту фуртума од друге. Манифестни фуртум је дуго био једина врста. Неманифестни фуртум је настао у тренутку када више није било могуће савладати временски јаз између почињеног и доказаног деликта. Таква немогућност се јавила, јер су одговорност и кривица ушле у процес индивидуализације и самим тим релативизације. Зато фуртум постаје крађа. Због релативизације кривице и одговорности више није могуће успоставити нарушену равнотежу између овозарног и оностраног. Нестала је жртва. Пошто више нема равнотеже између два света, релативни аргументи приземног света почињу да играју све запаженију улогу. Ето световног фуртума – неманифестне крађе.³⁸⁵

На овом месту се треба вратити антропологији.

„На исти начин, елементи митског мишљења увек се налазе на пола пута између опажаја и појмова. Било би немогуће издвојити прве из конкретне ситуације у којој су настали, док би прибегавање другима захтевало да мисао бар привремено може да остави по страни своје пројекте. Међутим, постоји нешто што посредује између слике и појма. То је знак, пошто га увек можемо дефинисати (као што је то Со-сир први учинио говорећи о посебној категорији језичких знакова) као везу између слике и појма, који, у тако оствареном споју, играју улоге означитеља и означеног.

Као и слика, знак је нешто конкретно, али он је по својој моћи упућивања сличан појму: и један и други не односе се искључиво на себе саме, већ могу да означе и нешто друго. Ипак, појам има у том погледу неограничен капацитет, док је капацитет знака ограничен“.³⁸⁶

385 Овде је потребно напоменути како Дејвид Боген (*David Bogen*) упућује на Келијев (*Kelly*) став да је разлика између манифестног и неманифестног фуртума заснована на снази доказа која објашњава и разлику у кажњавању. Поред тога, каже Боген, Кели даје и алтернативно објашњење по коме је четворострука казна предвиђена тамо где је право уствари било немоћно. Тако би манифестни фуртум представљао крађу која је почињена дању од стране групе која је толико моћна да не може бити подвргнута правном кажњавању, или ноћу од лопова који су лишени добитка, David S. Bogen, “Ignoring History: The Liability of Ships’ Masters, Innkeepers and Stablekeepers Under Roman Law”, *Am. J. Legal Hist* 36/1992, 335, фн. 33. Мотив законодавца за креирање извесне одредбе не може се утврдити на овакав начин на који то Кели чини, када даје алтернативно објашњење. Теже кажњавање се, иначе, предвиђа, пре свега због веће вредности коју законодавац жели да заштити. Поред тога, снага санкције је еквивалентна степену доказаности. Зато најтежа казна свој ослонац налази и у несумњивости почињеног прекршаја – у некој врсти његове аутоматске доказаности – тако је макар било код манифестног фуртума.

386 Klod Levi-Stros (1978), 58–59

Разлику између манифестног и неманифестног фуртума треба схватити не као разлику између два појма, већ као разлику између два знака. Њихов „капацитет је ограничен“. Они указују на исту појаву – на неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари и тиме угрожавање светости и спокојства туђега дома. Једино је у првом случају несумњиво реч о таквом понашању. Једино је први знак, знак јединства два света – оностраног и оностраног.

„Та разлика и сличност лепо се виде на примеру домаћег мајстора. Погледајмо како он ради: иако је понесен својим пројектом, његова прва практична радња је ретроспективна; он мора да се обрати једној већ постојећој скупини алатки и материјала; да направи њен први или поновни попис; најзад, и нарочито, да заподене са њом неку врсту разговора да би, пре него што изврши избор, направио преглед могућих одговора које она може да пружи на проблем који је пред њу постављен... Делови које домаћи мајстор скупља и употребљава „пренапрегнути“ су као и саставни делови мита, чије су могуће комбинације ограничене због тога што су они узети из језика у коме већ имају један смисао који ограничава слободу руковања њима“.³⁸⁷

Ова два знака (*furtum manifestum* и *furtum nec manifestum*) су пренапрегнута. Могућност њихове употребе је ограничена, јер су „узети из језика у коме већ имају један смисао који ограничава слободу руковања њима“.

Неманифестни фуртум, од самог свог настанка добија нека појашњења у виду *furtum conceptum* и *furtum oblatum*. Пошто је ту реч о наставку процеса индивидуализације и релативизације кривице, онда домаћи мајстор бива принуђен да лично доради постојећу терминологију. Речено је да неманифестни фуртум настаје тек са Законом XII таблица. Очигледно је да је домаћи мајстор овај термин сковао имајући у виду основну супротност нове у односу на постојећу појаву. Реч је о несумњивости код старе и не – несумњивости код нове. Са новом не – несумњивом појавом је настала могућност испостављања приговора оптуженог – *furtum oblatum*.

„Како су први мотиви који су навели човека да проговори биле страсти, његови први изрази су били Тропи. Најпре је рођен сликовит језик, а дословни смисао

³⁸⁷ *Ibid.*, 59.

је последњи пронађен. Ствари ће се назвати правим именом тек када буду виђене у свом правом облику. У почетку се само говорило кроз поезију; размишљање је почело тек много доцније³⁸⁸.

Зар није очигледно да је код класификације на *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* (а у оквиру овога на *furtum conceptum* и *furtum oblatum*) реч о сликовитој разлици. Овде санкције не успостављају разлику. Оне само прате сликовиту поделу, која је пак рођена са увиђањем временског јаз између почињеног и доказаног деликта. *Furtum oblatum* се налази на најудаљенијој тачки од почињеног деликта. Зато тај знак у Закону XII таблица може да дође тек на крају колоне *furtum* подзнакова.

5.5.2. *Furtum manifestum*

5.5.2.1. Природни и не-природни манифестни фуртум

Правник Гај помиње схватање по коме манифестни фуртум постоји или по закону, или по природи. Он се не слаже са тиме, већ сматра да фуртум може да буде манифестни само по природи. Закон једино може, сматра он, да за некога предвиди санкцију као да је починио одређени преступ, иако то није био случај.³⁸⁹

На основу досадашње анализе, може се рећи да Закон XII таблица није унео било какве измене у сама правила о манифестном фуртуму. Он их је само преузео онаква каква су била пре, а тада је, иначе, сваки фуртум био манифестни фуртум. Промена коју је овај акт унео огледа се у формирању категорије неманифестног фуртума и у формирању, са њом повезане, неритуализоване претраге. То све значи да је Закон XII таблица увео нову политику: стварају се нове установе које не настоје да пониште временски јаз између почињеног и доказаног деликта.

Даубе сматра да Гајева фраза „природна“ крађа указује на нешто што се подразумева у свакодневном говору. С друге стране, закон може креирати другу категорију

388 K. Levi Stros, *Totemizam danas*, Beograd 1979, 133 (Овде Леви Строс наводи Русоово запажање).

389 G. 3. 194.

крађе. По њему, неки магарац може бити коњ, подвлачи Даубе. Да ли, наставља он, за заступнике ове доктрине, врсте креиране законом морају поседовати минимум *prima facie* сличности са изворном, природном врстом, тешко је разазнати. Вероватно не, каже Даубе. Све у свему, по овом аутору, откриће ствари путем церемонијалне претраге, коју предвиђа Закон XII таблица, подводи се под манифестну крађу, јер изгледа јасно да је довољно различито од неманифестне крађе. Зато није потребно неко посебно објашњење. Даубе каже да је иста „школа мишљења“ начинила законско плодуживање, које има мало заједничког са „природним“ плодуживањем.³⁹⁰

Већ је наведено да ритуална претрага поништава објективно постојећи временски јаз између почињеног и доказаног прекршаја. Тиме, она, уместо истраживања деликта крађе доводи до васпостављања фуртума. То је зато што она, захваљујући својој природи, има апсолутну моћ којом успоставља равнотежу између овогстраног и оногстраног света. То чини путем акта жртвовања несумњивог преступника.

Даубе испоставља примедбу Гају да је у својим промишљањима о праву заборавио да спомене да је право могло да предвиди казну као да се десио *furtum manifestum*, мада је, у ствари, на делу био само *furtum nec manifestum*.³⁹¹

Изгледа да Даубе не примећује да Гај управо наглашава значај процесних наспрам материјалноправних разлога. Зато се не може рећи да су Гајева запажања противречна. Право подређује себи чињеницу управо путем процеса. Да су чињеница и право сагласни сами по себи, не би било потребе за процесом. Тада би постојала само аутоматска примена санкције, као у случају када је фур непосредно ухваћен на делу. Када су чињеница и право сагласни сами по себи, онда и нема правих правних норми, већ се ради о неким вишим, несумњивим, религијом обојеним нормама. Свакако да у поступку подређивања чињенице праву, она има и те каквог утицаја на право. Зато се Гајево запажање чини итекако снажним. Управо се на страни процеса и јављају највеће злоупотребе. Злоупотреба се може одредити или као занемаривање,

390 D. Daube, „Greek and Roman Reflections on Impossible Laws“, *Natural Law Forum* 12/1967, 27.

391 *Ibid.*, 28.

или као супротстављање чињеницама. Уколико се путем поступка – чињеницама придаје шири значај, онда нема речи о њиховом неуважавању. Онда ту није реч ни о *сујројистављању*. Ту може бити речи о практичним потребама које чињеницу тумаче на практично могућ и користан начин. Такве је природе, делимично, пример третирања онога у чијој је кући путем ритуалне претраге пронађена туђа ствар, као манифестног фура. Већ је код манифестног фуртума, где је фур непосредно ухваћен на делу, присутна индивидуализација кривице и одговорности. Та индивидуализација наступа због непосредности. Код одговорности и кривице утврђене путем ритуалне претраге реч је, такође, о њеној индивидуализацији. Овом приликом она наступа због поништене посредности и воспостављене непосредности. С друге стране, претрагу *lance et licio*, као што је већ наведено, треба посматрати и као ритуал и као игру. Ритуал се боји чињеница, јер им придаје онострани карактер. Зато се труди да таквим чињеницама прилагоди људске институције (зато архаични ритуали не могу да спознају праву природу чињеница). Игра, с друге стране, чињеницама придаје шири значај и тумачи их зарад практичних потреба на практично користан начин. Међутим, без потпуно практичног тумачења чињеница нема спознаје њихове праве природе, и нема успостављања њихове правне природе и потпуно правних норми.

Кључна тачка Гајеве, као и супротне доктрине, је, по Даубеу, „природна“ манифестна крађа. По њему, ово је уједно и једина могућа врста, јер се оне не могу стварати законом.³⁹² Даубе Гају испоставља рачун противречности,³⁹³ а управо он улази у противречност.

Наиме, Даубе на једном месту каже: *Even in law, an ass cannot be a horse: we can only transfer to it the rules relating to a horse as if it were one, too.*³⁹⁴ Насупрот томе, залаже

392 *Ibid.*

393 То Даубе чини на следећи начин: Гај јасно износи став да може да постоји само природна манифестна крађа, а не и законска. Међутим, он на крају набрајања шта све може закон да уради, није извукао закључак да закон може да предвиди санкцију као да се ради о манифестном, иако чињенице указују на неманифестни фуртум, *Ibid.* Чини се да је овакав Даубеов став неодржив. У полису као заједничкој ствари равноправних грађана, тешко да је закон могао било шта да намеће. Пре ће бити да је морао да одговара и друштвеним схватањима и друштвеним очекивањима. Зато, ако је нешто третирано као манифестни фуртум, са тако страшном санкцијом, онда је то, према схватањима заједнице, несумњиво, и зато – и природно – морао бити манифестни.

394 *Ibid.*

се за уважавање чињенице да у време ритуализоване претраге (он је овде назива церемонијалном), не може бити никакве сумње у кривицу онога ко јој се од самог почетка опире.³⁹⁵

Ако нема сумње, онда је реч о несумњивом, неманифестном фуртуму.

Управо доказни поступак (у виду ритуализоване претраге) омогућава да се пронађени фур третира као манифестни, јер је очигледно да се украдена ствар налази код њега (у његовом домаћинству, или међу стварима које припадају том домаћинству).³⁹⁶ Зато је поништена временска дистанца између почињеног и доказаног деликта, и због тога су несумњиве његова кривица и његова одговорност. Дакле, код ове претраге се ради о томе да је закон, у складу са друштвеним схватањима, само признао очигледну (природну) чињеницу – да је реч о манифестном фуру и манифестном фуртуму. Ту нема никакве фикције о којој говори Даубе.³⁹⁷ Сакрални ритуал се плаши сакрално схваћене чињенице, и зато јој уподобљава норму. Овде је реч о сликовитом језику, а не о фикцији.

С друге стране, не би се могло рећи да фикција представља злоупотребу. Напротив, она може да има искључиво практичну, друштвено корисну сврху.

Даубе у вези овог питања тражи аналогију у модерној дебати о правном лицу. Прва доктрина, коју Гај одбацује, каже Даубе, најближа је теорији о фикцији, са својом претпоставком о „природном“ лицу и оном које је креирано од стране „закона“. Међутим, подвлачи Даубе, теорија фикције настоји да у законској креацији види ствар *of lesser standing*. Овај елемент је, каже Даубе, стран римској доктрини будући да она поставља на исти ниво манифестну крађу по „природи“ са оном која је манифестна „по закону“.³⁹⁸

Стално се мора имати у виду да је ова римска класификација на манифестни фуртум и неманифестну крађу настала у једном сликовитом језику из практичних,

395 Он чак изричито каже да се, у случају те претраге, закон не сукобљава са чињеницама: „The code, therefore, in decreeing *furtum manifestum esto*, did no violence to the facts, gave *furtum manifestum* only a slightly extended meaning”, *Ibid.*, 27.

396 Сам починилац припада својој патријархалној породици, којом управља патер фамилијас.

397 „The statute is, of course, upheld, but reinterpreted as expressing a fiction, shorthand way... It merely lays down that the case – which remains different – should be treated as if it were the same“, *Ibid.*, 28.

398 *Ibid.*

процесних потреба. У том језику, манифестно у ствари значи *нейосредно, њпред очима*, а неманифестно значи супротно од тога. Ритуализована претрага није законска, већ религијска креација. Она је много старија од Закона XII таблица.³⁹⁹

С друге стране, Даубе, аналогију другој доктрини, чији је Гај заступник, налази у схватањима која носе назив симболизма, изједначавања, или колективистичких теорија. По симболистичкој теорији, наводи Даубе, правна личност није ништа друго до средство да се експедитивно и на једноставан начин изразе компликовани

399 Када је већ реч о разликовању на природну и законску манифестну крађу, онда вреди навести Флечерово (*Fletcher*) полазиште да је у римском праву *furtum manifestum* сматрана природном чињеницом. Она није дефинисана позитивним правом, каже он. Како би поткрепио ову своју тврдњу, он се позива на Гајев извештај у G. 3. 194. Исто тако, Флечер наводи да све до XX века – закони и други правни извори (*statutes and cases*) карактеристично говоре о крађама без икаквог напора да дефинишу тај појам, George P. Fletcher, „The Metamorphosis of Larceny“, *Harvard Law Review (HLR)* 3/1976, 479 фн. 38. Он каже да је слика понашања које се може окарактерисати као крађа у неким случајевима помешана са елементима силе. Крађа у *common law* систему, наставља он, претпоставља преступ, и преступе који су почињени *vi et armis*. У већини правних система, каже Флечер, крађа уз употребу силе формира посебан преступ, *rapina, Raub* или *robbery, Ibid.*, 479. Он напомиње да је у раном *common law* систему *robbery* означавало отворено узимање, *a theft* потајно узимање, *Ibid.*, 479 фн. 42.

Флечер каже да је један од најранијих корака у развоју (он у овом свом чланку скицира развој норми о крађи од најранијих времена до данас), који је за сврху имао да приватну егзекуцију трансформише у формализовани јавни процес какав постоји данас, представљало ограничење приватне егзекуције дужношћу да се претходно дозову остали припадници заједнице, *Ibid.*, 479–480. Сврха тог дозивања (*outcry*, како то каже Флечер) била је у томе да обавести заједницу о предстојећој егзекуцији. Она је, по овом аутору, обезбеђивала јемство да убица неће бити третиран као криминалац. У римском праву, ова институција дозивања је каже Флечер (*institution of the outcry*), проширила категорију манифестног лопова, како би она обухватила и лопове који су крали дању и том приликом пружали отпор, *Ibid.*, 480.

Флечер сматра да су важне промене по питању крађе настале када су кривични судови заменили приватне егзекуторе, *Ibid.* „Основне промене су: (1) нестанак правила да лопов мора да украде из власникове куће или земљишта (Флечер воли да каже *from the owner's enclosure*, примедба О. В.)... (2) појава имунитета држаоца... и (3) елиминација *furtum nec manifestum* као основе за кажњиву накнаду штете. Имплицитна је претпоставка да су ове три промене повезане“, *Ibid.*, 490. Када говори о овим променама, Флечер има у виду векове развоја на Западу након пада римске државе. Принцип објективног криминалитета, каже Флечер (*objective criminality*), у ствари је представљао судско настављање стандарда који су владали у античкој институцији манифестне крађе, *Ibid.*, 480–481.

Када је реч о имунитету држаоца о коме говори Флечер (*possessorial immunity*), онда треба навести и његово мишљење да је античко право, мада није знало за имунитет држаоца, знало за значај обима неког простора (*perimeters*). Тако Флечер наводи да је Воткинс (*Watkins*) сматрао обим неког простора (*perimeters*) или *enclosures*, као структурне форме у прототипској Индо-европској форми крађе, *Ibid.*, 478 фн. 37. „Иста основна форма се налази у (1) правилу које захтева да лопов буде ухваћен у нечијем простору и (2) у правилу које каже да проналазак ствари у кући осумњиченог након спроведене формалне претраге *cum lance et licio* чини од осумњиченог *fur manifestus*“, *Ibid.*

За разлику од Флечера и Воткинса, не треба бити опседнут самим простором као простором. Шта је оно што одређен простор чини тако значајним? Па његов сакрални карактер, а шта би друго.

односи између „природних“, стварних особа, које једино у ствари и постоје. Не постоји правна личност., каже он. Право се односи само на *natural person*. Али, зарад ефикасности, употребљава се компактни опис замршених односа, као да постоји нека друга особа. На тај начин су фикције део симболистичке теорије, истиче Даубе.⁴⁰⁰ Између симболистичке и теорије о фикцијама, Даубе види само разлику у нијансама. Он зато напомиње да Гаја види као присталицу теорије фикције.⁴⁰¹

Овде се долази до аргумената који су изнети када је било речи о процесним и практичним разлозима, због којих је онај у чијој је кући пронађена неовлашћено однета ствар – сматран манифестним фуrom.

Даубе напомиње како симболисти кажу да је некада једноставно прикладно рећи да је корпорација правна личност.⁴⁰²

Поставља се питање: зашто је прикладно такво нешто рећи? Одговор се подразумева: из практичних потреба. Лакше је симболом изразити све те сложене међуодnose правих личности, стварних особа. Али, симболисти заборављају да и симболи имају свој живот, заборављају да и симболи са своје стране креирају живот. Они се осамостаљују и добијају свој пут. Њима бивају одређена правила игре, али они постају и субјекти игре.

По Даубеу, Гајева доктрина је упадљиво слична овим доктринама. Једино су манифестна крађа, крађа, неверство или убиство „природни“. Не постоји „законска“ манифестна крађа, браколомство или убиство. Када закон објављује да је нешто једно од ових ствари, све то значи да су последице исте као да је нешто од тога „природни“ злочин, као да је управо он почињен, истиче Даубе.⁴⁰³

Он поставља питање: која је од ове две доктрине старија? Њему се чини да је то она коју је Гај одбацио: постоје две врсте манифестне крађе, једна „природна“ и друга „законска“. Ова доктрина је, по Даубеу, вернија речима и духу одредби, које говоре о манифестној крађи.⁴⁰⁴

400 D. Daube (1967), 28.

401 *Ibid.*, 28–29, фн. 110.

402 Вид. *Ibid.*, 29.

403 *Ibid.*

404 *Ibid.*

Манифестни фуртум обухвата све случајеве где је несумњиво ко је починилац и где је несумњиво где се налази ствар која је била предмет фуртума. Та подела је изршена с обзиром на процесне, практичне разлоге. Код ритуалне претраге, тек након њеног спровођења долази до категорије манифестног фуртума.⁴⁰⁵ Или нема потребе за спровођењем доказног поступка и утврђивањем чињеница, или је доказни поступак успешно спроведен и дао је, у то време једино могуће, несумњиве резултате.

Дакле, Гајево објашњење захтева исправку. Није закон приписао последице одређеном прекршају и тиме га сврстао у „природни“ манифестни фуртум, већ је за закон оно што је несумњиво, непосредно, истовремено и природно. То је оно што више није потребно истраживати.

Даубе каже да је Гајева доктрина смелија и независна. Даубе каже како је овај „законски“ манифестни фуртум, у то време (време доношења Закона XII таблица), виртуелно био манифестна крађа, а касније је изгубио тај карактер.⁴⁰⁶

405 Овом приликом је занимљиво осврнути се на Флечерову критику студије у којој Воткинс тврди да је *furtum manifestum* индоевропски прототип. Флечер оправдано указује и да Библија сведочи о приватном гоњењу манифестног лопова на древном Блиском истоку. Тако у Старом завету у Егзодусу постоји разлика између ноћног лопова ухваћеног на делу (Егзодус 22:2) и особе која је ухваћена у продаји, клању, или држању украдене животиње (Егзодус 21:37). Прва је могла бити убијена, а друга је најчешће морала новчано накнадити штету, G. P. Fletcher, 477–478.

Флечер сматра да су ове, како их назива, исконске форме крађе поседовале два својства која су наставила да обележавају правне норме о крађи у њиховом развоју у Западној Европи. Прво својство је, наводи Флечер, да лопов краде из ограђеног простора (*enclosure*). Тако Библија за лопова каже да је он онај који поткопава, каже Флечер. Друго је, наставља он, то што се код манифестне крађе претпоставља да када лопов угрози туђу имовину (*enclosure*), неке типичне (*peculiar*) форме понашања постају манифестне. Ово се, каже Флечер, подразумева у институцији приватног погубљења. Не може бити некажњеног убијања, каже Флечер, ако у заједници постоји сумња да је убијени човек стварно лопов. Ако се не жели крвна освета, убиство лопова мора бити оправдано чињеницама које су познате јавности – било тако што су свакоме видљиве или тако што су други одмах призвани, *Ibid.*, 478. Флечер сматра да систем приватне егзекуције, како га он назива (*a system of private execution*), не толерише грешке приликом утврђивања кривичног дела крађе и починиоца, *Ibid.*, 479.

Када је већ реч о *enclosure*, како то Флечер воли да каже, онда треба имати у виду и његово упућивање на став у теорији који каже да – по римском праву – лопов мора бити ухваћен унутар таквог простора. Ово гледиште, по Флечеру, подржава Гај када наводи различите интерпретације манифестног фуртума и том приликом износи став да је манифестни лопов онај који је ухваћен унутар простора где је крађа почињена (G. 3. 184.), *Ibid.*, 478 фн. 36.

У сваком случају, на основу изворног материјала, чини се, може се мирна срца закључити да манифестни фуртум мора бити ухваћен унутар туђег домаћинства. Или пак код њега мора бити пронађена туђа ствар која ће несумњиво указати да је он неовлашћено био у туђем домаћинству. Пошто се путем те несумњивости поништава временски јаз, онда се може рећи да је он и овде ухваћен како неовлашћено борави у туђем домаћинству.

406 D. Daube (1967), 29.

Гајева доктрина, каже Даубе, није ништа више његова него она коју одбацује. Она једноставно наглашава објашњење које је дао Гелије. Може се рећи, каже Даубе, да нити је Гелије користио Гаја, нити Гај Гелија. Јасно је, по Даубеу, да је средином II века после Христа ова доктрина била популарна. Даубе износи могућност да је њен аутор био Лабен, јер се уклапа у његову класификацију различитих облика крађе. Даубе се осврће на, како их назива, паралеле које је начинио Гај. Наиме, Гај каже да је закон од неманифестног лопова могао начинити манифестног исто као што је од онога ко није лопов могао начинити лопова; од непрељубника прељубника и од неубице убицу. Ни један од ова три случаја није насумице одабран, каже Даубе. Он истиче да је, у сва три случаја, проблем креиран захваљујући апсолутизовању моћи законодавца у претварању чињеница у други квалитет.⁴⁰⁷

У дисертацији је прихваћен став да тек од Закона XII таблица постоје и манифестни и неманифестни фуртум. Пре Закона XII таблица само први. То је зато што када прекршилац није непосредно ухваћен на делу, на сцену могу ступити само две претраге: ритуална и неритуална. Прва васпоставља манифестни фуртум, а тек друга на прави начин доприноси увођењу нове појаве, крађе, или неманифестног фуртума. *Furtum conceptum* је неманифестни фуртум. То је крађа која је откривена након неритуалне претраге. *Furtum oblatum* је подметнута крађа. Она је уведена истовремено са неритуалном претрагом, и подразумева спровођење другогостепеног поступка који одлаже извршење по првостепено утврђеном резултату те претраге. Значи, без неритуалне претраге, у суштини, никако не може бити неманифестног фуртума.

Даубе претпоставља да је у Гајево време *actio furti oblata*, а вероватно још увек не и *actio furti concepti*, могла бити поднета само у случају да постоји *dolus*. У ствари, каже Даубе, она се подизала у случају да је оптужени промишљено оставио ствар код тужиоца како би тужилац био инкриминисан, а не тужени. Ово значи, наставаља овај аутор, да је од сада само лопов могао бити осуђен путем поступка који се покреће овом тужбом, без обзира да ли је он био особа која је прва украла ствар.

407 *Ibid.*

У класичном праву *contrectatio* (Даубе га преводи као *illicit, nasty handling*) постаје срж деликта фуртум, истиче Даубе. Он сматра да је, пре овог периода, за крађу могла да одговара и особа која није лопов.⁴⁰⁸

Већ је речено да је неритуализована, насупрот ритуализованој, уводила обориву претпоставку кривице њоме пронађеног фура. Она се могла оборити само у другостепенем поступку по *actio furti oblati*. Ако је у првом претпостављана кривица, онда је тако морало бити и у другом. Чим се докаже да је оптужени оставио украдену ствар код тужиоца, претпостављало се да је ту ствар подметнуо. Изгледа да је у време примене ритуализоване претраге било подметања ствари која је предмет фуртума, како би се лицу, код кога ствар буде пронађена, наместила смртна казна.

Увођењем *furtum oblatum* законодавац је, чини се, хтео да стане на пут таквим нечасним поступцима – макар када је у питању неритуализована претрага.

Furtum conceptum и *furtum oblatum* су два подоблика неманифестног фуртума. Ако је код крађе⁴⁰⁹ реч о потајном и нечасном одузимању туђе државине, зар се код тих случајева не ради управо о томе? Изгледа да се у Риму потајно могло изједначити са противправним. Може се рећи да је све потајно било противправно, али све противправно није било потајно. Тако су телесне повреде биле и јавне и противправне, као што је манифестни фуртум био манифестни прекршај.

С друге стране, манифестни фуртум би неко могао да одреди као покушај потајног одузимања туђе државине ради успостављања државине фура. При том покушају, фур је ухваћен на делу. Само се због тога он назива манифестним лоповом,

408 *Ibid.*, 31. Иако Даубе одмах након овога испоставља извесне резерве према Гају, треба рећи да овај на више места јасно наводи туђе ставове. То је видљиво, поред осталог, управо код Гајевог изношења различитих ставова о *furtum conceptum* и *furtum oblatum*. Очигледно је да је то његов манир. Можда у то време то није био обичај, али код Гаја сигурно јесте. Зато се чини да се не може прихватити Даубеова оцена о некаквом Гајевом не навођењу туђих ставова и некавом механичком и несистематском ређању различитих ставова. Па, Гај је први римски правни писац који је створио систем. Тај систем је дуго након њега био општеприхваћен приликом излагања правне материје.

Даубе, иначе, истиче да је дуго пре Јустинијана *dolus* био захтеван и за *furtum conceptum* и за *furtum oblatum* и да су обе ове врсте потпадале под неманифестни фуртум, *Ibid.*, 32.

409 Треба подсетити на већ заузет став да је само неманифестни фуртум, у ово време, могуће квалификовати као крађу.

а тај фуртум манифестним фуртумом. Ако би се прихватио такав закључак, онда би се могло рећи да, у суштини, постоји само један фуртум. Све подврсте фуртума би биле само облици почињене радње, стандардизовано изражени одговарајућом правно – језичком формулом.

Али, то није логично. Како може да се за покушај теже одговара него за компетиран деликт? Можда зато што је покушај био манифестан, па је због тога без сумње указивао на долус?

Управо зато то и није био покушај, него компетиран деликт. У ствари, то је више био религијски преступ. Дакле, несумњиви долус је оно што манифестни фуртум одваја од неманифестног. Код овог другог постоји објективна противправност, и зато оборива претпоставка кривице.

То је у складу са већ заузетим ставом да се две врсте фуртума, у суштини, нису разликовале по заштином објекту, него по снази доказа. Она је довела до квалитативно другачије појаве – неманифестног фуртума (крађе).

Поред осталих теоретичара, и Џаблин (*Jablon*) наводи да је мања казна за неманифестну крађу предвиђена вероватно због веће могућности за грешку приликом осуде лопова који није ухваћен на делу.⁴¹⁰

Ритуализована претрага доводи до васпостављања манифестног фуртума. Ту нема покушаја, већ је очигледно да се ствар једног дома неовлашћено налази у другом дому. Значи ствар је, у том случају, већ успешно и потајно однета. Зато се може рећи да манифестни фуртум несумњиво кажњава несумњиву дрскост. Пре Закона XII таблица, свака дрскост је могла бити само несумњива, а након њега је могла бити и не-несумњива.

Даубе каже да је и код крађе и код плодоуживања превладала Лабеонова доктрина да се законско стање ствари не може претворити у природно. Он каже да Гај, Гелије, Јустинијан и Теофилус следе овај поглед. Што се плодоуживања тиче, он Павла и Улпијана сврстава у сведоке ове доктрине.⁴¹¹

410 Iian D. Jablon, „Civil Forfeiture: A Modern Perspective on Roman Custom“, *California Law Review* (CLR) 27/1998–1999, 253–254.

411 D. Daube (1967), 41.

Ради се о томе да је у ова два случаја постојало познато законодавство, које је објављивало да је скуп чињеница оно што он *prima facie* није био, истиче Даубе. Тога је било, како код манифестног фуртума, тако и код плодуживања. Он каже да су преко расправљања о претрази са “парчетом тканине преко бедара и тањиром”, три друга случаја изведена: крађа као таква, браколомство и убиство.⁴¹²

Пре ће бити да се ово мора разумети у контексту целокупне законске одредбе. Законодавац каже да ће ово бити манифестна крађа, али пре тога каже ако се након те и те процедуре нађе ствар. Дакле, очигледно је да је ритуализованом претрагом савладан временски јаз између почињеног и доказаног деликта.

5.5.2.2. Санкција и манифестни фуртум

Даубе сматра да се из примера са Јосифом и његовом браћом⁴¹³ тешко може извући закључак да се јеврејско и египатско право разликују у случају крађе. Једина чињеница која је, по Даубеу, сигурна – јесте да је, по јеврејском праву, лопов који је идентификован и ухваћен након потере и претраге, обично био убијан.⁴¹⁴ „At least the thief who had stolen a sacral thing from a palace“. Он сматра и да је у Израелу, као и у многим другим земљама, за сваку врсту крађе изворно примењивана смртна казна.⁴¹⁵ Међутим, управо примери које је Даубе навео⁴¹⁶ сведоче нешто друго. Тако се у Књизи Изласка каже:

„22. 2. Ако се лупеж ухвати гдје поткопава, те буде рањен тако да умре, да не буде крив за крв онај који га буде убио.

22. 3. Али ако се буде сунце родило, да је крив за крв. А лупеж све да накнади; ако ли не би имао, онда да се он прода за своју крађу.

22. 4. Ако се нађе што је покрао у његовој руци живо, био во или магарац или овца или коза, да врати двоструко.“⁴¹⁷

412 *Ibid.*, 43.

413 Вид. поглавље 5. 2. 5. 2. Клетва, претходна сагласност на казну и индивидуална одговорност.

414 D. Daube (1937a), 63.

415 *Ibid.*, фн. 3.

416 Вид. *Ibid.*

417 *Друја књига Мојсијева*, 22. глава.

Гајев извештај о фуртуму у Закону XII таблица само донекле подсећа на горње редове из Библије.

У *Сџаром завейу*, смртна казна није неизбежна санкција код сваке крађе, већ само код ноћне крађе. У случају дневне крађе, могуће је да лопов потпадне под ропство („онда да се он прода за своју крађу“).

Римљани су, пак, под манифестним фуртумом подразумевали прекршај неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари у туђем домаћинству. За такво што потребно је да постоје сведоци. Нема ноћног манифестног фуртума, а да то, сем жртве, нема ко да посведочи. *Сџари завей* овде ништа не говори о присуству сведока. Закон XII таблица тражи да жртва дозове сведоке. Међутим, може се поуздано тврдити да су у случају сваког манифестног фуртума сведоци били потребни да би смртна казна била несумњива. О томе је већ било речи.

Ако се почини дању, онда, код Израелаца, нема оправдања за употребу оружја на лицу места. Римљани пак дозвољавају употребу оружја, на лицу места,⁴¹⁸ уколико је дневни фуртум истовремено и разбојнички (али, барем до времена издавања Закона XII таблица, и уколико се ради о дневном фуру који не носи оружје). У сваком случају, реч је о још једном доказу да се манифестни фуртум не може одредити као покушај потајног одношења туђе покретне ствари.

Можда се може рећи да је класификација на манифестни и неманифестни фуртум извршена и са аспекта могућности идентификовања и хватања лопова. Уколико се једини начин да се он спречи, и да се омогући његова идентификација и хватање налази у употреби физичке силе, или, уколико је потребно и оружја, али (у сваком случају) и непосредно дозваних сведока, онда се ту ради о манифестном фуртуму. То идентификовање лопова представља индивидуализацију кривице и одговорности. Она је и даље апсолутна, али више није колективна (више се не сматра одговорном цела породична заједница). Апсолутна је, јер је несумњиво реч о злој намери. Код несумњиве намере нема права жалбе. Код објективне (несавршене) противправности (потајности) га мора имати, па постоји *furtum*

418 Извршење спроводи жртва уз присуство, а вероватно и уз помоћ сведока.

oblatum. *Manifestus* носи значење: доказан, јасан, очит. Имајући то у виду, није за изненађење што се *furtum conceptum* није сматрао манифестним.

Казер подсећа да особа која је оптужена за крађу на основу спроведене нецере- монијалне претраге, није сматрана за *fur manifestus*, већ је против ње подизана *actio furti concepti*. Уколико је украдену ствар тој особи подметнуо стварни лопов, она ипак није могла избећи одговорност. Казер овде налази да је његова концепција *iiiijичноi golusa* (који је, по њему, карактеристика раног права) једино могуће објашњење.⁴¹⁹

Насупрот Казеру, треба рећи да је путем *actio furti oblata* поменута особа мо- гла бити ослобођена одговорности. *Furtum conceptum* и *furtum oblatum* никако нису две одвојене и засебне појаве. С друге стране, уколико је након неритуализоване претраге пронађен предмет фуртума, онда тада нема подизања *actio furti concepti*. Фуртум утврђен том претрагом јесте, у ствари, *furtum conceptum*.

С друге стране, не постоји никакав типичан долус, већ само непосредно очит и несумњив долус – манифестан долус. Значи, код манифестног фуртума нема ни- какве претпоставке кривице, већ је она несумњива.

Из изнете аргументације јасно произлази да код римских претрага ствар има примат, јер је римски поступак претраге сконцентрисан на доказ. Међутим, про- наласком ствари пронађен је и починилац. Та римска тежња за обезбеђењем што несумњивијег доказа и несумњивог починиоца, оно је што обема врстама претраге обезбеђује рационалну функцију.

С друге стране, у *Сшаром завешу* је, када су код лопова пронађене украдене ствари које су у добром стању, предвиђена казна која гласи на двоструку вредност тих ствари. Иста санкција је у Закону XII таблица предвиђена за неманифестни фур- тум. Може се претпоставити да су и Римљани захтевали да украдена ствар буде у добром стању.

У Дигетсама се појављује израз *contrectatio*⁴²⁰ за означавање физичког додиривања ствари. Имајући у виду тај класични услов, манифестни фуртум Закона XII

419 М. Kaser (1980), 254.

420 О томе ће касније, на одговарајућим местима, бити више речи.

таблица могао би да се одреди као фуртум код кога је очигледна *contrectatio*. С друге стране, речено је да је вероватно такав фуртум представљао први и дуго једини облик тог деликта.⁴²¹ Фуртум који није очигледан, био је анамалија коју је требало елиминисати поступком ритуализоване претраге. Након тога би било јасно да ли је ту реч о манифестном фуртуму, или фуртума уопште нема. Очигледно је да је неманифестни фуртум логички и језички изведен као категорија која је супротна од првог фуртума. Неманифестни фуртум је вероватно творевина Закона XII таблица, пошто он први говори о њему. Пошто неритуализована претрага не доводи до манифестног фуртума, онда је логично претпоставити да је уведена како би подупрла новоуспостављену категорију неманифестног фуртума.⁴²²

Све што је досада изнето, упућује на закључак да је фуртум, пре свега, могао бити почињен у нечијем домаћинству. С друге стране, он је сматран доказаним ако су украдене ствари пронађене у туђем домаћинству, или у туђим рукама.⁴²³

421 Стенли наводи да је латинска реч за крађу (*furtum*) етимолошки изведена из речи која означава црн, мрачан (*black*). То је зато, наставља исти аутор, што је она бивала почињена тајно и најчешће ноћу. Он каже и да Апулеј исту идеју ставља у уста једног од својих лопова: 'Following the rules of our profession, we watched for that moonless time of night when sleep comes strongest' (*Metam.* 4.18). Он наводи да су у античко време многи људи који не припадају вишој класи, ишли на спавање чим падне мрак (Christopher D. Stanley, „Who's Afraid of a Thief in the Night?“, *New Testament Studies*, 4/2002, 474, фн. 17.) По овоме би се рекло да Стенли сматра да су припадници ниже класе једино могли да украду од других припадника исте класе, а да су ретко били у могућности да краду од више класе. Ово, ипак, не изгледа много вероватно. Домаћинства припадника више класе су била много већа и много посећенија, те их је стога било теже контролисати. Насупрот томе, Стенли каже да су у сваком времену куће богаташа биле примамљиве мете за ноћне лопове, али да су такви власници били много приправнији, и да је с тога било тешко да их неко покраде (*Ibid.*, 474–476). По њему вероватније је да су у већини култура сиромашни били највеће жртве лопова (*Ibid.*, 476).

422 Можда би се могло претпоставити да је трострука казна у погледу *furtum conceptum* била предвиђена, јер се радило о случају где је осумњичени покушао да онемогући спровођење неритуалне претраге. Где таквог саботирања није било, примењивала се двострука казна. С тим што је и након не-саботирање неритуалне претраге било дозвољено да онај код кога је украдена ствар пронађена покрене поступак за *furtum oblatum*. Овај је пак одлагао извршење казне до даљњег. У том случају ритуална претрага није служила као санкција за недозвољавање спровођења неритуалне. Поново се долази до питања: како објаснити истовремено постојање ритуалне и неритуалне претраге (две по природи потпуно различите претраге)? На то питање, овде изнета претпоставка ипак не може да понуди одговор.

423 Све римске класификације су извршене с обзиром на практичне процесне потребе. „Као што су показали сви наши примери, та структура у свим случајевима почива на једној осци (подесно је замислити је као вертикалну). Она спаја опште са посебним, апстрактно са конкретним; али, било у једном, било у другом правцу, класификовање се увек може спровести до њеног краја. Крај се одређује на основу једне имплицитне аксиоматике, по којој се свако разврставање врши помоћу парова супротности: разврставање престаје тек онда када више није могуће супротстављати. Тај систем, према томе, дословно не зна за неуспехе. Његова унутрашња динамика

5.5.2.3. Радња и кривица код манифестног фуртума

По Казеру, *furtum* (вероватно од *ferre*, каже он) је представљао тајно одношење туђе покретне ствари.⁴²⁴ Овај његов став је директно супротан изворном материјалу који говори и о манифестном фуртуму. Шта је манифестни фуртум него отворени фуртум. Казер греша, јер је као и многи други аутори, овом приликом, ослоњен искључиво на језички метод и етимологију.

С друге стране, неманифестни фуртум указује на довршену радњу одношења која је довела до последице да се украдена ствар налази у рукама лопова.

Оно што је заједничко и за једну и за другу врсту фуртума јесте да представљају неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари у туђем домаћинству. На тај начин се акценат ставља на место где је поменутом радњом овај деликт почињен. Домаћинство треба схватити у ширем смислу, што је јасно из примера претраге коју је Лаван извршио у Јаковљевом домаћинству. Наиме, под тим појмом се подразумевају све *res mancipi* чији је титулар одређена породична задруга и патер фамилијас као њен шеф.

Шта је друго манифестни фуртум него видљив фуртум, и зато нема потребе за доказивањем. Наравно да крађа не може да успе без тајности. Сваки лопов вероватно има намеру да ствар украде и да при том не буде примећен, али се често дешава супротно. Зато је римски законодавац предвидео како манифестни, тако и неманифестни фуртум. Код манифестног фуртума у Закону XII таблица није реч о некаквој

слаби упоредо са одмицањем класификације дуж њене осе, било у једном, било у другом правцу. А када он престане да се шири, томе није разлог нека непредвиђена препрека која произлази из емпиријских својстава бића или ствари, ни заустављање његовог механизма: он је прешао пут који је имао да пређе, и потпуно обавио свој задатак“ (К. Леви Строс (1978), 279).

Овде је извршена класификација између супротности манифестно и неманифестно. Друге тужбе поводом деликта фуртум су подређене тој супротности.

У неку руку слично манифестном фуртуму, код *leges actiones sacramentum in rem* је било потребно да противправна радња постане непосредно видљива како би се покренуо спор. Том приликом та видљивост, ипак, не обезбеђује апсолутан доказ кривице оптуженог. Тврдња јесте видљива, али не и њен карактер. Зато нема аутоматске и непосредне примене предвиђене санкције.

Можда се може рећи да је *legis actio sacramento in rem* играла својеврсну улогу манифестне претраге. С тим што се овде трага за правношћу или противправношћу виндицирања (а не само за противправношћу како би се очекивало од ритуалне претраге). Посредно се трага за својином.

424 К. Мах (1980³), 253.

радњи неовлашћеног одношења туђе покретне ствари, о крађи, или о њеном покушају. Ту је реч о манифестној радњи неовлашћеног упада у туђе домаћинство и тиме нарушавања његове свете неповредивости, безбедности и мира. Том приликом је долазило до покушаја одношења покретне ствари, али је то било у другом плану. Та ствар је само припадак домаћинства.

Казер полази од тога што је поред *quaestio lance et licio* и нецеремонијална претрага, у присуству сведока, ушла у употребу. Особа осуђена на тај начин није представљала *fur manifestus*, већ је била обавезна, путем *actio furti concepti*, да исплати троструку вредност ствари пронађених овом неформалном претрагом, каже он. Уколико му је украдену ствар подметнуо стварни лопов, онај код кога је ствар пронађена није могао избећи одговорност, истиче Казер. Он сматра да овде постаје очигледна оправданост његове концепције о „типичном долусу“.⁴²⁵ С друге стране, онај коме је ствар подметнута могао је тужити правог лопова путем *actio furti oblati*, која, такође, предвиђа исплату троструке вредности украдене ствари.⁴²⁶

У претходним поглављима је указано да се, уколико жртва подметнуте крађе покрене поступак против лица које је подметнуло ствар, обуставља извршење казне за *furtum conceptum*. Код овог фуртума нема места никаквом типичном долусу. Пре ће бити да је овде реч о оборивој претпоставци кривице оног лица у чијем домаћинству је пронађена украдена ствар. Намера се детаљније и конкретније узима у обзир тек када жртва дође у први план, а не починилац. Код неманифестног фуртума, чије су ово подврсте, више нема несумњиве кривице починиоца, као што је то код манифестног фуртума. Категорија неманифестног фуртума је, у Закону XII

425 *Ibid.*, 254.

426 *Ibid.* Казер на истом месту наводи како су пеналне *actiones furti* и *condictio ex causa furtiva*, као искључиво реиперсекуторно процесно средство, могле бити кумулиране. Само је власник могао поднети *condictio*, које су као и све кондикције гласиле на просту вредност ствари. Ово је, каже Казер, једина примена кондикције где је валасник овлашћен да је поднесе. То, по њему, говори у прилог њене древности, уколико је истина да настанак кондикција лежи у одговорности за задржавање украденог новца.

Покрадени власник је, каже Казер, могао виндицирати ствар од лопова. Овим путем је могао добити више него употребом кондикције, јер виндикацијом се тражи потпуна надокнада. Виндикација није могла бити поднета уколико је украдена ствар уништена пре почетка процедуре, док је подношење кондикције и у том случају могуће, чак иако је лопов изгубио ствар. Зато што *fur semper moram facere videtur*, каже Казер. Лопов је увек *in mora (debitoris)*, *Ibid.*

таблица, формирана као супротност манифестном. Овај је пак сконцентрисан на починиоца деликта. Због тога *прво релативно* поседује апсолутну санкцију, а *друго релативно* релативну.

Казер као да је приликом формирања своје теорије о типичном долусу био оптерећен претпоставком кривице, па би се, у том смислу, његов типични долус могао превести као необорива претпоставка кривице (долуса). Међутим, код манифестног фуртума реч је о манифестној (несумњивој) кривици. Ту нема шта да се претпоставља. Како може да буде сумње у злу намеру починиоца који је ухваћен на делу. С друге стране, код неманифестног фуртума има сумње, па и обориве претпоставке о кривици. Ту је на делу, могло би се казати, објективна противправност, или *друго релативно*. Пошто све тежи несумњивости (правди), онда се у другостепеном поступку иде на утврђивање кривице.

5.5.2.4. Сужење категорије манифестног фуртума

Џаблин (*Jablon*) налази да је то што је власник након извршене претраге његове куће, у току које је у њој пронађена украдена ствар, одговарао као да је манифестни лопов – врло слично строгим условима модерне *innocent owner* (невини власник, примедба О. В.) одбране.⁴²⁷

Дакле, власнику, или неком другом припаднику породичне задруге се, по природи ствари, не верује да није знао да се туђа ствар налази у његовом домаћинству, или међу његовим стварима. У ово време се, ипак, сматрало да је његова кривица била очигледна. Није се претпостављало, него се несумњиво веровало у то.

Даубе даје нешто другачије тумачење карактера процедуре *lance et licio*. Он полази од тога што Закон XII таблица предвиђа подједнако оштар третман лопова ухваћеног *in flagranti* и онога код кога је, након што се супротставио једноставној претрази са сведоцима,⁴²⁸ предмет коначно пронађен путем процедуре *lance et licio*.

427 Iian D. Jablon, 254.

428 Треба подсетити да се у дисертацији, поред осталог, доказује да је једноставну претрагу са сведоцима, како Даубе назива неритуалну претрагу, вероватно увео тек Закон дванаест таблица.

Римљани су, по њему, у последњем случају индиректним путем долазили до једнаке санкције. Уместо да директно предвиде санкцију, уместо да кажу да ће човек осуђен путем ове процедуре бити и предат (као манифестни лопов) под власт тужиоца, они су исти ефекат постигли једноставним подвођењем овог случаја под основну категорију.⁴²⁹ Римљани су једноставно објавили, каже Даубе, *furtum manifestum esto*. Тако је било и у другим раним примерима, како их назива, „индиректне регулације“. У том смислу, он наводи да је закон који је приписан Нуми, предвиђао да уколико човек убије другог човека са предумишљајем (*with malice aforethought*), *parricidas esto*, или, како то Даубе преводи *he shall be a murderer* или *it shall be murder*.⁴³⁰ Даубе каже да је у том смислу упоредива и друга одредба о крађи у Закону XII таблица (Tab. VIII 12): „if you kill a thief who comes **by** night, *iure caesus esto*, “he shall **be** lawfully slain“.⁴³¹

Међутим, оса око које је извршена класификација представља супротност између манифестног и неманифестног, између фуртума ухваћеног на делу и онога који то није, између несумњиво доказаног и не тако сигурно доказаног, између очигледне кривице и претпостављене објективне одговорности која ће евентуално бити оборена након утврђивања кривице за подметање украдене ствари. То је оно што је једноставно, а не неко усиљено подвођење једног случаја под већ постојећу категорију. Овде никако не може бити речи о директном или индиректном начину доласка до исте санкције. Даубе је непотребно оптерећен категоријом санкција и зато изводи погрешан закључак. Санкције су само симптом, а не узрок. Манифестни фуртум и крађа (неманифестни фуртум) су две суштински различите категорије. Прва је претежно религијски прекршај, а друга потпуно правна појава. Прва је несумњиви прекршај правила оностраних апсолутног поретка, а друга угрожавање овоостраних релативних интереса. Зато су претраге за откривање једног или другог, као и докази тако прибављени, суштински, различите снаге. До ове две различите категорије, уствари, доводи различита снага доказних средстава којим се утврђују једна, или друга.

429 D. Daube (1967), 26.

430 *Ibid.* 26–27.

431 *Ibid.* 27.

Даубе се задржао на одредби која предвиђа да је манифестан фур онај код кога је пронађена ствар након, како је он назива, церемонијалне претраге. Он каже да, с обзиром на околности, није могло бити ни сенке сумње у кривицу оптуженог који се од почетка опирао да дозволи претрагу.⁴³²

Закон XII таблица је, по Даубеу, објављујући *furtum manifestum esto*, дао категорији *furtum manifestum* само незнатно проширено значење. Постепено је, каже, ова претрага застарела. Она је нестала средином перода Републике, и те генерације више нису познавале њене изворне карактеристике и њено значење.⁴³³

Опет треба напоменути да је вероватно да је ова претрага доста старија од Закона XII таблица. Такође је вероватно да је она од свог настанка водила истој санкцији као и у случају крађе *in flagranti*. Пошто је вероватно тек Закон XII таблица увео неманифестну крађу и неритуализовану претрагу, онда се ради о томе да је подручје манифестног фуртума значајно сужено. Може се претпоставити да је врло брзо након увођења неритуализоване претраге, она прва изобичајена. Једноставно, временски јаз је постао непремостив.

5.5.2.5. Како се дошло до неманифестног фуртума

Деликт крађе је настао тек са Законом XII таблица и са настанком неритуализоване претраге. То је претрага коју уводи и која уводи нови контекст, нови језик и тако и нови знак (супротан од старог- знак неманифестног фуртума).

За почетак треба подсетити како Гај само узгред напомиње ову неритуализовану претрагу: ... *Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaestio re et inventa maiori poenae subicitur...*⁴³⁴ Са овим су у вези и параграфи који говоре о *furtum oblatum*⁴³⁵ и о *actio furti prohibiti*.⁴³⁶ Значи да Гај сматра да се у време доношења Закона XII таблица ритуализована претрага могла избећи

432 *Ibid.*

433 *Ibid.*

434 G. 3. 193.

435 G. 3. 187.

436 G. 3. 188.

као и неритуализована претрага. Тек негде касније неритуализована претрага је учињена неизбежном путем *actio furti prohibiti*. Не зна се како је Гај, толико удаљен од времена настанка Закона XII таблица, могао знати да се могло одупрети и да су се људи одупирали могућности ритуализоване претраге. Пре ће бити да је њему изгледало нелогично што су истим законом предвиђене обе претраге. Као што му је ритуализована претрага изгледала смешно (*Quae res ridicula est*), па је био спреман да јој одузме обавезност. Још једну ствар овде треба појаснити. Гајев извештај о *furtum conceptum* и *furtum oblatum* је послужио за реконструкцију *Tab. VIII 15 a*, а Фестов о ритуализованој претрази за *Tab. VIII 15 b*.⁴³⁷ Међутим, у својим *Институцијама*, након излагања о казни за *furtum conceptum*, Гај каже како Лабенон говори само о две врсте фуртума: о манифестном и неманифестном. *Furtum conceptum* и *furtum oblatum* је овај писац посматрао само као две тужбе за крађу. Гај се слаже са њим:

... *Labeo duo, manifestum et nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit*.⁴³⁸ Овом приликом се, дакле, Гај не изјашњава да ли *furtum conceptum* спада у манифестни, или неманифестни. Тим питањем се овде треба позабавити.

Приликом навођења шта је представљало манифестни фуртум, Гај износи различита мишљења, и ниједно од њих не каже да је таквим сматран и *furtum conceptum*. Зато се може рећи да је овим именом означаваан поступак утврђивања неманифестног фуртума (ако се има у виду да се Гај сложио са Лабеном да постоје само две врсте фуртума – манифестни и неманифестни, иако се чини да сам Гај *furtum conceptum* не сматра подврстом неманифестног фуртума). Након тог поступка следила је санкција у виду троструке накнаде. Гај и каже да је неманифестни фуртум све оно што није фуртум ухваћен на делу:

Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur. Nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.⁴³⁹

437 Вид. С. G. Bruns, 32.

438 G. 3. 183.

439 G. 3. 185.

Дакле, он овде не каже и да је фуртум неухваћен на делу сваки онај фуртум који је кажњаван двоструком накнадом.

Након овог негативног одређења шта спада у неманифестни фуртум, Гај говори о *furtum conceptum* и о *furtum oblatum*.⁴⁴⁰ Може се рећи да то указује да их је видео не као подврсте неманифестног фуртума, већ као тужбе и поступак који доводе до утврђивања неманифестног фуртума. Зашто је онда овде предвиђена посебна казна у односу на остале облике неманифестног фуртума (код којих постоји двострука накнада)?⁴⁴¹ Лако се да закључити да је код тих осталих облика ствар пронађена без претраге туђег домаћинства. Значи ван његових граница. Могуће је да је зато казна била блажа. Пронаћи ствар у нечијој кући, ипак представља тешку љагу за ту кућу.

Закон XII таблица не само да уводи неманифестни фуртум, већ истовремено говори о два његова облика. Један је запрећен троструком, а други двоструком казном.

Код неманифестне крађе нема смртне казне јер се ради о већој сумњи у тачност доказа. Мања је сумња након што је ствар пронађена неритуалном претрагом туђег домаћинства, него када претраге домаћинства није било. Зато је казна већа. Неко ће рећи да је и раније могло бити, без икакве претраге, утврђеног фуртума, па би се одаваде могао извући закључак да је неманифестни фуртум највероватније постојао и пре Закона XII таблица. Међутим, није тако. Док год искључиво постоји манифестна претрага, не може да постоји и неманифестни фуртум. Тако може да се претпостави да је власник покушавао да поврати своју ствар уколико ју је пронашао у нечијим рукама, а ван граница домаћинства починиоца фуртума. Уколико би се њен тренутни држалац опирао томе (опирати се може само силом), онда је то био манифестни фуртум. Уколико се уопште не би опирао, онда би то опет био манифестни фуртум – зато што је манифестно (очигледно) да је ствар пронађена у рукама онога ко увек припада неком домаћинству (манифестно (очигледно) је да се ствар неовлашћено налази у његовим рукама). Да би уопште узео ту ствар,

440 G. 3. 186 и G. 3. 187.

441 Сам Гај каже да је Законом дванаест таблица предвиђен неманифестни фуртум са дуплом санкцијом, G. 3. 190: *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.*

починилац је претходно морао повредити светост туђег дома. Пошто је манифестно да се ствар налази код њега, онда је он и манифестно повредио туђи дом.

Уколико би фур неопажено побегао и однео туђу ствар, онда се вршила претрага његовог домаћинства и то би опет био манифестни фуртум. Само је потребно да то има ко да посведочи. То је опет доказ да је за манифестни фуртум од пресудне важности како место почињења, тако и место проналаска. Место поништава временски јаз. Поништавањем временског јаза поништава се просторни јаз, и обратно. Зато је радња деликта увек смешетана на једном истом месту – тамо одакле је фур украо ствар.

Неманифестни фуртум (крађа) настаје у тренутку када место проналаска више нема способност да поништи сумњу. Пошто починилац више није несумњив, сразмерно томе на значају добија потреба да се заштити жртва.

Једноставно, друштвени услови у којима је настала нага претрага никако нису погодовали настанку неманифестног фуртума. Ситне чарке, пак, међу припадницима заједнице (које није имао ко да посведочи, или нико није ни желео да се на њих посебно осврће) нису много привлачиле пажњу обичајног права и владајуће елите.

Сумња изазива секуларизам и секуларне, потпуно правне норме. Да ли се може рећи да санкције у тим нормама подразумевају могућност исправке у случају грешке? Чини се да је одговор на то питање потврдан макар код новчаних казни. То је, свакако, једна од карактеристика световних норми. Неко ће рећи да нема исправке код неких других санкција, као што је примена талиона за *membrum ruptum* и *os farctum*. Треба рећи да ту нема ни могућности грешке, јер се ради о манифестним прекршајима. Неко је видео да је то и то лице на тај и тај начин физички повредило друго лице, и то је и посведочио. Ту има еквивалентности у санкцији. И то би била једна од одлика световних санкција. Али, иза еквивалентности и могућности исправке грешке, стоји срж правних норми и правног процеса – сумња, неизвесност.

Ова анализа доводи до потребе да се предложи другачији изглед одредби Закона XII таблица које говоре о фуртуму. Треба подсетити на већ речено:

Из Гајевих *Институција* се види да Лабеон сматра да су постојала две врсте фуртума: манифестни и неманифесни. Гај се слаже са њим и по питању тога да су *furtum conceptum* и *furtum oblatum* не посебне врсте фуртума, него посебне врсте тужби за фуртум.

Зато се чини да се одредбе о тим врстама претрага, пошто су изазвале толику забуну, нису налазиле тамо где су их сместили модерни коментатори. Да су биле ту где јесу, онда би из тог контекста било могуће извући другачији закључак. Тада би Гај могао рећи да је несумњиво да су *furtum conceptum* и *oblatum* посебне врсте фуртума. Поред тога, ритуализована претрага је свакако ранијег датума од неритуализоване, и зато ова друга у одредбама мора доћи после прве. У Закону XII таблица материја је морала била изложена по времену настанка установа и по асоцијацијама. Поред тога, казна за *furtum conceptum* и *oblatum* је била мања од казне за манифестни фуртум која је следила након ритуализоване претраге, а већа од казне за остале неманифестне облике фуртума. Зато може да се претпостави да прво наступају правила о манифестном фуртуму, па онда излагања о ритуализованој процедури. Затим следе излагања о *furtum conceptum* и *furtum oblatum*, па тек онда о осталим неманифестним облицима фуртума.

Тако је, чини се, одредба у Tab. VIII 15 морала имати следећи облик:

*Tab. VIII 15. a) Si quis nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens, qui si quod invenerit, furtum manifestum esse;*⁴⁴² *b) Cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaestia et inventa sit, actio concepti constituta est. Tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, constituta est actio oblata.*

За изглед другог дела ове одредбе је узет параграф G. 3. 186, који је ослобођен онога што се чини да су Гајеви коментари. Поред тога, на сличан начин је употребљен и параграф G. 3. 187. Све то је у складу са лаконским изражавањем Закона XII таблица.

Што се тиче првог дела одредбе, треба остати при ставу да Фестово објашњење ритуализоване претраге (које је едиторима послужило за реконструкцију) није убедљиво. Зато се овде прибегло другачијој реконструкцији.

⁴⁴² Вид. фн. 283.

Предложеним редоследом одредби о фуртуму постиже се усклађеност са начином излагања у другим таблицама закона. Тако се и овде, као и код инјурије, иде од тежих облика ка лакшим. Од тежих санкција ка лакшим. Судаћи по санкцијама постоје три степена фуртума. Манифестни, међуфуртум (*conceptum* и *oblatum*) и неманифестни. Тако и код инјурије постоје три облика, што је изражено и у санкцијама (*membrum ruptum, os fractum* и *iniuria*). Међутим, фуртума има само две врсте. Ова санкцијска међуврста није ништа друго до неманифестни фуртум. Само што је, за разлику од осталих крађа, овде потребно спровести посебну истрагу у туђем домаћинству како би се пронашли ствар и одговорно лице. Неко ће рећи да управо код манифестног фуртума није увек потребно спровести посебну истрагу, а не код осталих облика неманифестног фуртума. Не. Манифестни фуртум је такав, јер је код њега очигледно (несумњиво) ко је одговоран за фуртум (без обзира да ли је несумњивост утврђена хватањем починиоца на делу, или ритуалном претрагом). Код неманифестног фуртума, где није потребна истрага, очигледно је где је ствар, али не постоји апсолутна и несумњива одговорност као код манифестног фуртума. Код неманифестног фуртума, где је потребна истрага, нешто је другачије. Ту на почетку није познато где је ствар. Када се она пронађе, пронађен је и лопов. Његова одговорност, ипак, није исте природе као одговорност манифестног фура.

Затим се прелази на казну за неманифестни фуртум у *Tab. VIII 16*.

Дакле, код фуртума је извршена класификација на основу супротности манифестног (несумњивог) и неманифестног (донекле неизвесног). Њој су подређене тужбе и остала процесна средства.

5.5.3. *Furtum nec manifestum*

Пошто је речено да је неманифестни фуртум творевина за коју је пресудно заслужна неритуална претрага, неко би могао да помисли да други облик неманифестног фуртума у Закону XII таблица (о коме говори Гај) не заслужује нарочиту пажњу.

Одредбу о таквом неманифестном фуртуму Брунс смешта у

*Tab. VIII 16: Si adorat furto, quod nec manifestum erit (duplione damnum decidito).*⁴⁴³

Вотсон каже да се јавља тешкоћа код објашњења зашто се ова одредба односи посебно на неманифестни фуртум. Он наводи два Јаронова објашњења. По првом, оптужбе код неманифестног фуртума су засноване на посредним доказима (*circumstantial evidence*). Отуда су могуће лажне оптужбе. Друго објашњење је, по Јарону, вероватније, наводи Вотсон. Наиме, Закон XII таблица је садржао много делова који су узимали у обзир *adorare* случајеве – то су случајеви где се јавља тврдња постојања деликта која није заснована на доказима, каже Вотсон.⁴⁴⁴ Он сматра како је слаба и та друга Јаронова претпоставка. Каже да по ономе што је данас познато о Закону XII таблица, када не постоји документ о некој одредби тога закона, онда та одредба није ни постојала. Зато је, по њему, што се тиче Јароновог другог објашњења, морало бити бар пар одредби које су у обзир узимале *adorare* случајеве. Пошто није, онда је тешко поверовати да су ови случајеви нестали без трага.⁴⁴⁵

Овим двома Јароновим претпоставкама, Вотсон додаје трећу. Њега провоцира реч *erit*. Он се пита зашто је ова одредба била перифрастична (*Si adorat furto, quod nec manifestum erit*), уместо да буде на први поглед одговарајућа (*Si adorat furto nec manifesto*)? Он подсећа на свој став да се као одговор не може дати да *furtum nec manifestum* још увек није био технички термин, а ни законски концепт.

Вотсон каже да свако задовољавајуће објашњење мора да има у виду реч *erit*, чињеницу да одредба посебно разматра *furtum nec manifestum* и очигледно перифрастичан *quod nec manifestum erit*. Он каже да одговара само једна једина реконструкција: *Si adorat furto, quod nec manifestum erit... manifestum esto*. Вотсон то преводи као: у одређеним околностима оно што је било *furtum nec manifestum* биће *furtum manifestum*. Будуће *erit* је одговарајуће, каже Вотсон, и овако схваћен текст је доста сличан у структури са *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus*

443 C. G. Bruns (1893⁶), 32.

444 Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, (Alan Watson, „Si adorat furto“, Labeo 21/1975), 310.

445 *Ibid.*

familiam habeto.⁴⁴⁶ У оба случаја, релативна одредба је готово кондиционална, каже Вотсон. Тако разматрана одреба упућује на неманифестни фуртум, јер има посла са правилом које је примењиво само на неманифестни фуртум. Ради се о томе да неманифестни фуртум, а не инјурија или неки други деликт, треба да буде нешто друго. Али, основни кључ реконструкције је, каже Вотсон, то што је перифраза сада објашњива. Тако је одредба са *quod nec manifestum erit*, много уреднија, прикладнија него *Si adorat furto, quod nec manifestum... manifestum esto*. Али, ово се не може рећи, каже Вотсон, ако се одредба завршава на другачији начин: *Si adorat furto, quod nec manifestum erit (duplione damnum decidito)*.⁴⁴⁷

Вотсон каже да, ако је овај поглед на одредбу тачан, онда може бити мало сумње о оригиналном садржају одредбе: она разматра претрагу *lance licioque*. Затим, Вотсон наводи чувени Гајев извештај о овој претрази. После тога, он каже да Гај сведочи да је Закон XII таблица, након успешне претраге *quaestio lance licioque*, оно што пре није било *furtum manifestum* сада изричито проглашавао за *furtum manifestum*.⁴⁴⁸

Вотсон, дакле, предлаже да је ритуализована претрага та која је неманифестни фуртум претварала у манифестни. Међутим, из Гајевог извештаја, и на основу свега што је до сад речено, може се закључити само да је процес ишао обрнутим путем. Да је из манифестног настајао неманифестни фуртум, и то захваљујући неритуализованој претрази као новини Закона XII таблица.

Вотсон више верује Гају него Фесту. То је разумљиво, али се чини да на погрешан начин тумачи однос манифестног и неманифестног фуртума.

Јарон, пак, више верује Фесту на основу чијег извештаја је добрим делом реконструисана горе наведена одредба из *Tab. VIII 16*. Јарон полази од Фестових речи *nec coniunctionem positam esse ab antiquis pro non*.⁴⁴⁹ Том приликом каже и да се

446 *Ibid.*

447 *Ibid.*, 311.

448 *Ibid.*

449 Reuven Yaron, "Si adorat furto", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 34/1966, 510. Овај аутор, при том истиче како су правила о фуртуму у *FIRA* наведена у оквиру *Tab. II*. Без обзира на све то, Јарон каже да постоји оправдана сумња да ли *si adorat furto* уопште представља део одредби о фуртуму. Он сматра да се и одредба у *Tab. VIII 17* не налази на правом месту, пошто је ту реч о узкапији, а не о фуртуму, *Ibid.*, 510, фн. 1. Чини се да ово Јароново запажање није оправдано.

Si adorat furto, quod nec manifestum erit уобичајено комплетира са *DUPLIONE DAMNUM DECIDITO* из *Tab. XII 3*, како на то упућује Казер.⁴⁵⁰ У сваком случају ова дупла казна за неманифестни фуртум је добро потврђена изворима, подвлачи Јарон.⁴⁵¹

Значи, већ је Закон XII таблица истим износом кажњавао лажну виндикацију (*si vindiciam falsam tulit*) и неманифестни фуртум.⁴⁵²

Казер каже да је *Litiskreszenz*⁴⁵³ вероватно била изричито наведена у Закону XII таблица.⁴⁵⁴ Међутим, он упозорава да би било погрешно сваку *poena dupli* (укључујући и ону код *furtum nec manifestum*) извести из *Litiskreszenz*.⁴⁵⁵

Сигурно је да је законодавац одредбе ређао по асоцијацијама. Ако је већ говорио о фуртуму, онда је вероватно да је на крају излагања о манифестном и неманифестном фуртуму осетио потребу да наведе да је немогућ одржај украдених ствари (*Tab. VIII 17: Furtivam (rem) lex XII tab. usucapī prohibet*, С. G. Bruns, 32). Добро је познато да је ова одредба (*Tab. VIII 17*) сачињена на основу Гајевог извештаја (G. 2. 45). Ту Гај наводи како одржај украдених ствари забрањује Закон дванаест таблица, а оних *vi possessam* закон Јулија и Плауција. Зашто Закон дванаест таблица не забрањује одржај и силом одузетих ствари? Једноставно, зато што је разбојништво кажњавано путем одредби о манифестном фуртуму. Пошто је починилац ухваћен на делу ноћу, или, пак, дању са оружјем у руци, онда је јасно да је, не само правно, већ и фактички немогуће да се ствари стекну одржајем. Зато одредба у *Tab. VIII 17* сасвим природно наставља излагање о последицама неманифестног фуртума. С друге стране, довољно је општа да може да важи и за ствари које су биле предмет манифестног фуртума, ако којим случајем доспеју у руке савесног држаоца.

450 Јарон се позива на М. Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 216, фн. 22, R. Yaron (1966), 510, фн. 2. Када је већ реч о Казеровом ставу, онда је природно напоменути да он, за разлику од Јарона одредбу о забрани одржаја украдених ствари види као део одредби о фуртуму. Међутим, том приликом он наводи да се она налази у *Tab. VIII 16*, М. Kaser (1949), 216, фн. 21. По Казеру, општи је принцип Закона XII таблица да умножавање обрачуна казне треба да одговара покајању, *Ibid.*, 197, фн. 30. Међутим, пре ће бити да је закон сконцентрисан на обесхрабтивање непожељног понашања. Вероватно да је, у том смислу, дупли износ за кажњавање неманифестног починиоца сматран сасвим довољним.

451 R. Yaron (1966), 510.

452 *Tab. XII 3: Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decido*. Дакле, кажњавање за подизање лажне виндикације је уведено тек накнадно, у додатим таблицама. То наводи на закључак да пре тога ово није кажњавано, па је било потребно интервенисати због таквих учесталих случајева. Плаћа се нешто слично фуртуму – двострука вредност плодова. Овде није реч о фуртуму, јер нема неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари у туђем домаћинству. Овде само постоји одговорност због неоправданог узнемиравања другог.

453 Ево лепог објашњења појма *Litiskreszenz*: “У римском праву се на неке деликте (нарочито на штету за коју је предвиђена тужба по Аквилијевом закону) примењује правило *infitiando lis crescit* (познато као *Litiskreszenz*): Углавном је одговорност по закону била *in simplum*, али оптужениково негирање кривице – уколико је одбачено – ће резултирати у његовој осуди да плати дупло. Неко може рећи тако, али ако се на то гледа другачије, неко може видети два прекршаја, оригинални прекршај, и други у виду дрскости (*or in good Hebrew Viennese, the Chuzpe*) лагања на суду (чињеница коју је суд утврдио). Или једноставније: Законски прекршај, спојен са одрицањем, водио је до плаћања *in duplum*”, Reuven Yaron, „Wrongful Acts and Reduced Sanctions: A Comparative Survey“ у *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, edits Herbert Hausmaninger, Helmut Koziol, Alfredo M. Rabello, Israel Gilead, Springer Rechtswissenschaft, Springer – Wien – New York 1999, 110.

454 М. Kaser (1949), 197.

455 *Ibid.*, 197, фн. 30.

Јарон сматра да упркос општој сагланости научника (да аподозу *duplione damnum decidito* треба додати протази у виду *Si adorat furto, quod nec manifestum erit*), постоји разлог за сумњу: нарација почиње од тачке која је за Закон XII таблица нетипично рана.⁴⁵⁶ Он полази од тога што су састављачи овог закона познати по концизности. Није му јасно зашто би забринуто говорили о тужби коју треба поднети. Текст би, по њему, требало да настави са излагањем које се односи на доказ и осуду, а све то без очигледне сврхе. У другим одредбама, наставља Јарон, које се тичу деликата, протаза почиње са самим делом, без увода. Правило је да излагање почне са *si*, или *qui ... faxit*, каже Јарон. Затим, у том смислу, наводи правила осме таблице, прво правила о магији и клевети, затим инјурију, па остале примере.⁴⁵⁷

Заједничко свим овим случајевима је, каже Јарон, да реченице започињу излагањем о радњи која је почињена. Том приликом се подразумева да се тај акт већ одиграо, да више није предмет расправе. Ту нема повратка на претходно стање, каже Јарон. Он сматра да, чак иако се сматра да је природа *furtum nec manifestum* таква да се ту ради о проблему доказа, било би сасвим довољно да се почне са изношењем чињенице осуде. По њему, проблем доказа код овог фуртума није ништа ургентнији него што би то био у случају *Tab. VIII 8*. Зато што су чини, које су срачунате на уништење усева, биле кривично дело које је исто тако морало бити почињено у највећој могућој тајности. Зато Јарон сматра да код *furtum nec manifestum* проблем доказа није у првом плану.⁴⁵⁸

Код неманифестног фуртума ипак је реч о деликту који тек треба доказати, за разлику од манифестног који је доказан истовремено када је почињен. Када то није случај, онда се примењује ритуализована претрага, која поништава временски јаз између почињеног и доказаног деликта.

Када се докаже крађа, онда тај доказ (због несавладивости временског јаза) није толико поуздан као што је то случај код манифестног фуртума. С друге стране, рекло би се да се код бацања чини на туђе усеве претпоставља да је, да би неко био

456 R. Yaron (1966), 511.

457 *Ibid.*

458 *Ibid.*, 512.

позван на одговорност, његова радња морала бити манифестне природе. Ту радња је или свако могао да види, или су зато постојали несумњиви сведоци. Како је другачије доказати? Ако неко сумња, онда не може бити смртне казне. Иако је овај фрагмент некомплетиран, треба претпоставити да је овде следила смртна казна, јер закон на другим местима за магију предвиђа смртну казну. Смртна казна се у архаичним друштвима примењује тамо где се докази сматрају несумњивим.

Јарон каже да састављање *Tab. VIII 16* са свим горњим одредбама оправдава закључак да глагол *adorat* сам по себи описује акт који је права брига законодавца. Он наводи како је основно значење речи *adorare* „да разговара са“, а у датом контексту „да оптужи“. Зато се, по њему, овде не ради о самом фуртуму, већ о тврдњи о фуртуму, коју тужилац није доказао. Он сматра да је ова одредба вероватно настављена речима у склопу таквог једног смисла, највероватније *ni probat*.⁴⁵⁹ Тада би конструкција била суштински слична са оној у *Tab. VIII 2*. и *Tab. VIII 22*, каже Јарон.⁴⁶⁰

Он мисли да је, имајући у виду, тешко кажњавање различитих прекршаја и брзо доношење пресуда, суд могао бити злоупотребљен као безобзирани инструмент приватне пакости. У многим случајевима као инструмент за убиство другог. Зато је могућност лажне оптужбе и лажног сведочења представљала акутан проблем.⁴⁶¹

Зар сама Јаронова аргументација није најбоља потврда да је у случају неманифетног фуртума од прворазредне важности проблем релативног доказа. Зато ту нема смртне казне. Јарон настоји да докаже да је у одреби у *Tab. VIII 16* реч о одговорности за лажну оптужбу. При том заборавља да је онај ко је лажно сведочио, бацан са Тарпејске стене:

*Tab. VIII 23: Gellius (20. 1. 53): ex XII tab. – si nunc quoque – qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur.*⁴⁶²

Ако се узме да је Јарон у праву и да је у одредби у *Tab. VIII 16* реч о лажном оптуживању за фуртум, онда би то био изузетак од одредбе у *Tab. VIII 23* и њене

459 *Ibid.*

460 *Ibid.*, 512–513.

461 *Ibid.*, 513.

462 C. G. Bruns, 33.

смртне казне. Због чега такав изузетак? Једини могући одговор би био да ту нема апсолутног доказа. Ту је, ипак, реч о неманифестном фуртуму, а не о било каквој лажној оптужби.

С друге стране *Tab. VIII 24. b* каже да је смртном казном кажњавана крађа плодова која је била тежа него у случају убиства.⁴⁶³

*Tab. VIII 24. b: Plin. (n. h. 18. 3. 12): Frugem – furtim – pavisse – XII tabulis capital erat (8. 9) – gravius quam in homicidio.*⁴⁶⁴

Вероватно је иза овакве одредбе лежала намера да се заштити закуподавац, преко застрашивања закупаца. Вероватно смртну казну није било могуће применити тек тако. Вероватно да се она примњивала само у случају манифестног одношења плодова. Да је тако потврђује и одредба:

*Tab. VIII 19. Paulus (coll. 10. 7. 11): Ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur.*⁴⁶⁵

Ту се каже да је на основу депозита било могуће тужити за двоструку вредност. Вероватно се овде мислило на фуртум који је за предмет имао депоновану ствар. Тако се чини, јер ова одредба долази после *Tab. VIII 17.* и *Tab. VIII 18 a. и b.*

Дакле, ствар је извесно време, легално, била у рукама неког лица коме ју је власник поверио (коме је депоновао ствар). Он је не враћа и тако настаје фуртум. Овде тек треба утврдити непостојање правног основа за држање туђе ствари. Зато је то неманифестна врста фуртума.

У седамнаестој таблици стоји забрана одржаја украдених ствари (горе је већ показано да ту може бити речи само о неманифестном фуртуму). Осамнаеста таблица прописује да, код зајма, лопова треба осудити на двоструки износ, а зеленаша на четвоструки.⁴⁶⁶

Поред тога, речено је у *Tab. VIII 20 b* да ће крађа пупилине имовине од стране татора бити кажњена *in duplum*. Значи да је овде могло бити речи искључиво о неманифестној крађи пупилине имовине.

463 Вид. *Ibid.*, 33.

464 *Ibid.*

465 *Ibid.*

466 Вид. С. G. Bruns, 32.

*Tab. VIII 20 b Tryphoninus disputat. (D. 26. 7. 55. 1): Si – tutores rem pupilli furati sunt, videamus an ea actione, quae proponitur ex lege XII tab. adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.*⁴⁶⁷

С обзиром на природу односа тотор – пупила, вероватно да овде фактички није био могућ манифестни фуртум.

Све ово заједно пак значи да је одредба у *Tab. VIII 16.*, која је претходила свим поменутиим одредба, била одредба о неманифестној крађи. Она је представљала својеврсти увод у навођење случајева неманифестне крађе о којима је горе било речи.

С обзиром на све што је изнето, чини се да одредбу из *Tab. VIII 24. b* треба смесити у *Tab. VIII 9. b*. Дакле, након одредбе у том делу осме таблице која говори о случају где је неко ноћу пресекао туђе воће. Ова би пак била смештена у *Tab. VIII 9. a*. Тиме би обе одредбе добиле разумљив и очекиван контекст. Прва говори о смртној казни за ноћну сечу туђег воћа, а друга о истој казни за манифестни фуртум плодова.

Треба се вратити Јароновој аргументацији. Он каже да је у римском праву, након неуспеха оптужбе, оптужени могао да поднесе тужбу *iudicium calumniae* против неуспелог тужиоца. Он је само требало да докаже малициозност, и пресудиће се на једну десетину вредности првог спора.⁴⁶⁸

Све у свему, каже Јарон, може се рећи да се право благо односило према малициозном тужиоцу (*false accuser*). Промена се десила у Принципату, јер инфамија више није инала застрашујући ефекат, каже Јарон. Зато је све више и више постајало уобичајено да се тужилац третира у екстраординарном поступку, како би се на њему применила санкција која је пропорционална ономе што би чекало невиног човека, кога је овај злонамерно (*falsely*) изложио опасности. Овај развој је искристализован за време владавине цара Константина, каже Јарон. Тада је серијом законских текстова успостављено кажњавање талионом онога ко је другог неправично оптужио.⁴⁶⁹

Јарон анализира проблем лажног сведочења о коме извештава Гелије (*Gellius* 20. 1. 53), а који се тиче регулације овог питања у Закону XII таблица. Он каже да

⁴⁶⁷ *Ibid.*, 33.

⁴⁶⁸ R. Yaron (1966), 515.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, 516.

изгледа да се овде смртна казна примењивала само ако је лажно сведочење дато у капиталном случају.⁴⁷⁰ Ово Јароново тумачење је прилично натегнуто. Из Гелијевог извештаја је сасвим јасно да се ради о било каквом лажном сведочењу.

Он се затим враћа одредби у *Tab. VIII 16*, како би пружио одговор на три питања:
Прво, зашто се та одредба односи на посебан случај неманифестног фуртума?
Друго, да ли је зла намера била суштински елемент тужбе против акузера?
Треће, која је санкција заиста била предвиђена?⁴⁷¹

На прво питање су могућа два одговора, каже Јарон. Прво, може да се закључи да је оптужба за неманифестни фуртум била заснована на посредном доказу, а друго на изношењу лажних оптужби.⁴⁷² Исти проблем може да се појави у многим другим ситуацијама, каже Јарон.⁴⁷³ Он други одговор сматра убедљивијим. Наиме, каже да је Закон XII таблица могао да садржи још делова који узимају у обзир *adorare* случајеве – неосноване тврдње о деликтима. Он подсећа да је *Tab. VIII 16* преживела само због заинтересованости граматичара за предлог *nes*.⁴⁷⁴

Друго питање је, каже Јарон, добило потврдни одговор у класичном праву. Он сматра да тако није било у раном праву, јер је оно засновано на стриктној одговорности за последицу, *Erfolgshaftung*.⁴⁷⁵ Значи да је тужилац деловао на свој ризик и да га савесност неће поштедети, каже Јарон.⁴⁷⁶

Што се трећег питања тиче, Јарон каже да стара санкција лежи у недостајућем аподизису *Tab. VIII 16*.⁴⁷⁷ Он сматра да се у том погледу рано право разликовало од раног класичног права.⁴⁷⁸ Он сматра да је санкција морала бити *in duplum* вредности покретне имовине, која је била предмет прве парнице.⁴⁷⁹

Ови Јаронови ставови представљају својеврстан увод у следеће поглавље, где ће бити дати закључни одговори.

470 *Ibid.*

471 *Ibid.*

472 *Ibid.*, 516

473 *Ibid.*, 516–517.

474 *Ibid.*, 517.

475 *Ibid.*

476 *Ibid.*

477 *Ibid.*

478 *Ibid.*, 517–518.

479 *Ibid.*, 518.

6. ЗАКЉУЧАК – ФУРТУМ ПРЕ И У ВРЕМЕ ДОНОШЕЊА ЗАКОНА XII ТАБЛИЦА

Проблем фуртума не треба сводити на једну једину реч, као што то чини Штајн.⁴⁸⁰ Проблем било које правне установе не може бити сведен на пуку лингвистику. Римски правници јесу пред собом имали недефинисан фуртум у Закону XII таблица. То им је олакшало да његов опсег знатно прошире и у класичном периоду дају једну врло широку дефиницију. Међутим, тумачења норми, било од стране органа који изричу пресуде, било од стране правника, увек се руководе неким идејама. Зато, када нема дефиниције, још увек има идеје.

Овде ће бити пружена дефиниција фуртума која полази од његове љуштуре (од нормативног фосила који је преостао). То је оно што је на први поглед видљиво:

Деликт фуртум постоји тамо где је неко неовлашћено (дошао у додир) однео туђу покретну ствар из туђег домаћинства, или где је радња одношења у току. Први случај углавном представља крађу (неманифестни фуртум), а други увек манифестни фуртум. Ритуалном претрагом се врши враћање у прошлост. Од последице (однета ствар се налази у туђем домаћинству) се иде ка самој радњи неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари у туђем домаћинству. Тако се поништава временски јаз који постоји између почињеног и доказаног деликта.

При свему томе, подела на манифестни фуртум и крађу, у суштини, није извршена с обзиром на то да ли је неко ухваћен *in flagranti*. Ова подела свој корен има у практичним, процесним ограничењима. Тако манифестни фуртум представља несумњиво доказани фуртум, док за крађу не постоје несумњиви докази. За све облике фуртума би стари законодавац предвидео исту, смртну казну, да се није увидело да

480 P. Stein, 1542–1543.

она захтева сигурност у кривицу оптуженог. Испрва је постојала само манифестна, апсолутна кривица, а затим упоредо неманифестна, релативна кривица.

Да би се дошло до идеје која стоји иза ових законских решења, било је потребно да се пође од места одакле је однета, или одакле је покушано да се однесе покретна ствар. Ствар робује месту, светом дому и целокупном домаћинству. Она је његов припадак. Зато су обе врсте претраге, и „обучена“ и „нага“ сконцентрисане на проналажење ствари која је из једног однета у друго домаћинство. Уколико се она пронађе, пронађен је и прекршилац и утврђено је да је провалио у туђе домаћинство. Зато се и чини да је најприхватљивије етимолошко објашњење речи *фуртум* оно које има у виду *ferendo et auferendo* (носити, односити).

Зато што је први поглед посматрача (друштва и законодавца) усмерен на одношење покретне ствари, може се рећи да је питање кривице поседовало специфичну тежину. Кривица је код манифестног *фуртума* била несумњива, јер се сматрало да докази и доказна средства несумњиво указују на починиоца. Да је тако, најбоље илуструје капитална казна за овај *фуртум*. Капитална казна и кривица, у овом периоду, долазе из истог поретка, из поретка магије и духова. Покретна ствар је у архаичном периоду Рима некада могла имати већу материјалну вредност. Међутим, Закон XII таблица не прави разлику по питању вредности ствари. Дакле, капитална казна се могла примењивати и у случају безвредних покретних ствари. Шта је онда могло оправдати такву санкцију? Наравно, светост туђег дома која је *фуртумом* повређена и несумњивост кривице појединца.

Туђа ствар је увек могла бити однета само из туђег домаћинства.

Не постоји *фуртум* у случају када неко само противправно оспорава туђе право својине на некој покретној ствари, тврдећи да је, у ствари, он тај који има право својине на тој ствари. Основ за такав закључак даје *iniuria vindicatio*. Зато се не може прихватити Јаронова тврдња да је код *Tab. VIII 16* реч о лажној оптужби. *Фуртум* је, не тамо где је приватна (релативна) својина, већ тамо где је, прво манифестна, а затим неманифестна кривица за неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари, у туђем домаћинству. Нема деликта лажне оптужбе за *фуртум*, јер је

за лажну оптужбу следила смртна казна. С друге стране, уколико било једна, било друга претрага, не буду дале резултата, тужилац не трпи никакву санкцију. Макар кад извори ништа не говоре о томе. Све то значи да је за фуртум захтеван несумњив доказ који упућује на несумњиву кривицу, или макар довољан доказ који упућује на највероватнију (*релативну*) кривицу.

7. ОДГОВОРНОСТ И КРИВИЦА: ОД ФУРТУМА ДО АКВИЛИЈЕВОГ ЗАКОНА

Закон XII таблица је код манифестног фуртума предвидео смртну казну. Ту никако, ни у пракси, у то време, није била могућа композиција. Да је била могућа, овај закон би то макар напоменуо. Тако је поступио макар код деликта *membrum riptum*. С друге стране, у овом законском тексту постоји обавезна композиција у случају крађе (неманифестног фуртума). Тек је претор увео овакву композицију за случај манифестног фуртума.

Процес индивидуализације и, самим тим, релативизације одговорности за фуртум, покренут је пре Закона XII таблица. Међутим, већ у овом закону апсолутна одговорност клеца пред временским јазом између почињеног и доказаног деликта.

Тај процес је у мирне воде упловио тек са Преторовим едиктом.

Индивидуална одговорност је корито којим апсолутни фуртум отиче у релативну крађу. Силаском у преткласично раздобље, фуртум потпуно мења своју природу и своје обличје. Његова претходна снага се расплинула. Сада су то нове воде, воде разуђене одговорности. Пошто је одговорност постала релативна, већи круг лица је могао бити пасивно легитимисан приликом подизања *actio furti*. При том се одговорност и кривица и даље утврђују „објективно“, преко материјалних чињеница чији контекст указује на ове појаве. С тим што чињенице више нису могле да пруже апсолутну сигурност у кривицу оптуженог.

Код неманифестне крађе је и даље битно то што она није видљива, па је тек треба истраживати и доказивати. С друге стране, манифестна крађа је неспорна. Ипак, преткласични правници су били склони да сваки фуртум виде као неманифестни.

Питање намере је могло да почне да добија на правом значају тек од појављивања крађе у Закону XII таблица. Ипак, у том тексту је још увек реч о неиздиференциарној злој намери – долусу. У преткласичном праву, намера код фуртума почиње да добија облик намере за постизањем противправне имовинске користи. Управо је таква намера оно што код преткласичних учених правника ствара склоност да у сваком фуртуму виде неманифестни фуртум. Тек у класичном периоду долази до њеног изричитог увршћивања у дефиницију фуртума.

Може се рећи да је у архаичном периоду намера била мање битна. Оно што је привлачило пажњу законодавца – био је критеријум очигледности, или неочигледности фуртума. Уколико је очигледан, намера се необориво претпостављала. Тек са неочигледним фуртумом она постепено почиње да помаља главу и да добија на значају. Ипак, снажно обележје преткласичног схватања фуртума је да је то деликт неовлашћеног долажења у додир са туђом ствари. Ово „неовлашћено“ значи без адекватног правног основа – без сагласности власника. Због тога преткласично право испољава снажну тенденцију да сваки фуртум види као неманифестни фуртум.

Тако се постепено долази до класичног периода и посебног облика намере – намере за стицањем противправне имовинске користи. Она почиње да добија примат и зато наставља тежњу да укине потребу за разликовањем неманифестног од манифестног фуртума.

7.1. Спољна и унутрашња одговорност

Казер наводи да, у раном периоду, сви људи придају значај споља видљивим дешавањима. Зато каже, они приписују такав акт било ком прекршиоцу који је проузроковао последицу. Претпоставља да је тако, у то доба, било свуда. Ово је, по њему, засновано на искуству које каже да је неко ко је починио типичне акте који наносе штету, најчешће и намеравао да начини штету. Древна стриктна одговорност, наставља Казер, у стварности је била типична одговорност за кривицу.

Током времена је питање кривице постављано у сваком појединачном случају, у складу са индивидуалном вољом појединог прекршиоца, каже он.⁴⁸¹

Овде треба додати запажање Леви Строса: „Дивља мисао не раздваја тренутак у коме се посматра од тренутка у коме се тумачи, као што ни ми саговорникове знаке не региструјемо најпре посматрајући их, да бисмо затим покушали да их схватимо...“⁴⁸²

Дакле, може се рећи да правог утврђивања кривице нема, јер тумачење није одвојено од посматрања. Зато у време „дивље мисли“ примат имају догађаји, а не доживљаји. Отуда и примат акта над тумачењем, па и примат магије.

„Магијска операција, пак, изгледа му као допуна објективном поретку света: за онога који је обавља она има исти карактер нужности као и ланац природних узрока у који делатни субјекат верује да само убацује допунске беоцуге у виду ритуала. Он, према томе, замишља да је посматра споља, као да она не потиче од њега“⁴⁸³

Казер наводи да рано право разликује једино намерне и ненамерне акте.⁴⁸⁴ Кривична дела, каже он, као што су *furtum*, *iniuria* и остала претпостављају, чак и појмовно да је прекршај туђег права почињен намерно.⁴⁸⁵

Овде се јавља потреба за прецизирањем терминологије.⁴⁸⁶ Код римских деликата у старом праву није реч о простом прекршају туђих права. Деликтом фуртум се не угрожава само туђа имовинска сигурност. У то време имовина има шири значај – подређена је вишим вредностима. Атак на њу је атак и на туђи дом у најширем смислу те речи.

Било је довољно да постоје радње које су супротне опште познатим основним нормама друштва,⁴⁸⁷ па да се сматра, без потребе доказивања кривице, да је починилац

481 M. Kaser (1980³), 186.

482 K. Levi Stor (1978), 285–286.

483 *Ibid.*, 283.

484 M. Kaser (1980³), 186. Казер наводи да *dolus malus* дословно означава превару (*Ibid.*).

485 *Ibid.*

486 Леви Строс каже: „Термини никада немају унутрашње значење; њихово значење је „позиционо“, зависи од историје и културног контекста с једне, и структуре система у који улазе, с друге стране“ (K. Levi Stros (1978), 98.)

487 Тако и за класично право, Гај имајући у виду установу мандата, каже да неће постојати обавеза из уговора ако је њиме предвиђена чинидба која је супротна добрим обичајима (*quae contra bonos mores est*). Гај каже да би такав пример био уколико неко да мандат да се нешто украде Тицију, или да му се причини инјурија. G. 3. 157. Не види се зашто, у суштини, сличан принцип, не би важио и у архаичном праву.

одговоран, јер је крив. Као што се могло видети, класификација на манифестни и неманифестни фуртум је извршена с обзиром на питање да ли је фуртум доказан у истом тренутку када је почињен (*нейосредно доказан*), или пак није, него је потребно накнадно спровести доказни поступак. Зато се код манифестног фуртума смртна санкција извршава на лицу места.

Чињеница кривице се налази неиздиференцирана у грумену фуртума. Кривица је неиздиференцирана и због тога што је римско друштво, у овом периоду, типично „осветнички расположено друштво“. Треба се присетити шта Фром каже о жељи за осветом.

Фром каже: „Досадашња разматрања, међутим, изгледа да подржавају стајалиште да је страст за осветом тако дубоко увријезана да управо тјера на закључак да је присутна у свим људима. Но та претпоставка не одговара чињеницама. Премда је заиста распрострањена, разлике у ступњу осветољубивости су толике да изгледа да неке културе и појединци посједују само њене минималне трагове. Морају постојати фактори који објашњавају разлику. Један такав фактор је оскудица насупрот обиљу. Особа – или група – која има повјерење у живот и која у њему ужива, чија материјална средства не морају бити обилна, али су довољна, те особа-група не запада у шкртост, бит ће мање похлепна за надокнадом штете него брижна, згртачка особа која се боји да никада неће моћи надокнадити своје губитке“.⁴⁸⁸

Римско друштво, пре и у времену Закона XII таблица било је, не друштво обиља него друштво у коме је оскудица врло присутна појава. Због тога оно „запада у шкртост“ и врло је „похлепно за надокнадом“. То је друштво освете. Друштво освете не може бити и друштво кривице, у данас познатом, правом значењу те речи. Доказ томе су одредбе прве римске кодификације о манифестном фуртуму. Међутим, из њих је видљиво да смртна казна нема само карактер освете, него претежно карактер приношења на жртву.

Иначе, ово је једино месту у Гајевим *Институцијама* у коме се помиње установа *boni mores*. То само може да значи да је већ у то време била добро позната и да није изазивала било какве проблеме ни у пракси, а ни међу ученим правницима.

488 Erich Fromm, *Anatomija ljudske destruktivnosti*, друга knjiga, Zagreb 1989, 102.

„Оволико се може изнијети с одређеним ступњем вјеројатности: жеђ за осветом може настати на линији на чијем се једном крају налазе људи у којима ништа неће побудити жељу за осветом; то су људи који су достигли ступањ развоја који је у будистичким или кршћанским терминима идеал за све људе. На другом крају су они који имају брижљив, згртачки или крајње нарцисоидан карактер, у којима ће чак мала повреда изазвати интензивну чежњу за осветом, тај тип људи илустрира човјек коме је украдено нешто новца и који жели да лопов буде строго кажњен; или професор, којег је студент омаловажавао, па због тога о њему пише лош извјештај када се од њега затражи препорука; или купац с којим се продавач »лоше« опходило, и који се жали управи и жели да човјек буде отпуштен. У свим наведеним случајевима ради се о карактеру у коме је освета стално присутно својство.“⁴⁸⁹

За манифестни фуртум, римско друштво не кажњава само из жеље за осветом која је присутна код људи. Богови траже жртву. У паганској религији је „освета стално присутно својство“. Жртва је освета богова.

„За освету се може рећи да је магијска надокнада;...“⁴⁹⁰

Као што је Казер навео, *dolus malus* изворно указује на превару.⁴⁹¹ Чини се да превара нема само некакав „унутрашњи“, субјективни карактер. Она је, пре свега, споља видљив поступак. Њега је тек из његовог објективног контекста (контекста осталих физичких радњи) могуће окарактерисати као превару. То је, поред свега наведеног, разлог због кога Римљани изворно нису имали термин за кривицу. Једино посебни термини могу допринети издвајању посебне појаве. У том смислу, диференцирање посебних деликата из њихове заједничке пракатегорије – може бити искључива заслуга терминологије. Слично томе, терминологија је одговорна за издвајање кривице. С друге стране, терминологија је под великим утицајем свести, па и друштвене свести. Дакле, тек када се угледа одговарајући термин, може се говорити о неким зачецима кривице. У Закону XII таблица зачетака кривице има, али се због карактера друштва и због слабости истражног и доказног поступка није одмакло више од тога.

489 *Ibid.*, 103.

490 *Ibid.*, 102.

491 Вид. фн. 484.

Казер наводи да је чак и Аквилијев закон предвиђао одговорност за штету само ако је она почињена *iniuria*, а то значи, каже он, уколико је намерно повређено туђе право.⁴⁹²

Дакле, и закон који је временски тако удаљен од Закона XII таблица, остаје немоћан пред питањем кривице. Истражни и доказни поступак су и даље ослоњени на тумачење непосредно видљивих физичких радњи. Зато је кривица у римском праву производ терминологије. Када је Казер формирао своју теорију о типичном долусу није увидео значај временске дистанце између почињеног и доказаног деликта. Због њеног поништавања у архаичном праву, долус је био не типичан, већ манифестан. Касније нема поништавања дистанце, али се, по навици, прво тражио непосредно видљив долус. Ако он није такве природе, онда наступају други (блажи) видови кривице.

Даље диференцирање је, каже Казер, произашло из интерперетација Аквилијевог закона. Наводи да су преткласични правници укључили *culpa* у аквилијаску *iniuria*.⁴⁹³

Пауел (*Powel*) каже како фуртум у свим временима подразумева непоштену, нечасну намеру. По њему, у многим случајевима та намера подразумева сврху доласка до неке добити. Истиче да она није битан део фуртума све док је опсег деликта *damnum iniuria datum* ограничен. Током тог времена, право је било више окренуто губитку тужиоца него добитку оптуженог, каже Пауел.⁴⁹⁴ Он сматра да је појам *contrectatio* био довољно широк да обухвати многе случајеве где је такав губитак настао, а да чак није било користи за лопова.⁴⁹⁵

Фуртум је од почетка био кривично дело, а не приватно-правни деликт. Од почетка је битна штета, а не корист. Међутим, у архаичном праву и у време Закона XII таблица, правила о фуртуму су сконцентрисана на проналажење кривца – *објективној кривца*. У преткласичном праву су та правила фокусирана на проналажење жртве – *објективне жртве*. О тим концептима ће касније бити речи.

492 M. Kaser (1980³), 186.

493 *Ibid.*

494 Raphael Powel, „Furtum by a Finder“, *Tulan Law Review* 33/1958–1959, 516.

495 *Ibid.*, 516–517.

Међутим, наставља Пауел, како је опсег деликта *damnum iniuria datum* прошириван интерпретацијама Аквилијевог закона и још више путем *actiones utiles* и *actiones in factum*, тако је опсег фуртума постепено постајао ужи.⁴⁹⁶ Зато је постало непходно, каже он, наћи критеријум који одваја фуртум од *damnum iniuria datum*. Пауел сматра да се то постигло додавањем речи *lucri faciendi gratia* у дефиницију фуртума.⁴⁹⁷ Каже да је тек то прикључење довело до усредсређења на стање свести оптуженог. То је, по њему, био смо почетак, будући да је пре Јустинијанове кодификације утицај грче филозофије, Јудаизма и хришћанства довео до интензивнијег испитивања свих стања свести који су релевантни за право. Он каже и да се може претпоставити да су и правници и законодаваци мењали санкције у правцу мењања стриктне одговорности.⁴⁹⁸

Он сличну тенденцију види и у случају налазача ствари. Пауел каже да се може узети да на његовој страни има мање кривице него на страни лопова. Због тога он подвлачи да су предмет фуртума могле бити само *res aliena*.⁴⁹⁹ Пауел претпоставља и да су многе околности правно посматране као оне које искључују одговорност за крађу. С друге стране, у многим случајевима је налазачу било тешко да поуздано зна да ли је његово присвајање било фуртум или није, јер му нису биле доступне све чињенице.⁵⁰⁰

Што је друштво мање, то има мање, или нема уопште, разумевања за налазача ствари. У таквом друштву сви знају шта коме припада. Што мање друштво, то је мањи број и вредности и ствари. Макар сваки појединац и свака кућа знају шта им не припада. Због тога је вероватно да се сматрало да је налазач несумњиво злонамеран самим тим што је морао знати да ствар није његова. То је био *објективни кривац*. То је у складу са карактером кривице и одговорности како пре, тако и у Закону XII таблица. Преткласични правници, с друге стране, у првом плану имају жртву и

496 *Ibid.*, 517.

497 *Ibid.*

498 *Ibid.* У нашој правној терминологији је уместо *субјективна одговорност* уобичајен израз *објективна одговорност*.

499 *Ibid.*

500 *Ibid.*

њен несумњиви губитак. Ту налазач ствари није увек и починилац фуртума. Он то постаје само ако одбије да врати ствар власнику који се изненада појавио и који је сада потражује. Ту важи концепт *објективне жртве*.

Више нема поништавања помињаног временског јаза, али се сматра да одређене радње и одређене последице увек указују на сада ипак релативну одговорност и релативну кривицу.

8. ФУРТУМ У ПРЕТКЛАСИЧНОМ ПРАВУ

Оно што се са фуртумом дешавало у преткласичном праву може да се посматра као транзиција од старе ка класичној регулацији – од старе ка класичној одговорности. У овом периоду област манифестног фуртума, по природи ствари, није могла да буде предмет неког динамичнијег развоја. Више промена је, као што је већ назначено, захватило друге врста фуртума. У том контексту је потребно да се детаљније анализира однос одржаја и фуртума, јер се фуртум, у овом раздобљу, може одредити као неовлашћено долажење у додир са неком ствари.

Цимерман подсећа како је у периоду Републике појам фуртума значајно проширен. Он каже да су *furtum* и *damnum iniuria datum* били основни преступи уперени против имовине и да је домет овог другог прилично ригидно одређен путем Аквилијевог закона.⁵⁰¹

Из овога се може закључити да Цимерман посматра фуртум у светлу потребе за све већом заштитом имовине. Овај деликт је, по њему, врло погодно опште средство за ту сврху.

Он каже да су се правници окретали овом недефинисаном појму фуртума када је требало казнити угрожавање туђе имовине које није могло да се подведе ни под један постојећи имовински деликт.⁵⁰²

Донекле сличном процесу био је изложен и деликт инјурије.

До краја Републике је, оправдано указује Цимерман, фуртум добио скоро безграничан домет, тако да је сада обухватао готово било коју ситуацију у којој је

501 R. Zimmermann, 928

502 *Ibid.*, 928

неко лице путем туђег намерног акта претрпело имовински губитак, изузев физичког оштећења ствари.⁵⁰³

Тако је и инурија проширивана, па је на крају тог процеса поред физичких повреда обухватала и увреду и клевету.

Као што се могло видети, фуртум Закона XII таблица дефинисан је као неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари у туђем дому. Како је, у преткласичном праву, овај деликт изгубио сакрални карактер, тако је постао крађа, а то, у најопштијем смислу, значи неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари. Пошто место где је почињен фуртум више није од пресудне важности, јављају се неки други битни елементи који ово неовлашћено долажење у додир квалификују као крађу.

Међутим, манифестни фуртум је, и пре и у Закону XII таблица, преко места почињења деликта, у ствари преко *објективної кривца* трагао за *објективном жривом*. Ту своју логику је, чини се, задржао и касније.

8.1. Радна дефиниција преткласичног фуртума

Сзнања о преткласичним ставовима долазе из пера класичних правника који су их повремено и само узгред цитирали. Због те штурости извештаја, потребно је да се пође од класичних извора који су најближи периоду преткласичног права (или, макар извора који цитирају одговарајуће извештаје класичних правника који су довољно издашни и довољно близу преткласичном праву). Сасвим је оправдано да се претпостави да ће се ту наћи елементи за стварање једне опште дефиниције фуртума која би одговарала и преткласичном праву. Кључ за успех поступка тражења таквог извештаја мора бити ослоњеност на оно што је већ речено о фуртуму у Закону XII таблица.

Чини се да, с обзиром на све то, потпуно одговарају опште информације које о фуртуму пружа Гелије у својим *Айичким ноћима*.

503 *Ibid.*

„Сада смо далеко од тога децемвирског правила. Ако било ко жели да се заштити, путем уобичајеног процеса за манифестну крађу, на располагању му је тужба за четвороструку вредност ствари. Манифестна крађа, како каже Мазурије (Сабин) је она приликом које је лопов ухваћен на делу. Акт је довршен када је украдена имовина однета на неку дестинацију. Казна за *furtum conceptum* је, као и за *furtum oblatum*, трострука.“⁵⁰⁴ Оливер (*Oliver*) наставља са изношењем Гелијевог извештаја у коме овај каже да је Сабин у књизи *De Furtis*, насупрот општем мишљењу, рекао да крађа може бити почињена не само над људима и покретним стварима које могу потајно бити однете, већ већ њен предмет могу бити и земља и куће. Тако је по Гелију и колон могао да одговара за крађу ако је продао земљиште које је узео под закуп и на тај начин лишио власника државине.⁵⁰⁵ Гелије, наводећи Сабина, истиче и други пример, што такође Оливер наводи: како је крађу (*ope et consilio*) роба починила особа која је својим огртачем спречила господара да спази свог одбеглог роба.⁵⁰⁶

504 D. T. Oliver, „Roman Law in Aulus Gellius“, *Cambridge Law Journal* 5/1933–1935, 59. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 11. *Manifestum autem furtum est, ut ait Masurius, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat. 12. Furti concepti, item oblata, tripli poena est. Sed quod sit oblatum, quod conceptum, et pleraque alia ad eam rem ex egregiis ueterum moribus accepta neque inutilia ...*, Наведено према, Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz, Lipsiae 1871, 47.*

505 D. T. Oliver, 59. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 12 ... *Sed quod sit "oblatum", quod "conceptum" et pleraque alia ad eam rein ex egregiis ueterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda qui legere uolet, inueniet Sabrini librum, cui titulus est de furtis. 13. In quo id quoque scribitum est, quod uolgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum mouentium, quae aufferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, uendito possessione eius dominum interuertisset*, Наведено према Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz, Lipsiae 1871, 47.*

506 D. T. Oliver, 59. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 14. *Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit, furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitiuus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset*, Наведено према Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz, Lipsiae 1871, 47.*

Важно је да се напомене да се овде не каже да је неко и присвојио туђег роба. Очигледно је да је за успостављање саучесничке одговорности било довољно да постоји *објективна жртва*. То, пак, значи да је преткласично право, иако овде Оливер говори о некаквом помагању и саветовању (подстрекавању) (*ope et consilio*), у ствари, једино познавало саизвршилаштво као облик саучесничког поступања. Лако се може приметити да се фраза *ope et consilio* уопште не појављује у цитираној Гелијевој реченици.

Поставља се једно врло битно питање: зар ово није крађа ухваћена на делу?

Неко само на манифестан начин може да својим огртачем спречи господара да спази одбеглог роба. Вероватно због тога није било потребе да се наведе да је неко трећи, или пак само ово лице присвојило туђег одбеглог роба. Довољно је да постоји жртвин губитак – примат концепта *објективне жртве* над *објективним кривцем* – па да дође до фургума.

Рекло би се да остаје прилично нејасно како је третиран овај могући облик саучесништва – да ли као манифестна, или као неманифестна крађа. Тим пре што се за овакав тип крађе уопште не наводи предвиђена санкција.

Оливер подсећа на Гелијеве речи да нико не треба да мисли да је лопов само онај ко је потајно нешто украо, или ко је то потајно однео.⁵⁰⁷ Тако се Гелије позива на Сабинов став да је крађу починио онај ко рукује било чиме што припада другоме, када то чини насупрот вољи власника.⁵⁰⁸ Затим Сабин додаје да је за крађу потребно да је неко потајно однео туђу ствар како би себи прибавио добитак, без обзира да ли је знао коме ова ствар припада.⁵⁰⁹ Оливер наставља са изношењем Гелијевих ставова, па тако овај каже да за настанак крађе није потребно било какво руковање предметом крађе. По њему, за то је довољна сама намера да се она почини.⁵¹⁰ Такође, по Сабину, нема никакве сумње да је господар који је наредио своје робу да украде нешто, одговарао за крађу.⁵¹¹ Оливер завршава Катоновом реченицом да су они који су починили приватну крађу проводили свој живот у оковима, а они који су опљачкали јавну имовину у пурпуру и злату. Он лепо истиче да се ни данас у том погледу није много променило.⁵¹²

Дакле, судећи по Гелију, појам деликта *furtum* неспорно поседује следеће елементе:

Наредна реченица овог Гелијевог извештаја гласи: *Aliis deinde furtis omnibus quae nec manifesta appellantur, poenam imposuerunt dupli*, Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 15. У преводу: „Затим све друге крађе, што се називају неманифестним, кажњаване су дупло“. Уколико се има у виду да пре саучесништва, Гелије говори, прво о манифестном, па затим о *furtum conceptum* и *oblatum* – онда је једино извесно да он саучесништво посматра као засебан тип крађе (у оквиру неманифестног *furtum*, поред осталих наведених). Питање санкције за саучесништво, ипак, остаје загонетка.

Све у свему, рекло би се да саучесништво преткласичног права – концепцијски спада у манифестни *furtum*, мада га овај извештај, а вероватно и санкције, не третирају тако. То је зато што се преко *објективне жртве* трага за *објективним кривцем*. О свему овоме ће бити више речи на одговарајућем месту.

507 D. T. Oliiver, 59.

508 *Ibid.* Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 20. *Verba sunt Sabini ex libro iuris ciuilis secundo: Qui alienam rem adtrectauit, cum id se inuito domino facere iudicare deberet, furti tenetur*, Наведено према Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz*, Lipsiae 1871, 48.

509 D. T. Oliver, 60; Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 21. *Item alio capite: Qui alienum tacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, siue scit, cuius sit, siue nescit*, Наведено према Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz*, Lipsiae 1871, 48.

510 D. T. Oliver, 60; Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 23. *Sed meminisse debemus, secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque adtrectatione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, adnitente*, Наведено према Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz*, Lipsiae 1871, 48.

511 D. T. Oliver, 60; Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, XVIII, 24. *Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui seruo suo, uti furtum faceret, imperauit*, Наведено према Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX, ex recensione Martini Hertz*, Lipsiae 1871, 48.

512 D. T. Oliver, 60.

1) Може бити почињен потајно, а у сваком случају, противно вољи власника ствари;⁵¹³

2) Сврха крађе се налази у противправном прибављању имовинске користи.⁵¹⁴ Зато ће фуртума бити чак и онда када онај, који повучен за таквом „добити“, није знао коме ствар припада. При том се не може рећи да фуртум у првом плану има починиоца, а не жртву;⁵¹⁵

3) Није потребно да буде неког непосредног физичког руковања са украденим ствари у тренутку крађе, већ је за настанак крађе довољна и сама намера да се она почини. Зато се покушај крађе кажњава исто као да је реч о почињеној крађи;⁵¹⁶

513 Овај услов своју потврду налази и нешто касније, у Гајевим *Институцијама* (G. 3. 195: *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*). Генерално говорећи, фуртум чини свако ко без сагласности власника, на неки начин, долази у додир са његовом ствари. На који начин? – то је већ питање које се подједнако односи на све врсте фуртума. Овде треба подвући да нема супротстављености између тога што Гај у првом делу реченице говори да фуртум има облик присвајања туђе ствари, а у другом о томе да фуртум настаје када год неко без сагласности власника долази у додир са ствари. Основна потка и једног и другог облика фуртума налази се у противправном прибављању имовинске користи.

Да су таквог мишљења били и *veteres*, указује и последњи део следећег Гајевог параграфа: G. 3. 196: *... aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset*. Одавде је јасно да је један од облика крађе, када је неко туђе коња противно вољи власника уместо за јахање искористио за борбу. Није украо коња само зато што је употребио ствар противно вољи њеног власника, него зато што је тиме противправно прибавио неки облик имовинске користи (противправно прибављање имовинске користи представља други елемент радне дефиниције).

514 Приликом разматрања проблема саучесништва у крађи, Гај каже како су *veteres* узимали да крађа постоји и када неко растера туђе стадо. Он се затим пита: шта ако је такав акт предузет, не с намером да се почини фуртум, него из пuke безобзирности (*per lasciviam*)? Да ли тада може бити права на тужбу, *an utilis actio dari debeat*? По њему, одговор на то питање је неизван, с обзиром на чињеницу да, како на истом месту каже, Аквилијев закон кажњава за штету уопште (G. 3. 202). Све што се, поводом тога, на овом месту, може рећи је да је одувек морало бити извесно да појам аквилијанске штете не обухвата случајеве где је противправно прибављена имовинска корист. С друге стране, таквог прибављања никада не може бити без намере, барем се у римском праву она увек претпостављала.

Када је већ реч о томе, интересантно је навести Винклово (*Winkel*) запажање да постоји очигледна тешкоћа приликом изједначавања инјурије и кулпе. Наиме, не кулпа, већ је долус био редовни стандард одговорности у римском деликтном праву. Отуда, наставља Винкл, изрази *sciens prudensque, sciens dolo malo, ope consiliove* играју значајну улогу када је у питању одговорност, па тако и одговорност за почињени фуртум. Овај аутор наводи како, иначе, у случају фуртума не постоји проблем интерпретације термина који се користе у Аквилијевом закону, јер је код овог деликта одговорност заснована на много старијим правилима, Laurens Winkel, „Quintus Mucius Scaevola once again“, *Fundamina* 11/2005, 429.

515 Први услов на јасан начин указује да је и воља жртве подједнако битна, ако не и мало битнија.

516 Треба напоменути да се намера утврђивала на основу објективног контекста. Као пример може да послужи добро познати случај злонамерног позивања гонича мула на суд (D. 47.2.67.2). Реч је о одлуци коју су донели *veteres*. Особа која гонича мула позове на суд, па муле буду изгубљене, сматрана је одговорном за крађу. *In ius vocans* није морао да дође у непосредан физички додир

4) За крађу одговарају како саучесник (он је пак третиран као саизвршилац), тако и иницијатор (онај ко је наредио своје робу да украде), исто као и непосредни извршилац. Ово је последица трећег услова.

Из Гелијевог сведочанства је видљиво да се, приликом истицања ових елемената, он позива на ставове Сабина као ученог правника. Нема препреке претпоставци да је слично било и у преткласичном праву. Приликом даљег истраживања ови елементи ће бити, истовремено, како изнова проверавани, тако ће и послужити као користан водич за анализу.

8.2. Основне тенденције у развоју фуртума

Већ на почетку треба подсетити на заузети став да је релативизација одговорности омогућила постепено рашчлањивање фуртума. Он је добијао нове нијансе и зато и све више различитих облика извршења и све више различитих категорија починилаца.

I Када је реч о теми овог поглавља, може да се почне од онога што многи аутори наводе. Између осталих, Боген (*Bogen*), приликом осврта на типологију и хронологију еволуције санкционисања манифестног фуртума, започиње тако што каже да је Закон XII таблица предвиђао да је оштећена страна пред надлежног магистрата доводила манифестног лопова кога би ухватила на делу. Овај би починиоца предао жртви какао би он од сада био њен роб, или како би га она негде у иностранству продала у ропство.⁵¹⁷ О овоме, на свој начин, говори и Мек Кормак: „Лопов ухваћен на делу је предаван жртви која је могла извршити освету и убити га, или, је прелазео

са мулама да би настао фуртум. Неко ће рећи да се из параграфа не види ни да их је морао присвојити како би био осуђен за крађу. Међутим, по свој прилици, аутор параграфа није сматрао да је потребно да изричито истакне да је ту реч о стицању имовинске користи, или намери за таквим стицањем. Највероватније је да се намера претпостављала, као и да се увек могло доказивати супротно.

Овде је могло бити речи о још једном случају саучесништва у крађи, као и код горе цитираног Гелијевог примера са помагањем туђем робу приликом бекства од његовог господара, вид. фн. 505. Тачније, и ту је, концепцијски, могло да постоји само саизвршилаштво. Ни ту није употребљена фраза *ope et consilio*.

517 David S. Bogen (1992), 335. Боген мисли на манифестни фуртум који није почињен ноћу, и онај где се жртва није бранила оружјем.

у ропство са жртвом као господаром. Држава је вршила контролу у том смислу што жртви није дозвољавано да се освети док магистрат то не одобри. Лопов који није ухваћен у крађи је једноставно плаћао дуплу вредност украдене ствари. Једно објашњење ове разлике у тежини казне је то да су жртвина осветољубива осећања била снажнија када је ухватио лопова на делу, и да је природно да су остварена у једном таквом екстремном акту као што је убијање лопова. Али, ако прође неко време од крађе и хватања лопова, онда жртвина осећања имају прилику да се охладе. Она је спремнија на композицију и мање спремна да инсистира на физичкој освети“.⁵¹⁸

Нису се „жртвина осећања охладила“, него је у подручје кривице оптуженог наступила неизвесност. Она се јавља тамо где постоји дисконтинуитет, временски прекид између почињеног и доказаног деликта. Када се једном појавила, она је постепено и неповратно еродирала фуртум и довела до деликта крађе. У том смислу је преткласично право направило потпуни отклон од Закона XII таблица. Под тим утицајем, питање места где је фуртум почињен више нема великог значаја, тако да у први план избија чин неовлашћеног одношења, или покушаја неовлашћеног одношења покретне ствари (крађа). Неко ће поставити питање: како је то неизвесна (неманифестна) кривица могла да потисне светост породичног дома? Одговор је једноставан: време је несавладиво, јер је сумња испливала на површину. Дисконтинуитет подразумева дислокалитет.

II Око III века пре Христа, наставља Боген, казна за манифестни фуртум је модификована путем преторовог едикта у виду исплате четвороструке вредности украдене ствари.⁵¹⁹ Он претпоставља да је могуће да је едиктом само прихваћена већ устаљена пракса по којој су жртве радије прихватале откупнину, него убијање или поробљавање лопова.⁵²⁰ Напомиње и да се *actio furti* могла поднети само против лопова, а не и његових наследника. Каже и да су вишеструке новчане казне имале

518 G. MacCormack (1973), 75.

519 David S. Bogen, 335. Боген истиче, а примећује се да доста теоретичара поступа на исти начин, да се овде ради о некаквој четворострукој накнади штете. Међутим, ово је казна, а не накнада штете, па је зато много боље користити формулацију „исплата четвороструке вредности украдене ствари“.

520 *Ibid.*

мало ефекта против оптуженог који их због свог сиромаштва не може исплатити.⁵²¹ Боген ову нормативну слику тумачи тако да је Закон XII таблица предвиђао да је украдена ствар припадала власнику, а да је власник могао надокнадити евентуални губитак њеном вишеструком вредношћу.⁵²² Тако је виндикација као тужба за потврђивање својине, каже он, замењена новом тужбом која гласи на вредност имовине која произлази из још општијег типа тужбе чији је циљ накнада (*restitutionary type of action*, како их он назива).⁵²³ Током првог века пре Христа, наводи Боген, или можда и раније, уведена је кондикција за крађу. Он подвлачи да је кондикцијом власник могао да захтева вредност украдене ствари. Ово је, по њему, била, не деликтна, већ тужба за квази контракт која је требало да спречи противправно обогаћење. Она се из истог разлога могла подићи и против наследника починиоца крађе, каже Боген.⁵²⁴ Тако се дошло до тога да је жртва крађе имала да бира између два средства поводом почињене крађе. Да бира *actio furti* којом се захтевала дупла вредност украдене ствари, и посебну тужбу (*condictio furtiva*), а чији је циљ била накнада вредности украдене ствари, каже Боген.⁵²⁵ Слично томе, наставља он, муштерија власника неког брода, муштерија гостионичара, или коњушара, могла је да бира да против њих поднесе или *actio furti a.n.c.s* која је гласила на двоструку вредност нестале ствари, или *actio de recepto*, којом се захтевала само вредност те ствари. С друге стране, лице коме су ове ствари биле поверене могло је да против лопова поднесе или *actio furti*, или *condictio furtiva*.⁵²⁶

Архаична реивиндикација није тужба за потврђивање својине, као што то истиче Боген, него тужба за разрешење манифестне деликтне облигације. Њен циљ је да се не претпри штета, а циљ кондикције је да се накнади штета. Ова виндикација настаје у друштву чије норме поништавају временски јаз, а кондикција у друштву које то не чини. Идеја накнаде штете може настати само у окружењу које познаје посредну последицу, јер не настоји да по сваку цену поништи поменути јаз. Зато

521 *Ibid.*

522 *Ibid.*

523 *Ibid.*, 335–336.

524 *Ibid.*, 336.

525 *Ibid.*

526 *Ibid.*

у случају кондикције није било речи само о одговорности непосредног починиоца деликта, као непосредног корисника украдене ствари, већ и о некој врсти одговорности његовог наследника.

С друге стране, исплата вишеструке вредности украдене ствари (предвиђена Преторовим едиктом) остатак је менталитета жртвовања, а не потребе за некаквом накнадом штете.

III Јоловиц каже да етимологија јасно указује на идеју коју *фуртум* изворно носи са собом – *фуртум* је одношење ствари. Међутим, из тога не може да следи да у раном праву, несавесни депозитар – који одбије да врати депоновану ствар – неће бити сматран лоповом, каже он. Како истиче, цепидлачко разликовање између крађе и проневере не припада примитивним ступњевима развоја. Сматра да је овај увид дао изговор правницима касне Републике да прошире концепт деликта зато што су предвиђена правна средства била неадекватна. Поред тога, Јоловиц истиче да је у том периоду, под утицајем грчке реторике и филозофије, дошло до слободнијих интерпретација правних норми. Тако да, каже он и неки од најупадљивијих примера *furtum sine contrectatione* датирају од *veteres*. При том, истиче како се они нису увек слагали. Тако Павле, говорећи о депоненту који је намеравао да порекне да је примио ствар, али је још увек није померио, каже да је депозитар остао држалац, јер *quia furtum sine contrectatione fieri non potest*.⁵²⁷ Јоловиц закључује како се овде ради о питању државине и како се подразумева да су проблеми промене државине и крађе идентични.⁵²⁸ Али, он не верује да је проблем државине тако рано сматран једним од услова за крађу. Наводи како Ивлен каже да је изворно ова дискусија разматрала питање може ли се крађа починити простим пропустом да се ствар врати. Ивлен каже да већина не сматра да је померање ствари било неопходно, већ само захтевају отворени акт одбијања као супротстављен простом падању на памет да се одбије предаја, наводи Јоловиц.⁵²⁹

Опет је битно да постоји неки манифестни акт – „отворени акт одбијања“. Потребно је да постоји јасно изражена намера да се поступи супротно вољи власника ствари.

527 Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De Furtis*, Cambridge 1940, xxiii

528 *Ibid.*

529 *Ibid.*, xxiv

Став који Павле наводи да *furtum sine contrectatione fieri non potest* можда није био опште прихваћен од стране *сџарих* правника, сведочи о потреби да је оптужени починио манифестни акт како би уопште било могуће подићи тужбу. Сада се поставља питање: ако је морао починити манифестни акт, како онда објаснити то што је и код тог примера била реч о неманифестном фуртуму, о крађи, а не о манифестном фуртуму? Једноставно, кривица више није апсолутна, па зато и нема манифестног фуртума. Већ су преткласични правници склони да сваки фуртум виде као неманифестни фуртум.

Опет доказ да је промена природе кривице изнедрила промену природе деликта фуртум и да је довела до склоности преткласичних правника да сваки фуртум тумаче као неманифестни фуртум.

Кривица није апсолутна, јер је временски јаз сада виђен као несавладив, а све то значи да докази и доказна средства више нису били апсолутно поуздани.

Други извор неслагања је, каже Јоловиц, нађен у одсуству било какве разлике између крађе и саучесништва у крађи (*ope consilio*). Он каже да је оба примера, која говоре о *furtum sine contractione*, за која се од Гелија сазнаје да их је изнео Сабин, могуће објаснити као случајеве саучесништва, мада нису тако разматрани. Сабин је, наводи Јоловиц, написао монографију о фуртуму и био је, заједно са Сцеволом, главни ауторитет за цивилно право. У његово време је, са развојем права, преко увођења *actio doli* било мање потребе за широком интерпретацијом, напомиње Јоловиц.⁵³⁰ Он каже да су, и поред тога, у Дигестама заступљени неки текстови који су засновани на широким интерпретацијама. Њихов аутор је Улпијан. Јоловиц напомиње како Улпијан редовно износи мишљења разних аутора.⁵³¹

Ова широка интерпретација, по којој нечасно руковање представља фуртум, онемогућава јасно разликовање крађе од лажних потраживања (лажног полагања права, *false pretences*), истиче Јоловиц. Каже и да ово друго у најбољу руку води до *actio doli*.⁵³² Затим наводи како се из D. 13. 7. 3 види да је залогодавац, који је добио

530 *Ibid.*

531 *Ibid.*

532 *Ibid.*, xxv.

предмет залогe назад, под изговором да ће да плати – али при том баци ствар кроз прозор како би је саучесник ухватио – починио фуртум против залогопримца.⁵³³

Посебан проблем су, по Јоловицу, случајеви које је сврстао под заједнички назив *sciens indebitum accipere*. Ту постоји лажан захтев да се нешто дугује. Напомиње да се у неким текстовима каже да је и ово фуртум. Јоловиц истиче да је приликом разматрања ових текстова заузет општи став да нема крађе ако су новац и друга добра прешла у руке примаоца. Значи да се ово питање, каже он, решава, само по себи, преко предаје имовине. За скоро све ове текстове ова претпоставка је без сумње тачна, сматра Јоловиц.⁵³⁴

Каже како, поводом *sciens indebitum accipere* случајева, постоје два главна схватања која налазе неку подршку у изворима, али не у свим.⁵³⁵ Једно од њих је да онај ко је знао да је примио недуговано није починио фуртум, сем ако није било још нечега другог као што је активно варање приликом представљања, наводи Јоловиц. Друго мишљење је супротно. По њима је просто прихватање уз знање било довољно за фуртум, напомиње овај аутор. Истиче и да прво мишљење почива на идеји да несавесност на страни примаоца не поништава *traditio*.⁵³⁶

Када се додирне питање савесности, неформалне предаје ствари и државине, неизбежно се долази до врло битног питања преткласичног фуртума – до односа одржаја и фуртума.

8.3. Одржај и фуртум

Овај проблем своју кулминацију налази у нејасном односу између Закона XII таблица и *Lex Atinia*, закона из другог, или трећег века пре Христа.

I a) Закон XII таблица је на најопштији начин забранио одржај ствари које су биле предмет фуртума:

533 *Ibid.*

534 *Ibid.*

535 *Ibid.*

536 *Ibid.*, xxvi.

*Tab. VIII 17: (Gaius 2, 45): furtivam (rem) lex XII tab. usu capi prohibet.*⁵³⁷

Поред тога, забранио је одржај и форума и гробнице:

*Tab. X 10: (Cicero, De legibus 2, 24, 61): forum bustumve usu capi vetat.*⁵³⁸

б) Касније је донет *lex Atinia*, који је поновио забрану одржаја украдених ствари. Гелије поводом овог закона каже:

*Verba haec ex Atinia lege: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto, P. Nigidio et Q. Scaevolae visa esse non minus de praeterito furto quam de futuro cavisse.*⁵³⁹

1. *Legis veteris Atiniae verba sunt: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto.* 2. *Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui* 3. *Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam subruptum erit utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum.*⁵⁴⁰

Белоу (*Beloe*) ово преводи на следећи начин: „Стари Атинијев закон каже: ‘Ако је почињена крађа, нека власт то вечито има у виду’ („If a theft shall have been committed, let the authority to take cognizance of the theft be perpetual“.) Ко би могао да претпостави да закон може да упућује на било шта сем на будућност? Али, Квинт Сцевола каже како се његов отац и Брут и Манилије, као људи високе репутације по учености, питају, и износе сумње да ли се овај закон примењивао само на будуће крађе, или и на оне које су већ почињене, зато што речи ‘*subreptum erit*’ изгледа указују на свако време, садашње и будуће.“⁵⁴¹

537 Наведено према С. G. Bruns (1893), 32.

Корисно је да се већ на почетку изнесе врло битна напомена о томе како су Римљани, у ствари, гледали на одржај: „Малобројни подаци, углавном у вези са историјом одржаја, показују да је реч такође о фактичкој ситуацији. Али *usus* (дословно: „употреба“), по свему судећи, није био облик власти на ствари, него понашање које одговара садржају неког права... Данас бисмо рекли да је свако од тих права стечено одржајем, али је римска представа о томе, изгледа, била другачија“, М. Милошевић (2005), 203. Милошевић истиче како је „негде у време пунских ратова“ формирано начело („супротно првобитном значењу термина *possessio*“) да предмет државине могу да буду само оне ствари које, иначе, могу да буду предмет својине, *Ibid.*

538 Наведено према С. G. Bruns (1893), 37.

539 Aulus Gellius, XVII, VII.

540 Aulus Gellius, XVII, VII, 1, 2, 3.

541 *The Attic Nights of Aulus Gellius*, translated into english, By the Rev. William Beloe, f.s.a., Vol III, London 1795, 278–279.

Овај Гелијев извештај је изазвао теоријски спор око питања да ли је Атинијев закон имао ретроактивно дејство.

Белоу наводи како Цицерон каже да је овај закон, супротно од тадашње праксе, имао ретроактивно дејство.⁵⁴²

О том проблему ће нешто касније бити речи.

в) Шитс (*Sheets*), с друге стране, износи Гелијеве речи: „*Legis veteris Atiniaie verba sunt ‘Quod subruptum erit, <nisi in potestate eius, cui subruptum est, revertatur> eius rei aeterna auctoritas esto’*“.⁵⁴³

Шитс (*Sheets*) ово преводи на следећи начин: „Стари *lex Atinia* садржи следеће речи: *auctoritas* (интерес власника) над имовином која је украдена, трајаће заувек, < све док не буде враћена под *potestas* [‘power/control’] особе од које је украдена >.“⁵⁴⁴

По истом аутору, ово значи да је продавац [који је редовно морао да гарантује (*auctoritatem praestare*) да је манциповао имовину све док је купац није стекао узупапијом] био одговоран купцу за евикцију *res furtivae*.⁵⁴⁵

Као што се може видети, ова реконструкција Гелијеве реченице је прилично различита од првонаведене (у оквиру одељка **I 6**).

г) До такве реконструкције се дошло уз помоћ следећег Павловог параграфа у коме је реч о Атинијевом закону:

*Quod autem dicit lex Atinia ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti non in eius utique, cui subreptum est. igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.*⁵⁴⁶

542 *Ibid.*, фн. 1.

543 Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVII, VII, 1. Наведено према, Herbert Hausmaninger, Richard Gamauf (translated with Introduction, Supplementary Notes, and Glossary by George A. Sheets), *A Casebook on Roman Property Law*, New York 2012, 124. Овакву реконструкцију је, иначе, понудио Ивлен, Paul – Lois Huvelin, „Etudes sur le furtum dans le tres ancien droit romain I Les sources“ *Annales de l’Université de Lyon II Droit, Lettres* 29/1915, 287. Томас каже како не може бити сумње да за Лабеоу *reversio in potestatem* значи, уствари, *reversio in potestatem domini*, J. A. C. Thomas, „Rei hereditariae furtum non fit“, *TDR* 36/1968, 493. Томас, одбацујући Албанезеову теорију, не види никакву несагласност у изворима да украдена ствар мора бити враћена *in potestatem domini* како би могла да буде предмет одржаја, *Ibid.*

544 Herbert Hausmaninger, Richard Gamauf (translated with Introduction, Supplementary Notes, and Glossary by George A. Sheets), *A Casebook on Roman Property Law*, New York 2012, 124.

545 *Ibid.*

546 D. 41. 3. 4. 6 (*Paulus 54 ad edictum*).

Вотсон ово преводи на следећи начин: “Сада, када *lex Atinia* каже да украдена ствар може бити стечена одржајем само ако се прво врати под власт особе од које је узета, ово треба интерпретирати тако да треба да буде враћена под власт њеног стварног власника, а не под власт особе од које је заправо узета. Тако, уколико је заложена ствар украдена од залогопримца, или позајмљена ствар од зајмопримца, ствар мора бити враћена под власт првог власника”.⁵⁴⁷

Мора да се призна да се Гелијев извештај о Атинијевом закону не може најбоље разумети без увида који пружа Павле.

Од значаја су и следећи параграфи фрагмента који се приписује Павлу, које Вотсон преводи на следећи начин: „7. Лабен даље каже да, ако је украдена ствар из пекулијума мога роба без мога знања, и ако роб касније успостави посесију над њом, сматраће се да је враћена под моју власт; много је тачније рећи да се она враћа под моју власт ако сам упознат са том чињеницом (будући да није довољно да роб поврати ствар коју је изгубио ако ја не знам ништа о томе); али ово је само ако ја желим да она и даље буде део пекулијума; ако, пак, то није случај, онда је потребно да ја располажем том ствари. 8. Тако, претпоставимо да је мој роб сам узео нешто од мене и да га је онда вратио, то може бити стечено узупапијом, будући да је враћено под моју власт, и поред мог незнања о томе; ако су ми, пак, околности биле познате, инсистираћемо да је требало да знам да је ствар враћена под моју власт”.⁵⁴⁸

Из овога јасно извире још један принцип: да би украдена ствар могла да буде предмет узупапије, није довољно да је враћена под контролу власника, већ је потребно и да је он обавештен о томе. Чини се да теоретичари приликом анализе забране одржаја украдених ствари нису довољно свесни значаја оваквог једног услова. Наиме, због чега другог он може да постоји него због тога да би власник и фактички био обезбеђен од туђег уцењивања, или од принуде?

Како другачије објаснити следећи случај: Павле износи Касијево мишљење, са којим се слаже, да ако дужник потајно однесе и прода ствар коју је претходно дао у

547 A. Watson, *The Digest of Justinian*, Vol 4, Philadelphia 1998, 31.

548 *Ibid.*

залогу, онда она може бити предмет одржаја, јер је враћена под власт залогодавца као њеног власника. С друге стране, против залогодавца је могуће подићи тужбу за фуртум., D. 41. 3. 4. 21.

Из горњег примера је потпуно јасно да је воља власника ствари неприкосновена када је у питању однос фуртума и одржаја. То значи да она представља набитнији елемент за дефинисање и једне и друге правне појаве. Ту би могло да се нађе решење за питање односа између правила о одржају Закона XII таблица, с једне, и Атинијевог закона, с друге стране. Одговор је једноставан: Атинијев закон је боље заштитио вољу власника. Пошто је реч о вољи, онда може да се каже и да је, по природи ствари, морао да има ретроактивно дејство.

д) Имајући у виду да је изворно над фуром примењивана само смртна казна – јер је с почетка постојао само манифестни фуртум – може се рећи да је фур, с почетка, сматран неком врстом смртог непријатеља.

Треба узети у обзир да Закон XII таблица каже:

Tab. II 7: Adversus hostem aeterna auctoritas – esto -.⁵⁴⁹

Као што се могло видети, и много касније, у Атинијевом закону појављује се фраза *aeterna auctoritas esto*. Наравно да у то време лопов није био смртни непријатељ, али интерес власника над украденом имовином траје иако она није под његовом непосредном контролом. Зато је потребно да му се она врати. Значи да је у првом плану власник као коначна жртва крађе.

II Вотсон, разматрајући један пример из Дигеста (D. 41. 3. 41),⁵⁵⁰ наводи како Бретоне (*Bretone*) исправно примењује да се тај текст односи на правило које је увео *lex Atinia* о забрани узупапије *res furtivae*. Ова забрана важи све док се те ствари не врате *in potestatem* особе која је опљачкана, каже Вотсон.⁵⁵¹ Он наводи како Бретоне каже да је ово правило било предмет интерпретације од стране правника и да је

549 Наведено према C. G. Bruns, 21.

550 D. 41. 3. 41 (*Neratius libro 7 membranarum*): *Si rem subreptam mihi procurator meus apprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam redisse usque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit.*

551 Alan Watson, „Acquisition of Possession per Extraneam Personam“, *TDR* 29/1961, 23. Вотсон се позива на следећи Бретонеов чланак: Mario Bretone, „Adquisitio per procuratorem?“, *Labeo* 1/1955, 280–292.

reversio схваћено као *reversio ad dominum*. Ово уобичајено значи, наставља Вотсон са излагањем Бретонеових ставова, да је украдена ствар опет морала бити под директном контролом доминуса, који треба да буде обавештен о њеном повратку.⁵⁵²

Беловски (*Belovsky*) пак истиче како је *lex Atinia de usucapione* из 149. пре Христа, у извесном степену, изменио забрану одржаја украдених ствари коју је увео још Закон XII таблица.⁵⁵³ Одржај ствари, које су преварно стечене другим средствима, био је предмет регулације од стране *leges Iulia et Plautia*, подвлачи Беловски. Каже и да се значај *lex Atinia* за развој одржаја огледа у додатној интерпретацији правила које је садржано у Закону XII таблица. *Lex Atinia* је проширио узупапију, како би укључила украдене ствари које су се вратиле под власт особе од које су однете, каже Беловски. Напомиње како је ово познато као *reversio in potestatem domini*.⁵⁵⁴

Овај аутор каже да је *reversio in potestatem domini* услов без кога се не може извршити узупапија украдене ствари. Сматра да је ово резултат специфичног римског схватања последица које су произведене актом крађе.⁵⁵⁵ У очима римских правника ове последице погађају саму ствар, каже он. Тако је, по њему, деликтуална природа постала део саме ствари.⁵⁵⁶ Овај приступ свој корен налази, наставља Беловски, управо у *lex Atinia*. По овом аутору, уколико је ствар украдена, онај из чије је власти отргнута задржава вечну *auctoritas*, што спречава њено присвајање путем узупапије. Износи став како и Гелије и Гај заступају такво мишљење.⁵⁵⁷ Каже како због тога

552 *Ibid.*

553 Petr Belovsky, „*Usucapio of Stolen Things and Slave Children*“, *Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)* XLVIX/2002, 59. Он наводи да се мишљења о датуму доношења овог закона разликују. Тако има аутора који га смештају у 131., или 212. пре Христа, *Ibid.*, 59 фн. 6. Барбер, пак, наводи како је опште прихваћено да је Закон донет негде око средине II века пре Христа, Ross Barber, „*Usucapion and Theft at the Time of the Twelve Tables*“, *Sidney Law Review* 8/1977–1979, 614, фн. 12.

554 P. Belovsky, 59.

Барбер каже како Причард (*Prichard*) види *lex Atinia* као закон који је до одређеног степена иновативан. По њему, наводи Барбер, када су испуњени сви остали неопходни услови, узупапија украдене ствари ће бити могућа онда када се она врати под контролу особе од које је украдена. Барбер закључује како, по Причарду, нови закон поред претходна два услова за узупапију (*iusta causa* и *bona fides*), уводи и трећи – повратак контроле власника над украденом ствари, R. Barber, 615.

555 P. Belovsky, 59.

556 *Ibid.*, 59–60.

557 *Ibid.*, 60. О Гелијевом ставу по питању одржаја украдених ствари било је речи када је наведен превод који је дао Шитс, Вид. фн. 543 и фн. 544.

израз *res furtiva* постаје технички термин, као што су то *res extra commercium* или *res sacra*. Они се као такви правно разликују од обичне *res*, каже Беловски.⁵⁵⁸ Зато, по њему, није неваљали правни основ оно што забрањује одржај украдене ствари, већ то чини сама та ствар.⁵⁵⁹

Фуртум преткласичног права је дефинисан као неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари. Зато се може рећи да је недостатак сагласности власника, као део адекватног правног основа, оно због чега је забрањен одржај украдене ствари. Па, зар из наведених извора није јасно да, правно гледано, нема ни повратка ствари под власт особе од које је украдена, уколико то лице није о томе и обавештено. То само значи да је воља власника била од пресудне важности када је судбина ствари била у питању. Тек уколико, с друге стране, ствар буде враћена под контролу власника, тек тада се стварају услови да његова воља буде правно релевантна – да буде слободна. Тек тада ствар може да буде подобна за одржај.

Беловски закључује како је јасно да у римском праву није могло бити узупапије независно од *bona fides* или *mala fides* стицаоца.⁵⁶⁰ Он каже да је закључак да је *res furtiva* био технички термин, који изражава присуство деликтуалних ефеката које је лопов нанео самој ствари, извукао проучавајући аргументацију јуриспруденције у случају узупапије детета рођеног од стране *ancilla furtiva* (украдене слушкиње, *ипри-мегба* О. В.).⁵⁶¹ Узупапија таквог детета је, наставља Беловски, могућа само ако је дете зачето тек пошто је крађа почињена, када је *ancilla* била у државини *bona fide* стицаоца. Ово је зато, каже он, што је дете делило правни статус ствари (*res furtiva*) чији је део било.⁵⁶² Пошто сама украдена ствар себе штити од узупапије, наставља Беловски, римско право (на супрот модерним правним системима, како напомиње) фаворизује власника наспрам *bona fide* држаоца.⁵⁶³

558 *Ibid.*

559 *Ibid.*

560 *Ibid.*, 97. Упор. са другим и трећим елементом радне дефиниције.

561 *Ibid.*, 98.

562 *Ibid.*

563 *Ibid.*

Ако је дете делило правни статус ствари чији је део било, као што каже Беловски, како је онда на било који начин могућа његова узупапија (а, очигледно је да је у овом примеру била могућа)? Без обзира када је зачето, ако се прихвати да је украдена ствар са собом носила деликтуалну природу, онда ју је и дете зачећем добијало и трајно је носило са собом. Због свега тога се чини да се на правно-логичком нивоу, закључак Беловског да је деликтуална природа инкорпорирана у самој украденој ствари – не може одржати.

С друге стране, на плодовима украдене ствари савесни држалац је својину стицао самим одвајањем, а не одржајем.⁵⁶⁴

Како онда решити овај проблем са дететом робиње?

Чини се да оно што није дозвољавало одржај украдене ствари, ипак, треба пронаћи у најширој дефиницији фуртума преткласичног права: неовлашћено долажење у додир са туђом покретном ствари. Дакле, недостатак сагласности власника је оно што не дозвољава узупапију.⁵⁶⁵ Управо таквом, а не закључку који је Беловски извео, иду на руку сви горе поменути извори.

Наведени проблем са одржајем детета робиње треба решити имајући у виду управо ту најширу дефиницију. Наиме, то дете је могуће стећи одржајем, јер се не може рећи да је савесни држалац неовлашћено дошао у додир са њиме. Оно у тренутку крађе није ни зачето, па није ни могло да буде предмет било каквог овлашћења власника робиње, као ни било каквог неовлашћеног долажења у додир. Оно, у неку руку, представља сасвим нову ствар.

С друге стране, савесни држалац није могао својину на детету робиње да стекне простим одвајањем, јер је робиња украдена.

Како су се римски правници приближавали концепту одржаја украдених ствари, истовремено су вршили елиминацију деликтуалних ефеката из такве ствари, каже Беловски. Посебан инструмент, налази он, који је у ову сврху увео *lex Atinia*, био

564 Савесни држалац је, како то каже Милошевић „од друге половине републике до средине класичног периода одвајањем ... стицао својину на плодовима“. Он наводи и да „својину на плодовима могу да стекну, поред наведених лица, закупац и плодуживалац. Они је, међутим, не стичу одвајањем, него узимањем плодова у државину (*perceptio*)“, М. Милошевић (2005), 230.

565 Вид. први елемент радне дефиниције.

je *reversio in potestatem domini*, који је био резервисан за власника украдене ствари.⁵⁶⁶

„The *reversio* was technically constructed upon the requirement that the reacquisition of *potestas* by the *dominus* of the stolen thing be supported by his knowledge of receiving the thing back.”⁵⁶⁷

Није украдена ствар у себи носила деликтуалну природу, па није ни било потребе за њеним одстрањивањем из ствари. Она није могла да буде предмет одржаја – како из већ горе наведеног разлога, тако и из разлога што се над њом надвила кривица (*animus furandi*) починиоца фуртума. Иако она није успостављала апсолутну одговорност, као што је то некада био случај, остао је реликт таквог њеног утицаја у правилу о забрани одржаја украдених ствари.⁵⁶⁸

С друге стране, *lex Atinia* је, колико је то уопште било могуће, само пратио тренд даље релативизације одговорности који су наметнула правила о фуртуму. Заштити власника од сваке врсте уцена, преваре и принуде – то је било његово руководно начело. Ако је власник и фактички заштићен, онда украдена ствар може бити предмет одржаја. На тај начин је фактички релативизован значај одговорности починиоца.

III Јарон (*Yaron*), приликом анализе Закона XII таблица, полази од запажања Казера и Мајера – Мали (*Mayer-Maly*). То чини и по питању *furtum conceptum*. У складу са тиме, потпуно искључује да је, по овом законском акту, постојала могућност одржаја *res furtive*.⁵⁶⁹ Јарон сматра да су захтеви за *bona fides* и за *iusta causa* променили природу институција. Он истиче да је то учињено до таквог степена да забране, које је поставио Закон XII таблица, више нису биле у својој изворној и пуној снази.⁵⁷⁰ *Bona fides* је у основи уперена против држаоца, каже Јарон, али у одговарајућим условима може да ради и у његову корист.⁵⁷¹ Он сматра да су се децемвирска правила о узупапији искључиво мењала, не формалним законодавством

566 P. Belovsky, 98.

567 *Ibid.*

568 Упор. са другим и трећим елементом радне дефиниције.

569 R. Yaron (1967), 223–224.

570 *Ibid.*, 224.

571 *Ibid.*

већ путем измена које су нудили учени правници. Тако каже и да не треба одбацити могућност да су правници променили децемвирске одредбе о одржају *res furtivae*.⁵⁷² Овај аутор, пак, у *lex Atinia de usucapione* види продукт конзервативне реакције усмерен против ових тенденција којима руководе правници. Овај закон је, по њему, само поново ставио у дејство древно правило. Због те њихове идентичности, каже Јарон, и настаје конфузија у изворима.⁵⁷³

Iusta causa као услов није потпуно променио природу институција. Он је и раније захтеван само што то није било јасно и изричито дефинисано – правници га раније нису били свесни. Шта друго може да значи то што фуртум представља неовлашћено долажење у додир са туђом ствари (било са превагом елемента у *иуђем домаћинсџву*, или без њега), него да ту не постоји *iusta causa*. У почетку је захтев за постојањем правног основа (као услов мешовите, субјективно – објективне природе) неодвојив од савесности и намере прибавиоца (као услова субјективне природе). Правници су само раздвојили та два елемента и створили посебне услове, *iusta causa* и *bona fides*. Пошто је Закон XII таблица забрањивао одржај украдених ствари, може да се закључи да је за одржај, већ тада, условно речено, захтеван *iusta causa*. Наравно, правници нису били свесни овог елемента, а и он је тада морао да устукне пред местом извршења деликта, или местом проналаска ствари.

Јарон ствари посматра нешто другачије од Беловског. Преобликовање одржаја путем увођења *iusta causa* и *bona fides* и замена *usus*⁵⁷⁴ са *possessio*, сматра Јарон, достигнуће је римске јуриспруденције. Све ово је, каже он, могло бити још избалансираније уколико је паралелно мењало правила која се односе на *res furtivae*.

572 *Ibid.* 224–225.

573 *Ibid.*, 225. Барбер сматра да није вероватно да је *lex Atinia* само реafirмисао постојеће правило Закона XII таблица. Он каже да је такав поступак приликом доношења закона, иначе, непознат у доба Републике. Он наводи како и Гелије каже да је такво нешто у случају *lex Atinia* било немогуће, Ross Barber, 614. Напомиње како је неспорно да је Гај једини независан извор и прави експерт за Закон XII таблица. Гај, у погледу одредбе о узупацији у овом закону, није поменуо *lex Atinia*, истиче Барбер. Међутим, каже да се не може закључити да таква одредба у првој римској кодификацији није ни постојала. Нити се може закључити да је Гај грешком, ранијем закону приписао правило каснијег, R. Barber, 616.

574 Милошевић поводом *usus* каже: „Малобројни подаци, углавном у вези са раном историјом одржаја, показују да је реч такође о фактичкој ситуацији. Али *usus* (дословно: „употреба“), по свему судећи, није био облик власти на ствари, него понашање које одговара садржају неког права“, М. Милошевић (2005), 203.

Уместо тога, наставља, јавила се реакција у виду *lex Atinia*. Јарон претпоставља да би правници урадили боље.⁵⁷⁵

Не треба заборавити да је субјективне услове као што су *bona fides* и *dolus*, по природи ствари, тешко доказати, а лако претпоставити. Оно што је већ истакнуто у случају Закона XII таблица и Аквилејевог закона, може се применити и код Атинејевог закона. Наиме, види се да је правничка струка једино признавала непосредно видљиве (манифестне) акте, или манифестне последице као ваљане доказе извршених деликата. Она, дакле, закључке изводи на основу неких објективних (физичких) и непосредно видљивих елемената. Зато се може претпоставити да су ученици правници, приликом увођења института о којима говори Јарон, то чинили на чисто академском нивоу. Наука као наука, увек трага за рашчлањивањем и што јаснијим дефинисањем основних делова неке целине.

Правосудна пракса и законодавство, с друге стране, примењују оно што је практично могуће. Зато се Атинејев закон потрудио да омогући фактичку заштиту власника ствари.

Јарон признаје да претпоставке, које је изнео о *lex Atinia*, не могу бити убедљиво доказане.⁵⁷⁶

IV С друге стране, Пауел (*Powell*) подсећа да је у римском праву и власник могао починити крађу. Он је тако могао противправно узети своју ствар коју је претходно заложио, од савесног држаоца, од плодуживаоца, или од зајмодавца који има право да задржи ту ствар све док му власник не исплати дуг, наводи Пауел. Све у свему, каже он, било је опште правило да се крађа може починити само на туђим ствари-ма.⁵⁷⁷ Што се тиче проблема напуштених ствари, овај аутор почиње од следећег фрагмента из Дигеста који се приписује Улпијану: *D. 47. 2. 43. 4 – Qui alienum quid iacens lucre faciendi causa sustulit furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit*. Он каже да је овај фрагмент класичног порекла. Налази да се слично правило са малим варијацијама може наћи у Гелијевим Атичким ноћима (*N.A. XI 18. 21*), у којима Гелије упућује на

575 R. Yaron (1967), 225.

576 *Ibid.*

577 Raphael Powell, „Furtum by a Finder“, *Tulane Law Review (TLR)* 33/1958–1959, 509–510.

другу Сабинову књигу. Пауел напомиње да овде постоји фраза *alienum quid* као што у I. 4. 1. 6, постоји *alienum rem*. Тако, по Пауелу, то што је и у Дигестама (D. 47. 2. 43. 5) усвојено Сабиново мишљење о напуштеном (*abandonment*), показује да је Улпијан следио Сабина у ставу да напуштене ствари не припадају никоме и да стога не могу бити ни украдене.⁵⁷⁸

Ово, на посредан начин, указује на то да је фуртум, не само у класичном, него и у преткласичном периоду представљао деликт неовлашћеног долажења у додир са одређеном ствари. Дакле, не треба рећи „туђом ствари“. Довољно је „неовлашћено долажење у додир“, па да то покрије све фуртум случајеве. Из свега што је досад речено, може да се закључи да су правила о фуртуму била усмерена на заштиту овлашћеног држаоца. Штити се онај ко је овлашћено физички ближи ствари, и тако навише. Дакле, фуртум представља крађу овлашћене државине. На почетку и на крају овог ланца, фуртум, ипак, увек штити власника ствари. Зар такав закључак на најбољи могући начин не потврђује управо Атинијев закон и његово правило да је одржај украдене ствари могућ само ако се она уз сазнање власника врати под његову контролу. Уколико власника нема, онда не може бити ни крађе.

У Даубе, анализирајући Ивленове ставове, наводи како овај аутор повлачи разлику између *res furtive* и *res subrepta*. Даубе износи, како Ивлен сматра, да *subripere* упућује на ствари које су однете у тајности, док „*furtum propter*“, како то каже Даубе, означава превару и, будући да непокретне ствари не могу бити однете, примењује се када је реч о одржају земље.⁵⁷⁹ Он сумња у ову поделу, јер сматра да није вероватно да уколико се *lex Atinia* примењивао једино на добра која су однета, да је у том случају Закон XII таблица забрањивао одржај добара који би био успостављен преваром. На тај начин би, подвлачи Даубе, Закон XII таблица имао много већи домет и упућивао би на суптилнију врсту прекршаја у једном ранијем периоду.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, 510.

⁵⁷⁹ D. Daube, "Furtum proprium and furtum improprium", *The Cambridge Law Journal (CLJ)* 6/1937, 217. У овом чланку Даубе полази од Ивленове реконструкције *lex Atinia*. Он сматра да је ова реконструкција добра. Основно питање на које овај Даубеов чланак покушава да пружи одговор је питање односа овог закона и Закона XII таблица. Даубе истиче да је Ивлен ово питање покушао да реши уз помоћ разлике између *res furtive* и *res subripa*. Он, при том, сматра да се на Ивленов начин не може одговорити на постављено питање (*Ibid.*).

Даубе каже да Ивлен избегава овај проблем тврђом да Закон XII таблица питање одржаја уопште није споменуо.⁵⁸⁰ По Ивлену, наставља Даубе, *lex Atinia* је први закон који је био уперен против одржаја *res subrepta*. Затим, када је, постепено, одржај *res furtive* постао забрањен, људи су погрешно приписивали Закону XII таблица овај каснији и много обухватнији принцип.⁵⁸¹

Чини се да Даубе износи противречне хипотезе. Овде сумња да је Закон XII таблица поседовао одредбу о забрани било какве могућности да се одржај успостави преваром. Касније, као што ће бити показано, каже да је велика заблуда да су првобитни термини имали врло уска, а не врло широка значења.

Приликом трагања за значењем неког термина, увек мора да се пред очима има његов контекст – друштвени, правни, нормативни, језички. Закон XII таблица разлику између манифестног и неманифестног фуртума није успоставио с обзиром на радњу извршења, него с обзиром на могућност или немогућност поништења временског јаза између почињеног и доказаног деликта. Потреба за институтом забране одржаја украдених ствари очигледна је код неманифестне крађе. Ту законодавац није могао да поништи временски јаз, али може да поништи могућност да власник – противно својој вољи – изгуби своју ствар. Атинијев закон је, такође, одговорио тој потреби, али на нешто исправнији и јаснији начин. То је било могуће

580 *Ibid.* Барбер наводи основни Ивленов аргумент за непостојање одредбе о узупацији у Закону XII таблица: будући да *subruptum* у *lex Atinia* означава потајно, стварно одношење (*a secret, but actual, taking*), док *furtum* у Гајевој верзији Закона XII таблица означава преварно одношење, без стварног померања (*a fraudulent taking not requiring actual movement*), онда би ранији закон био истанчанији. Зато би могао да се примени и на покретне и на непокретне ствари. Ово је, каже Барбер, по Ивлену потпуно немогућ правац развоја. Барбер, пак, каже да, нити је извесно да су ове речи употребљене у овим изворима, нити је извесно да су ови изрази имали значења која им је Ивлен приписао, R. Barber, 617.

Поставља се питање: шта је, онда, извесно?

Једини могући одговор је да је судећи по Гају Закон XII таблица поседовао одредбу која је забрањивала одржај ствари које су биле предмет фуртума.

У то време је фуртум представљао деликт неовлашћеног долажења у додир са туђом покретном ствари у туђем домаћинству.

Према томе, за тадашњу забрану одржаја уопште није било битно питање на који начин је радња деликта почињена – јер је разлика између манифестног и неманифестног фуртума повучена, не с обзиром на радњу извршења, него с обзиром на могућност или немогућност поништења временског јаза између почињеног и доказаног деликта.

Забрана одржаја украдених ствари постоји управо због случајева где је немогуће поништити горе наведени јаз – због неманифестних случајева.

581 D. Daube (1937b), 218.

јер је преткласично право постало свесно тога да је фуртум деликт неовлашћеног долажења у додир са неком покретном ствари. Оно је постало потпуно свесно радње овог деликта, њене природе и услова одговорности за извршену радњу, јер више није било оптерећено значајем места извршења фуртума. Постало је свесно да је, заправо, недостатак сагласности власника ствари она непремостива препрека правног промета. Зато је захтевано да пре стицања одржајем ствар буде враћена власнику. На тај начин је створено адекватно средство да се власник и фактички заштити од разних уцена и принуда.

Изгледа да су теоретичари приликом разматрања питања забране одржаја упетљани у овај проблем зато што пред очима (када говоре о фуртуму Закона XII таблица), а да тога уопште нису свесни, имају само преткласичну природу радње извршења деликта фуртум. Зато не могу да успоставе разлику између забране одржаја Закона дванаест таблица и забране Атинијевог закона. Решење је, међутим, немогуће понудити без увида и у значај места његовог извршења (у Закону XII таблица) и природе тадашњег доказног поступка.

VI Даубе сматра да се закључком о разлици између *res furtiva* и *res subrepta*, до каквог је дошао Ивлен, негира веродостојност извора. Каже како они наводе на потпуно другачији пут.⁵⁸²

582 *Ibid.* Када је већ реч о *res subrepta* треба указати на занимљиву информацију коју износи Мек Гил (McGill). Он каже да извори из II века пре Христа и током касније антике, говоре о постојању појаве плагирања туђих дела у Риму. Како то Мек Гил наводи: *culpable reuse through which an author presents another's work as his own, was a recognized phenomenon*. Именица, каже Мек Гил, која се често користила да означи ту појаву је *furtum*. С друге стране, уобичајено коришћен глагол у ту сврху, каже исти аутор, је глагол *surripere*, „to steal“ и „to remove by stealth“, Scott McGill, „Plagiarism or Imitation? The Case of Abronius Silo in Seneca the Elder's *Suasoriae* 2.19–20“, *Arethusa* 43/2010, 113. Мек Гил овде мисли на присвајање нечијих текстова. Он каже да су наведени термини употребљавани како би означили плагирање као кажњиво, иако не са правне тачке гледишта (*Ibid.*, 113–114). Иначе, термин *plagiarius* је први употребио Марцијал, како би њиме означио књижевни плагијат, наводи ауторка Мира Сео, J. Mira Seo, „Plagiarism and Poetic Identity in Martial“, *American Journal of Philology* 130/2009, 567.

Оно што је интересантно за тему овог рада јесте да је из ових случајева видљиво да и они као и фуртум представљају неовлашћено одношење ствари (очито да и књижевно дело представља ствар), уз намеру њеног присвајања. С друге стране, овде се последица не огледа само у неовлашћеном присвајању као економском губитку, већ је реч и о моралном губитку за оштећену страну.

Што се фуртума тиче, њега нема без економског присвајања и губитка. На почетку је то био сакрални губитак, а како је процес секуларизације норми захватао и фуртум, онда у први план избија економски губитак.

Затим се Даубе окреће истраживању да ли је било битне разлике између *res furtiva* и *res subrepta*. Сматра да се основа ове разлике (у романистици) налази у широко распрострањеном схватању да су на почетку речи поседовале уско значење. Наводи да је по овом гледишту њихово значење постепено проширивано. Тако су и *furtum* и *subripere* поседовали посебна, уска значења и нису изазивали конфузију све до после *lex Atinia*. По Даубеу, ова премиса је слаба. Он каже да је баш у примитивним временима опсег речи био релативно широк (*comparatively wide*). Тада, каже, речи изражавају одређени комплекс идеја, скуп околности, пре него неку посебну ствар. Отуда, наставља Даубе, карактеристична употреба од стране *lex Aquilia* простих глагола (*simple verbs*) уместо сложених; зато *caput* означава не само главу као део тела, већ и човека; тако *furtum* означава и кривично дело крађе и саму украдену ствар.⁵⁸³

Даубеов закључак да *furtum* означава и кривично дело крађе и саму украдену ствар – подудар се некако са закључком који је Беловски извео. Наиме, ради се о деликтуалној природи која је у *res furtiva*, по речима овог другог аутора, имплементирана деликтом фуртум.

Даубе и Беловски греше што код фуртума потенцирају значај ствари. Управо она није толико битна, већ је од пресудне важности нешто друго. У почетку је то место где је фуртум почињен. Касније место више није пресудно, али, по инерцији, задржава доста тога од свог значаја. О томе сведочи трострука санкција за *furtum conceptum*, који се може утврдити само неритуалном претрагом осумњиченог дома – и који, у суштини, спада у неманифестни фуртум. О сличној врсти инерције сведочи и четворострука санкција за манифестни фуртум по Преторовом едикту.

Како дефиниција фуртума у преткласичном периоду не би била преоптерећена, онда је најбоље ослонити се на њен облик из претходног периода: Фуртум је неовлашћено долажење у додир са неком ствари. Дакле, она се од дефиниције фуртума из претходног периода разликује у томе што је избачено место где је фуртум почињен, јер оно више нема пресудан значај. Избегава се и формулација *иуђа ствар*, јер је и власник на својој ствари могао починити фуртум.

Мек Гил наводи да стари Рим није познавао заштиту ауторских права, да је санкција за плагијат била приватног карактера и да је обично имала неформални морални карактер, S. McGill, 114 фн. 4. Међутим, Мира Сао тврди да Марцијал о својој књизи говори као о ствари која има економску вредност и која се, самим тим, налази на тржишту, J. Mira Sao, 567, 582 и даље. Овде је већ реч о процесу секуларизације који је пустио дубоке корене.

583 D. Daube (1937b), 218. Даубе каже да се не треба опредељивати да ли је једно од ових значења претходило другом (*Ibid.*, 218 фн. 8.).

У преткласичном праву у први план избија недостатак сагласности овлашћеног држаоца да *фур* дође у додир са *res*, која је била предмет *фуртума*. Овај недостатак сагласности (као субјективна категорија) раније је био сублимиран од стране места (као објективне категорије). Како је оно изгубило превасходни сакрални карактер, тако је у први план дошло питање сагласности. Сада су битнија лица, чланови домаћинства, те зато и њихова државина. Тек када је непоништиви временски јаз еродирао објективну и апсолутну одговорност, ето државине. Дакле, није државина старија од института својине, како то Казер потенцира. Зато би се можда могло претпоставити да је институт одржаја настао тек у време доношења Закона XII таблица.

Све у свему, рекло би се да је Даубеов закључак да је термином *furtum* означавана и сама украдена ствар – потпуно неоснован.

VII С обзиром да је Даубе, за реч *furtum* предвидео најшире могуће значење, поставља се питање на основу чега је онда он могао да искључи да су њиме подразумевани и одговарајући облици преварног поступања?

Превара се, првенствено, може везати за неманифестно понашање. Тамо где је реч о неманифестном *фуртуму*, свакако може бити говора о преварном понашању, о преварном угрожавању овлашћене државине (о крађи државине). Због тога се тек са све учесталијим случајевима неманифестне крађе, стварају услови да државина као појава почиње да добија на све већем значају. Пре тога, свакако није било неке потребе за разликовањем државине и својине. То је зато што су тада постојали само несумњиви начини стицања својине.

Даубе наводи како Ивлен, помоћу етимологије, за своје (горе наведене) ставове развија други аргумент. Ивлен тврди, наставља Даубе, с обзиром на корен речи *subripere* и с обзиром на честу употребу њеног еквивалента *subrumpere* у раним текстовима, да је из тога јасно да су ове речи указивале на стварно померање ствари.⁵⁸⁴ Даубе пак каже да је то тако, што се речи *furtum* тиче, уколико се прихвати њено највероватније објашњење које је везује за реч *ferre*. Он не препоручује да се много ослања на етимологију. Оправдано указује на пар места у литератури где *subripere*

584 *Ibid.* 218.

не значи „однети“, већ домилети, увући се (*but to creep up, to insinuate oneself*).⁵⁸⁵ С друге стране, Даубе подвлачи да *furtum* Закона XII таблица сигурно није превара, већ крађа.⁵⁸⁶

Он се окреће одредби у *Tab. VIII 12* у којој се каже да је оправдано убити онога ко ноћу почини крађу. По њему, није вероватно да је неко могао бити ослобођен одговорности за убиство уколико је убио мирољубивог посетиоца само зато што је овај покушао да му подвали. Слично су, по овом аутору, појмови *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* потпуно неразумљиви уколико се *furtum* не сматра крађом.⁵⁸⁷ Он сматра да и Ивлен не иде толико далеко да би одбацио такво нешто.⁵⁸⁸

Као што је на то раније указано, фуртум испрва није био крађа (а нарочито не ноћни фуртум као његов драстичнији облик). Радило се о неовлашћеном долажењу у додир са туђом покретном ствари у туђем домаћинству. Зато је убиство манифестног фура било потпуно оправдано. Даубе другима испоставља примедбу да се не могу ослањати искључиво на лингвистички метод, а онда, ослањајући се само на језичко тумачење речи *furtum*, изводи закључак да је фуртум био крађа. С друге стране, тек од преткласичног права фуртум представља само неовлашћено долажење у додир са неком ствари. Зато је он, од тада, само крађа.

Даубе закључује да нема битне разлике између *res furtive* и *res subrepta*, која би била заснована једино на лингвистичкој бази. Насупрот томе, он сматра да су речи, изворно, имале врло неодређено значење. Он, у том смислу, подсећа да и у јеврејском и у грчком језику, изрази који одговарају речи *furtum*, означавају и крађу и превару. Из тога се не може извући закључак да они означавају једино превару, каже Даубе.⁵⁸⁹

Превара јесте шири појам који подразумева и крађу. Превара имплицира да се ради у своју, или у туђу корист, а на штету жртве (у сваком случају, неовлашћено

585 *Ibid.* 218–219.

586 *Ibid.*, 219.

587 Чини се да Даубе под крађом искључиво подразумева противправно одношење и присвајање туђе ствари.

588 *Ibid.*

589 *Ibid.*

од жртве). Правници су касније, приликом дефинисања фуртума, постали свесни значаја преварног поступања. Тако је и Павле у својој чувеној дефиницији фуртума навео превару (*fraudulosa*). Крађа је један од конкретних облика преваре. Када се реч *furtum* доведе у везу, како са контекстом у којем је деликт једино могао бити почињен, тако и са карактером друштва (како је то у дисертацији већ учињено), онда се долази до закључака да она највероватније вуче порекло од *ferendo et auferendo*, што значи „однети“. Ово одношење је, када је деликт фуртум у питању, увек неовлашћено, тј. увек је, на неки начин, и преварно. Зар Атинијев закон није донет како би спречио могућност да власник украдене ствари, поред осталог, буде и преварен?

Али, покретна ствар се увек мора однети са неког места да би се донела на неко друго место. Зато речи *ferendo et auferendo*, у почетку, подједнако, поред радње ношења и одношења, подразумевају како место са кога је однето тако и место где је однето (донето).

Даубе наводи како Ивлен сматра да је *lex Atinia* усвојио посебно значење речи *subripere*, значење које се разликује од уобичајеног. Пошто закон, сам по себи, не пружа ни један доказ за такво нешто, Ивлен се окренуо интерпретацијама римских правника, каже Даубе. Он наводи да Ивлен сматра да је потпору за своје мишљење нашао у Павловом ставу који се налази у D. 41. 2. 3. 3.⁵⁹⁰ Даубе, ипак, не види како овај извор може помоћи у дефинисању разлике између *res furtiva* и *res subrepta*. У сваком случају, он подвлачи да Ивлен сматра да је текст *lex Atinia* поседовао уско значење. По Ивлену, наставља Даубе, овај закон је имао у виду само *res subrepta*. Суштина је у томе, каже он, да је, по Ивлену, *furtum* означавао превару уопште, док је *subripere* једноставно указивало на потајно одношење ствари. Даубе каже да, по Ивлену, није битно да ли је то одношење учињено уз *bona* или *mala fides*. Он каже да Ивлен закључује да је узимање блага (*laying hold on a treasure*) увек сматрано актом који је *subreptio*, и да се зато може очекивати да је његов одржај био немогућ.⁵⁹¹ Ивлен истрајава на овом закључку, истиче Даубе, иако га побијају Брут и Манилије

590 *Ibid.*, 219–220.

591 *Ibid.*, 220.

у истом одломку који је приписан Павлу. Они, наставља Даубе, посматрају благо као део поља на којем је нађено. Наводи да Ивлен износи став да је у раном праву поље било сматрано за *res furtiva*, али будући да не може бити померено са места, никада није било *res subrepta*, и самим тим је могло бити предмет одржаја.⁵⁹² На тај начин, каже Даубе, Ивлен мисли да и Брут и Манилије неизбежно долазе до закључка да је и благо могло бити стечено одржајем, јер је део поља. Ивлен, наставља Даубе, тврди да све зависи од тога да ли је ствар у питању представљала *res subrepta* у најужем значењу, или, пак, није. Тако Ивлен закључује, каже Даубе, да текст показује да је *lex Atinia* дозвољавао одржај, уколико је реч о *furtum* који није почињен *subreptio*. Ивлен признаје да све ове тврдње које су, по његовом мишљењу, изнели Брут и Манилије, није више могуће наћи у тексту. Али, овај аутор сматра, наставља Даубе, да су од Сабина, па надаље, правници амалгамирали (*amalgamated*) *res subrepta* и *res furtiva*.⁵⁹³

VIII Ивлен заиста не може изнети ни један доказ да је у раном праву непокретност могла бити предмет фуртума. Поред тога, кључна је Даубеова примедба да Брут и Манилије посматрају благо као део поља на коме је пронађено. Њу треба преиспитати.⁵⁹⁴

Битно је напоменути да је одржај блага био немогућ само уколико је оно било предмет фуртума.

Већ је Закон XII таблица био потпуно јасан: ствари које су биле предмет фуртума не могу бити предмет одржаја. Одржај, као што је горе речено, добија на значају тек са појавом неманифестног фуртума. Да је пошао од такве претпоставке, Ивлен не би дошао у колизију са изворима, нити би ушао у непотребно повлачење разлике у значењу између *res subrepta* и *res furtiva*. Као што превара подразумева фуртум, тако и фуртум, поред осталих случајева, подразумева и *subripere* у смислу који му Ивлен придаје. Поред свега тога, поставља се логично питање: како је могао да наступи рок за одржај, уколико, претходно, потенцијални стицалац није

592 Пре ће бити да непокретност, фактички, није могла бити предмет крађе, па је могла бити предмет одржаја.

593 *Ibid.*, 220–221.

594 То ће се одиграти тек у оквиру поглавља 8. 3. 2. *Одржај, одржај закојаној блаја и ирепикласични фуртум.*

дошао у физички посед ствари? Пошто је, логично је, морао да успостави физичку контролу ствари, то значи да је претходно ту ствар морао однети. Само уколико ју је неовлашћено однео (тога може бити само ако ствар има власника), онда не може бити одржаја.

Уколико је није однео потајно, онда ту не може бити неманифестног фуртума. Уколико је то учинио потајно (или бар није „звонио на сва звона“), онда је то могло бити речи о неманифестном фуртуму. Код овога је, међутим, битније питање постојања, или непостојања одговарајућег правног основа, него питање кривице. Зато тек овај фуртум представља крађу и зато и ствари које су неманифестно украдене не могу бити предмет одржаја. Тек је са настанком неманифестног фуртума могла да наступи разлика између фактичког држања ствари и држања које је у сагласности са правом.

Даубе, такође, одбацује Ивленову аргументацију као произвољну.⁵⁹⁵ Сматра да се никако не може прихватити Ивленово гледиште да је налазач увек деловао у тајности и да текст не каже изричито да је то случај *subreptio*. Даубе наводи да је опште прихваћено да су старије врсте одржаја, *usucapio pro herede* и одржај ствари које је власник напустио – уједно и најважније врсте. У овим случајевим, каже он, онај који присвоји ова добра неће починити прекршај, иако је знао да то нису његове ствари.⁵⁹⁶

Чини се како те „најстарије врсте одржаја“, ипак, нису могле да добију адекватан значај пре појаве неманифестног фуртума. То је зато што тек тада долази до изражаја категорија несагласности, или сагласности власника, тј. категорија правног основа. Она долази до изражаја јер је неманифестни фуртум Закона XII таблица могао бити само потајни фуртум. Поменуте „најстарије врсте одржаја“ су манифестне врсте. Зато ту није толико битно питање одржаја, колико је битно да се ту ради о казни за манифестно неодговорног, како наследника тако и власника.

⁵⁹⁵ *Ibid.* 221. Даубе каже: „Indeed, Huvelin takes for granted what he sets out to prove“, *Ibid.*, 222.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, 221–222.

Закон XII таблица је по питању узупапије потпуно јасан: *res furtiva* не могу бити њен предмет. С друге стране, он је под *res furtiva* подразумевао ствари које су биле предмет неовлашћеног долажења у додир од стране фура. Тада је, а и касније, захтевано, или да радња деликта фуртум буде несумњива, или да место где је ствар пронађена, или виђена, основано указује на кривца. Касније ово место почињења деликта губи на значају, али и даље може да послужи као објективни оријентир. Зато се може рећи да је забрана узупапије *res furtiva* (у Закону XII таблица) имала смисла само у случају неманифестног фуртума. Ту је реч о потајном одношењу ствари.⁵⁹⁷ Међутим, није потајно одношење чинило суштину фуртума, већ је то било неовлашћено долажење у додир, па и неовлашћено одношење. Потајно одношење је само један могући облик неовлашћеног одношења. Оно добија на значају, јер ту, за разлику од манифестног одношења, оштећени није могао правовремено да реагује.

IX Пронађено благо је могло бити предмет одржаја тек од тренутка од кога је лице које овлашћено држи непокретност, у којој је оно закопано, постало свесно његовог постојања и тек након што га је откопало. У сваком случају, њега одржајем може стећи само правоваљани држалац непокретности у којој је оно закопано, или лице које је он, на неки начин, овластио. Само таква лица су сматрана савеснима и по питању одржаја блага. Наравно, увек се могло доказивати супротно. Благо, у том смислу, условно речено, дели правну судбину непокретности. Значи да ако неко други, без сагласности правоваљаног држаоца непокретности, откопа и однесе благо, оно не може бити предмет узупапије. Може да се каже како, поред осталог, на такав закључак наводи, у романистици толико анализирани Павлов параграф:

597 Барбер наводи како Гај сматра да је забрана узупапије *res furtiva* од стране Закона XII таблица била бесмилена, с обзиром на услов *bona fides* који је постојао у његово време. Пошто нема извора који би потврдили да је овај институт постојао у време доношења Закона XII таблица, Барбер сматра да поменута забрана није бесмилена, R. Barber, 614.

Треба рећи да би поменута забрана била бесмилена пре доношења овог закона, јер је тада постојао само манифестни фуртум. Она постаје потребна тек са настанком крађе. Зато је и изнет став да је одредба о забрани одржаја *res furtiva* вероватно творевина Закона XII таблица и да се, вероватно, налазила у склопу осталих одредби о фуртуму.

С друге стране, и након појаве института *bona fides*, за неманифестни фуртум била је потребна основана претпоставка кривице осумњиченог. Зато се може рећи да *bona fides* није имала неког практичног ефекта.

D. 41. 2. 3. 3: (*Paulus libro 54 ad edictum*): *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si Thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam Thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet Thensaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.*

Овде се каже да, по Нерацију и Прокулу, сама воља, а без претходне фактичке државине, не може да успостави државину над закопаним благом. Тек када власник земљишта сазна да се у његовом земљишту налази неко благо, и тек када испољи вољу за његовим поседовањем, настаје његова државина блага. Остали део текста, Вотсон преводи на следећи начин: „С друге стране, мишљење Брута и Манилија да ће онај ко је задобио власништво на земљи дугом државином, такође, добити благо које је закопано у њој, мада несигурне егзистенције, није тачно. Заиста, ако он зна, не стиче га дугом државином, будући да зна да је то туђа својина. Постоје они који сматрају да је Сабиново мишљење тачније. Наиме, онај ко је постао свестан постојања блага, почиње да га држи једино када га извади из земље, јер до тада оно није у његовој државини. Ја се слажем са овим правницима“.⁵⁹⁸

Чини се да овај параграф, и поред све своје конфузности, некако може да понуди извођење основних елемената који су потребни за одржај закопаног блага:

1) Да би неко успоставио државину над благом, али и да би га одржајем стекао, јесте потребно, али није довољно то што непосредно држи непокретност (у којој се оно налази);

2) Било је потребно и да се благо откопа из непокретности – физичка и непосредна контрола ствари;

598 Alan Watson, *The Digest of Justinian*, Vol 4., 18.

3) Потребно је да држалац оправдано сматра да је реч о напуштеним стварима (да буде савестан) – јер „Заиста, ако он зна, не стиче га дугом државином, будући да зна да је то туђа својина“;⁵⁹⁹

4) При свему томе су воља и савесност подређени непокретности (као делу домаћинства). То, уствари, значи да је правни основ стицања непокретности посредно оправдавао и стицање блага које је из ње извађено – уколико је стицалац био убеђен да је оно напуштено. Због тога се наведени субјективни елементи (воља и савесност) вероватно обориво претпостављају.

Сасвим је очекивано да се претпостави да је рок за одржај бивао прекинут када се појави власник блага који га сада потражује. Онај ко одбије да власнику врати благо није више сматран савесним држаоцем, па иако је, евентуално, протекао рок за одржај, он је сматран лоповом и морао је да врати ствар.

Овде нема помена о томе да ли је откопавање морало бити манифестно. Ово питање може бити значајно због рокова који су потребни за одржај.

Х Узукаиџа у односу на *ипромену иприроге фурџума*. *Res furtiva*, на почетку, нису могле бити предмет узупапије, јер су сматране припацама, или пак деловима домаћинства од кога су неовлашћено одвојене. Домаћинство, испрва, није могло бити предмет крађе, већ једино предмет рата међу породицама и родовима. Покретни припаци, или делови домаћинства,⁶⁰⁰ исто тако, испрва нису могли бити предмет крађе, већ предмет фуртума.

Благо никако не може бити део непокретности, иако га извори тако називају. О томе ће нешто касније бити речи. Оно може да постане предмет одржаја тек када га држалац непокретности, или неко друго лице, по његовом овлашћењу, извади из земље. С друге стране, потребно је да држалац буде савестан налазач. Међутим,

599 Као што то каже Павле у Сентенцијама: *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat.*, P. S. 2. 31. 1. Очигледно је да зла намера не може да доведе до одржаја. Улпијан каже да је право на *actio furti* имао само савесни (*bonae fidei*) држалац, *non etiam malae fidei furti actio datur.*, D. 47. 2. 12. 1. Поред тога, Улпијан каже да чак и да ствар није била напуштена, ако је неко лице сматра напуштеном, неће бити крађе уколико је присвоји., D. 47. 2. 43. 6: *Sed si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur.*

600 Потчињена лица су делови, или можда и припаци породице, па зато и предмет најстарије инјурије – *iniuria vindicatio*.

овде савесност, у суштини, не игра неку огромну улогу. То је зато што може да се претпостави да се власнику, кад год се појави (било пре, или после протеча рока за одржај) – мора вратити благо, без обзира ко га има у поседу. Тако испада по горе наведеном Павловом параграфу. Том приликом уопште није требало доказати несавесност налазача како би се ствар повратила. То је зато што без овлашћења власника нема стицања ствари, а уколико неко дође у додир са неком ствари без власниковог овлашћења – онда настаје фуртум. Савесни стицалац блага, који би и након протеча рока за одржај одбио да врати благо власнику који то захтева – био би сматран лоповом. Ако пре није знао, сада зна да није било речи о напуштеним стварима.

О томе, у суштини, говори и Атинијев закон. Крећући се том линијом, он доноси и једну новину, тачније измену. Наиме, реч је о томе да он врши даљу релативизацију одговорности за фуртум и дозвољава одржај ствари које су биле предмет овог деликта, али само ако се врате под контролу власника и ако је он са тиме упознат. Релативизације одговорности, дакле, не може бити, не само без њене индивидуализације, него ни без индивидуализације угроженог интереса.

Протек рока за одржај, савесном држаоцу надомешћује немогућност испуњења услова који тражи сагласност власника, надомешћује непостојање правног основа (тамо где власника нема) – али протек времена не може да поништи несавесност, као ни чињеницу да власник, ипак, постоји и да није сагласан да његова ствар пређе у туђу својину.

Код неманифестног фуртума пак битније је питање постојања, или непостојања правног основа (и сагласности власника) – концепт *објективне жртве*, насупрот претходно важећем концепту *објективної кривца* – питању фактичке контроле и савесности, или кривице починиоца. Све је то доказ да правила о неманифестном фуртуму допуњују правила о одржају и обратно.

То је тако очигледно да се чини да на тај начин, у наведеном случају са закопаним благом, настаје нека врста трајно неизвесног одржаја. „Најстарије врсте одржаја“ су уједно несумњиве врсте одржаја (манифестне врсте). Зато би се трајно неизвесни одржај могао назвати неманифестним одржајем. Уколико се власник појави, ствар му се мора вратити без обзира где и код кога се налази.

Неманифестни фуртум Закона XII таблица није формиран упоредо са јасно дефинисаном категоријом *bona fides*. Она је настала касније, делатношћу учених правника. Простор где она највише долази до изражаја јесте неманифестни простор. Зато она добија специфичан значај управо у додиру са неманифестним фуртумом. То је фуртум где, у ствари, није очигледно постојање адекватног правног основа (*iusta causa*) по коме се нека ствар налази у нечијим рукама. Што је правни основ неизвеснији, то је већи значај установе *bona fides*. Зато су то подручја која се додирују и са институтом одржаја.

Најстарије врсте одржаја се не преклапају са најстаријим правилима о фуртуму, јер код првих не може бити речи о неком неманифестном облику неовлашћеног долажења у додир са неком покретном ствари.

Слично томе како правила о неманифестном фуртуму допуњују и мењају манифестни, тако она допуњују и мењају и одржај.

8.3.1. Разлој и услови за доношење *lex Atinia*

Постоје аутори који нешто другачије тумаче однос Закона XII таблица и Атинијевог закона, као и однос фуртума и одржаја.

I Тако Барбер сматра да је једини могућ закључак да је Закон XII таблица само лопову забрањивао могућност узукапије, а да је *lex Atinia* ову забрану проширио на сва украдена добра. Он каже да је (пошто је за узукапију у раном периоду захтевана отворена употреба, а не само државина), будући да су продаје углавном биле јавне (и с обзиром на природу мале руралне заједнице), ова забрана Закона XII таблица адекватно штитила власника. Како је друштво постајало сложеније, каже Барбер, тако је због заштите власника било нужно предвидети да нема узукапије, не само за лопова, већ за било кога ко је прибавио државину без *bona fides* и *iusta causa*.⁶⁰¹ Коначно се, каже Барбер, дошло до закључка да нико ко је дошао у посед украдене ствари – није могао да на њој стекне својину. Ово је, по

601 R. Barber, 617.

њему, могло бити само ако је, у ово време, захтев за отвореном употребом ствари промењен у захтев за простом државином.⁶⁰²

Увек треба имати у виду да се фактички разлог због кога је Закон XII таблица забранио одржај украдених ствари – налази управо у увођењу категорије неманифестног фуртума.

Касније је *lex Atinia*, сходно промењеним околностима, увео неке измене – сада је одржај украдених ствари био могућ уколико се претходно врате власнику и уколико је он упознат са тиме (*reversio in potestatem domini*). Овај закон јесте боље заштитио власника него Закон XII таблица. Али, не на тај начин што је за разлику од њега, који је наводно забранио одржај само лопову, овај други наводно уопште забранио одржај украдене ствари. За такав став, једноставно, не постоји никаква потврда у изворима. Оно што је из извора очигледно јесте да је његова дозвола одржаја украдених ствари омогућила фактичку заштиту власника ствари – преко заштите његове слободне воље.

Код ствари које су биле предмет манифестног фуртума, у прво време, фактички није било могуће успоставити одржај, па ту није ни било фактичке потребе да законодавци и правници реагују. Власника је штитила јавност. С друге стране, било је природно и лако предвидети могућност одржаја напуштених ствари, ствари које немају власника. Најчешће је манифестно да су напуштене.

Атинијев закон је, рекло би се, донет у условима у којима је искуство показало да власника више не може да заштити никаква јавност.

II Барбер наводи како Јарон сматра да не може бити логично да је у Закону XII таблица постојало правило о забрани одржаја украдених ствари. Власник ствари је, по Јарону, каже Барбер, захваљујући *actio furti concepti* могао претражити кућу било кога за кога је сматрао да држи ту ствар. У сваком случају, надовезује се Барбер, власник је на располагању имао виндикациону тужбу. Постојали су случајеви где ова тужба није била могућа, каже Барбер, као код узупапије која се одиграла након што је савестан купац набавио ствар од лопова. Овде се, наставља овај аутор, јављала

602 *Ibid.*, 618.

дилема да ли је против њега било могуће подићи *actio furti concepti*. Он износи претпоставку да је *lex Atinia* донет како би отклонио ову дилему, тако што је предвидео да не може бити одржаја украдених ствари.⁶⁰³

На основу свега што је речено о фуртуму у Закону XII таблица, произлази да ту никако није могло бити неке дилеме. Због примата како домаћинства као места где је фуртум почињен, тако и домаћинства као субјекта одговорности за фуртум, оштећени је, против свакога (и у сваком тренутку – па и након протеча рока за одржај ствари) на кога сумња да је у својим просторијама држао ствар која му је украдена, могао да подигне *actio furti concepti*, као што је могао да примени и ритуалну претрагу. Једноставно, украдена ствар је фактички тешко могла да буде стечена одржајем.

Онда долази *lex Atinia* који је фокусиран на то да одржаја може бити, али само уз сагласност власника. То је зато што је преткласични фуртум био деликт који се може дефинисати као неовлашћено долажење у додир са неком покретном ствари. Пошто место почињења деликта више не игра онакву улогу као у Закону XII таблица, онда на прво место испливава недостатак овлашћења власника. То говори о концепту *објективне жртве*, насупрот концепта *објективној кривци* Закона XII таблица. Зато се може рећи да је Атинијев закон, онолико колико је то било могуће, пратио тренд релативизације одговорности код фуртума.

Сада се сагласност власника адекватно штити, као што је пре тога домаћинство жртве уживало снажну заштиту.

Сада су предмет фуртума могле бити, како оне ствари које су биле предмет ранијих облика фуртума (неманифестног и манифестног, јер је сада фактички било могуће да савесни купац набави ствар од манифестног лопова, или да је прими на поклон), тако и оне ствари за које се претпостављало да су напуштене, па се испоставило да нису. То је слично горе наведеном примеру са пронађеним благом. У тим случајевима је прибавилац одговарао само ако је био несавестан.

603 *Ibid.*

Пример са напуштеним стварима и случај са благом су, ипак, нека врста изузетака, јер ту несавесност није могла бити очигледна. У свим другим случајевима је, већ на први поглед, јасна несавесност, јер је већ на први поглед јасно да ли постоји или не постоји адекватан правни основ за стицање ствари.

Све ово значи да у случају одржаја и фуртума није толико битна фуртуозна намера на страни починиоца, колико је битно то што је ствар однета противно вољи власника. Сада над концептом *објективної кривца* превладава концепт *објективне жриве*. Још једно оправдање за стављање тог елемента (противно вољи власника) на прво место, приликом горе изведеног појма фуртума.⁶⁰⁴

Атинијев закон је израз новог схватања фуртума – то је сада деликт неовлашћеног угрожавања туђе државине, ма где се то десило. У времену Закона XII таблица то је био деликт неовлашћеног угрожавања туђе државине, које је почињено у туђем дому. Тај објективни елемент – место почињења фуртума – је оно што је замаглило мешовити, објективно – субјективни елемент – правни основ. Објективни елемент није толико битан код неманифестног фуртума Закона XII таблица, па је ту нешто важнији мешовити елемент – али није пресудан. Неманифестни фуртум Закона XII таблица је, ипак, једна хетерогена категорија. Ту спадају и *furtum conceptum* и *furtum oblatum*. Код ових је врло битно пронаћи одговорно домаћинство.

Међутим, како су се друштвене околности мењале тако је и у подручје манифестног фуртума ушла неизвесност. Сада се фактички могло десити да неко на савестан начин дође у посед ствари која је била предмет и овог фуртума. То је довело до тога да у први план избије правни основ наспрам места почињења фуртума.

Зато је постало битније да се заштити туђи интерес преко заштите његове слободне воље, а не туђе домаћинство.

III Барбер закључује да је узупапија у Закону XII таблица имала следеће одлике: нема захтева за *bona fides*; нема захтева за *iusta causa* – унилатерално одношење од стране лопова било је довољно за узупапију; проста државина није била довољна за узупапију, већ отворена употреба (*open use*).⁶⁰⁵

604 Вид. први елемент радне дефиниције.

605 R. Barber, 619.

Последња два његова услова немају никаквог упоришта у изворима, а ни прво се не може прихватити здраво за готово. Може се рећи да је *iusta causa* одувек било потребно за узукапију. То што је Закон XII таблица кажњавао крађу (неманифестни фуртум), и што је предвидео да нема одржаја украдених ствари – то значи да без ваљаног правног основа нема ни власништва. Наравно, овај услов су тек касније, изричито дефинисали учени правници. Шта друго чини потребу да постоји адекватан правни основ, него потреба да постоји сагласност власника. Њу ће додатно заштити тек Атинијев закон.

Тренутак успостављања државине над неком ствари основно је питање, поред правног основа и савесности, тј. фуртуозне намере, за одлучивање да ли је било крађе.

IV Даубе је мишљења да поље није могло бити предмет крађе. Он каже да судећи по D. 41. 3. 38, они правници који сматрају да је крађа поља била могућа, у ствари, узимају у обзир последице и не увиђају одржај украдених добара.⁶⁰⁶ Он сматра да крађа земље није била изворна врста фуртума. Фраза *furtum fundi* њему звучи као метафора. Он је мишљења да је крађа у Закону XII таблица имала за предмет само покретне ствари. Даубе сматра да и упоредно право и етимологија говоре у том правцу.⁶⁰⁷ Он каже да се приликом разматрања проблема одржаја и проблема фуртума – долази до следећег питања: да ли одржај поља подразумева и делове, као што је благо, иако они могу бити *res furtivae*?⁶⁰⁸ Даубе се осврће и на Ивленов став да онај ко помери *thensaurus alienus*, мада увек делује у тајности, може деловати *bona fide*. По Ивлenu, наводи он, *subreptio* (у *lex Atinia*) се разликује од *furtum* по томе што је за *furtum* захтевана *mala fides*. За Даубеа није јасно зашто би човек, који је деловао у доброј вери, морао тајити своје поступке.⁶⁰⁹ Он сматра да је врло необично да неко однесе благо у доброј вери. Не постоје докази да се у том случају сматрало да је реч о *res subrepta*.⁶¹⁰ Даубе поставља питање: зар Атинијев закон није, искључењем могућности одржаја

606 D. Daube (1937b), 222 фн. 19.

607 *Ibid.*, 222 фн. 20.

608 *Ibid.*, 222.

609 *Ibid.*

610 *Ibid.*, 222–223.

добра која су присвојена у потаји, у ствари, искључио добра стечена *mala fides*? Он сматра да нико не може рећи да *subripere* не подразумева *mala fides*. По њему, то што у *lex Atinia* стоји *quod subreptum erit* без додатка *mala fide*, не може бити знак да се *mala fide* није захтевла. Такав додаток би представљао плеоназам, што је необично за оно време, сматра Даубе.⁶¹¹

Овој Даубеовој аргументацији треба додати да се *mala fides*, у ово време, претпостављала код свих прекршаја, јер концепт судбине посматра друштвене улоге као заслужене улоге.⁶¹² Исто тако, непокретност не може бити предмет фуртума, али је пресудна за његово дефинисање (у доба доношења Закона XII таблица). Украдени могу бити њени делови и припаци. Касније, и постепено, она губи такав значај. Касније су се покретне ствари попутно осамоталиле од непокретности, од домаћинства. Такав је случај био са закопаним благом.

С друге стране, није постојала нека изричито одређена обавеза да се манифестно ископа и однесе благо како би почетак рока за одржај био несумњив. Може се рећи да се она подразумевала самим тим што је било битно питање: да ли је то ископавање и одношење предузело, или није предузело овлашћено лице? Код тог питања постојања, или непостојања овлашћења, настаје динамика односа одржаја и фуртума.

Даубе нуди своју интерпретацију цитираног одломка у D. 41. 2. 3. 3. По њему, овде је истакнут значај намере. Он каже да, тако, ако благо лежи на мојој земљи, ја стичем државину мојом вољом да држим, без обзира да ли то благо и заиста држим.⁶¹³ Сматра да су правници Брут и Манилије заузели архаично гледиште да је благо део земље (*is a subordinate part of the land*). На тај начин су они, сматра Даубе, засновали свој суд на овој објективној, видљивој вези, пре него на субјективним елементима државине. С друге стране, наводи он, Павле, Нерације и Прокул сматрају да неко не може држати благо уколико није свестан тога. Зато Павле изводи закључак да овде не може бити одржаја. Дакле, по Даубеу, Брут и Манилије су овај

611 *Ibid.*, 223.

612 Вид. О. Вујовић (2011)

613 D. Daube (1937b), 223–224.

случај решили у складу са начелима старог права, а касније га Нерације, Прокул и Павле решавају другачије, у складу са промењеним схватањима. Даубе истиче да је од раног царства неизвесно да ли је просто знање било довољно за одржај.⁶¹⁴

Он истиче и да Павле каже да одржај *thesaurus alienus* није немогућ само у случају да ја не знам да оно лежи на мојој земљи, одржај је немогућ и ако ја то знам. Ја га, уствари, могу држати у овом случају, али не могу захтевати власништво, зато што знам да то није моје. Тако Даубе тумачи Павлово мишљење.⁶¹⁵

То се, ипак, не може тако тумачити. Оправдано се постављају питања: Чему државина, ако не ради несметаног коришћења ствари? – Чему државина, уколико не може да доведе до одржаја? Чини се да се ту, ипак, радило о неизвесном одржају – о томе је већ било речи.

Даубе закључује да Брут и Манилије нису захтевали *bona fides* за успостављање одржаја, већ су само искључили *res furtive* из одржаја. По њему, јасно је да су они на благо гледали као на део земљишта на којем је оно и пронађено. Из тога се, по њему, може претпоставити да нема фуртума ако особа која је држала земљиште (и при том је та државина водила до одржаја) помери благо са њега.⁶¹⁶ Такође, Даубе инсистира на томе да, како каже, у случају најважнијих врста преткласичне узупације, *usucapio pro herede* и узупација напуштених ствари, држалац ових добара увек зна да она нису његова. Упркос томе – нема деликта, истиче Даубе. Све ово је, наставља он, било потпуно другачије у Павловом времену. Благо је тада посматрано независно од земљишта, *bona fides* је захтевана за узупацију и због тога одржај *thesaurus alienus* више није био дозвољен.⁶¹⁷

То што је у Павлово доба одржај блага био забрањен, није последица тога што је *bona fides* захтевана за узупацију. То је последица преткласичног схватања да фуртум представља неовлашћено угрожавање туђе државине (независно од места почињења деликта – како је то горе назначено). То значи да ни у преткласичном праву одржај блага није био могућ уколико га буде потраживао власник. Зато се може

614 *Ibid.*, 225.

615 *Ibid.*, 226.

616 *Ibid.*, 226–227.

617 *Ibid.*, 227.

рећи да већ тада благо није самтрано делом непокретности у коју је закопано, него је било потпуно самостална ствар. Уосталом, оно је могло да вреди много више него та непокретност. На карју крајева, нигде се у параграфу D. 41. 2. 3. 3. не каже да је благо део непокретности.

Пре и у време Закона XII таблица, покретна ствар је сматрана или припатком, или делом домаћинства. Отуда категорија *res mancipi*. Ове ствари су могле бити предмет одржаја ако су напуштене.

Из цитираног Павловог параграфа⁶¹⁸ се види да је и у преткласичном праву, правоваљани држалац непокретности могао одржајем да стекне благо које је закопано у тој непокретности (уколико га претходно откопа) – баш због пресудне важности коју је у правилима о фуртуму имало постојање или непостојање адекватног правног основа. Уколико је адекватан правни основ постојао у погледу непокретности, онда се он посредно протезао и на делове и припатке непокретности. О томе је већ било речи. Више нема ни апсолутне одговорности, ни апсолутне ослобођености од одговорности. Тога нема, јер је кривица постала неизвесна. Како је место губило на значају, тако је кривица губила на извесности – тако је постајао битнији интерес жртве (тј. њена сагласност, или несагласност). Зато је Атинијевим законом покушано да се и фактички заштити интерес жртве преко и фактичке заштите њене слободне воље.

8.3.2. Одржај, одржај закопаног блага и преткласични фуртум

О овом питању је доста тога речено у претходним поглављима. Сада је потребно да се заузети ставови прикупе, среде и још једном преиспитају.

618 Основна оса овог параграфа се налази у делу где Павле износи мишљење Брута и Манилија и своје неслагање са њим. Чини се да се из целог контекста лако може закључити да је одржај над благом, како пре, тако и за време Павла, могао да успостави само савесни држалац непокретности. Из логике тог решења произлази да је одржај над благом могло да стекне и неко друго лице, уколико је имало овлашћење (које је квалификовано да доведе до одржаја) савесног држаоца непокретности.

I Код преткласичног фуртума, на првом месту се налази недостатак сагласности власника, а тек на другом намера за стицањем противправне имовинске користи (као што се могло видети приликом анализирања горе наведеног Гелијевог извештаја). То значи да, како не може бити узупапије само простим држањем без намере да се ствар држи (уз адекватан правни основ), тако нема ни фуртума уколико нема оштећеног.

Одредба Закона XII таблица о забрани одржаја украдених ствари, по свој прилици, била је кратка, јасна и апсолутна. То значи да, већ тада, ко год није имао одговарајући правни основ (одговарајућу сагласност власника) није могао да стекне ствар одржајем. Насупрот томе, држалац непокретности који из ње извади или ископа закопано благо – поседује правни основ помоћу којег је прибавио непокретност. Може се рећи да се ради о правном основу који се посредно односио и на благо. То је зато што је непокретност, као део домаћинства, дуго имала примат над евентуалним захтевом за постојањем посебног правног основа за стицање закопаног блага.

Обориво се претпостављало, да све што се нађе у непокретности – припада њеном непосредном држаоцу, власнику. Несавесни стицалац није могао бити миран ни након протеча рока за одржај, али није могао ни савесни. Уколико се власник појави након протеча рока за одржај и захтева своје благо, онда га је савесни стицалац морао вратити. Уколико га не врати, онда је сматран фуром, јер му мора бити очигледно да нити има нити је икада имао сагласност власника ствари. У сваком случају, нема стицања без сагласности власника. За овакав став не постоји изричита потврда у изворима. Он је изведен тумачењем свих претходно наведених и проучаваних извора.

Поред тога, чини се, потпору таквом закључку може да пружи упоређивање са начином стицања делова и плодова. Благо није део непокретне ствари,⁶¹⁹ а није ни плод. Оно је посебна ствар, јер није функционално подређено непокретности

619 Римљани су „делом сматрали ствар чија је функција *perfectio* – допуњавање, усавршавање, или довршавање друге ствари“, М. Милошевић (2005), 199.

у којој је сакривено. Оно је само фактички, а не и економски, па ни правно, везано за непокретност. Често може бити вредније од непокретности у којој је сакривено. Због тога је за њено стицање била потребна посебна сагласност власника, посебан правни основ. Не може се рећи како извори противрече таквом закључку.

„Посебна врста делова ствари су њени плодови“.⁶²⁰ „Све док се не одвоје од плодноне ствари (супстанције) плодови су њен део и деле њену правну судбину (*fructus pendentes pars fundi videntur*). Одвајањем они постају предмет самосталног права својине (*fructus separati*), без обзира на то како је дошло до одвајања“.⁶²¹ Закопано благо није ни плод ствари, али постоји нека сличност. Не може се рећи да благо следи правну судбину непокретности све док се не одвоји од ње. Међутим, претпостављано је да је савесни држалац непокретности био и савесни држалац блага – када га извади.

Зар из оног цитираног Павловог извештаја није јасно да је државина на благу успостављана његовим ископавањем? Међутим, не може се рећи да је благо, све док се не одвоји од непокретности у којој је закопано, било њен део. Оно није служило непокретности, већ је непокретност служила томе да га сакрије. То је потпуно јасно из извора. Исто тако је потпуно јасно да је било могуће украсти благо, а да се истовремено не украде непокретност. Дакле, благо је посебна и независна ствар.

Може се рећи и да је првобитна узупапија уведена како би се поништио временски јаз између проналажења ствари (њеног долажења под контролу неког лица) и стицања својине на њој.⁶²² То поништење је било условно – уколико несметано протекне рок за одржај и уколико се власник напуштене ствари не појави ни након протекла рока за одржај.

Пронађено и ископано благо (од стране овлашћеног и квалификованог држаоца непокретности), на први поглед, није могло бити сматрано за *res furtiva*, јер није ископано из туђе непокретности (из туђег домаћинства). У том случају оно

620 *Ibid.*

621 *Ibid.*

622 Аналогно са тежњом да се поништи јаз између почињеног и доказаног фуртума.

Како Милошевић каже: „Неразвијена права ретко успевају да разликују доказ од онога што се доказује ...“; *Ibid.*, 231.

није могло бити предмет манифестног фуртума, али јесте могло бити предмет неманифестног фуртума. Међутим, управо зато што је било закопано у домаћинству, оно је евентуално могло бити стечено одржајем актуелног власника непокретности. Како је домаћинство почело да губи претежни сакрални карактер, тако је промењена природа правила о манифестном фуртуму, то је манифестна крађа. То се није десило због значаја *bona fides*, него због све већег значаја *iusta causa*, наспрам непокретности.⁶²³ Ни раније, временски јаз између проналаска блага – успостављања државине – и стицања својине на њему, код одржаја украдених ствари, није могао да буде поништен.

У преткласичном праву, истицањем правног основа у први план (сагласности актуелног власника), престаје јасна граница између манифестног и неманифестног фуртума. Зато настаје тенденција да се сваки фуртум посматра као неманифестни фуртум.

II Даубе наставља са анализом и каже да Сабин, Павле, и неколико других аутора, кажу да, чак и да знам да благо лежи у мојој непокретности, ја још увек нисам у његовој посесији. Једино ћу га поседовати ако га померим из положаја у коме се од почетка налази. Ово се, по Даубеу, не може генерализовати и не може се закључити да су Сабин и Павле заузели став да нема државине, све док се не помери ствар у питању. Тако, каже Даубе, није вероватно да, ако купим неке столице и ако су оне смештене у мојој башти, да ћу ја стећи државину на њима тек ако их померим на друго место. У случају *thensaurus alienus*, каже Даубе, изгледа да су, износећи уобичајене особине, правници предвидели нешто више од уобичајеног. Тако Павле наводи, сматра Даубе, да *thensaurus alienus* нису под мојом контролом све док остају тамо где их је власник оставио и на месту одакле он може те ствари у свако време добавити. Једино је сигурно ако се те ствари однесу, и само тада је *naturalis possessio* комплетирана.⁶²⁴ Даубе каже и да се не сме изгубити из вида да су правници увек

623 Како место губи, тако правни основ добија на значају. Он пак обухвата и сагласност претходног власника.

Одржај је од тада „...само допуна или ‚исправка‘ деривативног стицања“, М. Милошевић (2005), 233.
624 D. Daube (1937b), 227.

више пажње посвећивали прибављању него трајању државине. Тако не треба да изненађује, каже он, да је у разматраним случајевима позиција власника, када је благо у питању, још увек веома јака да начини тешкоће држаоцу непокретности.⁶²⁵

Ако су правници увек више пажње посвећивали прибављању него трајању државине (а, јесу), онда Даубе није у праву поводом једне ствари. Наиме, пресудну важност прибављања и снажну позицију власника несумњиво сведочи правило Закона XII таблица о немогућности да украдена ствар постане предмет узупапије. Исто тако и одредбе *lex Atinia*. Међутим, управо због важности прибављања нема државине све док се благо не ископа, и све док се ствар не помери. Увек је потребан један такав видљив и јасан (манифестан) физички акт. То је несумњиви доказ да је актуелни власник непокретности сазнао да се те ствари налазе у њој и да је испоставио вољу да их држи за себе.

С друге стране, слично томе што су покретне ствари сматране деловима, или припацама домаћинства (тј. непокретности) успостављана је оборива претпоставка да је актуелни власник непокретности овлашћени држалац пронађеног блага.

Ако је све то тако, зашто није успостављана претпоставка да је он власник, а не само овлашћени држалац након тренутка његовог успостављања контроле над тим стварима? Па, управо јесте: тиме што је успостављао државину након преузимања контроле над покретном ствари и што је тиме почињао да тече и рок за одржај. Шта је онај ко се налази у року за одржај, него неко ко је обориво сматран власником. Зашто обориви власник? Очигледно да је за власништво над сваком ствари требало имати посебан и одговарајући правни основ и бити савестан. Међутим, када год би се власник блага појавио, савесни држалац му је морао вратити благо, или бар оно што је остало од њега. То значи да је овде постојала трајна оборива претпоставка да је савесни држалац и власник ствари.

Као што не може бити фуртума уколико власник не реагује (уколико не тражи заштиту), тако не може бити ни одржаја без знања прибавиоца о постојању ствари која је предмет одржаја. Пошто се фуртуозна намера код неманифестног

625 *Ibid.*, 227 фн. 33.

фуртума обориво претпостављала, онда је и у случају одржаја важила оборива претпоставка савесности прибавиоца.

III Даубе закључује да се из свих његових напомена поводом параграфа у D. 41. 2. 3. 3. може извући закључак да Ивленин став о битној разлици између *res subrepta* и *res furtiva* у оквиру *lex Atinia* не може наћи потпору у овом параграфу. Даубе извлачи изричит закључак да битна разлика, коју је Ивлен успоставио, заправо не постоји.⁶²⁶ Тако, наставља Даубе, главни аргумент Ивленине теорије да Закон XII таблица није забрањивао одржај *res furtive* – губи на значају. Даубе подсећа да је Ивлен формирао овај аргумент тако што, будући да *lex Atinia* спомиње једино *res subreptae* (ствари које су однете) Закон XII таблица не може забрањивати одржај *res furtivae*, укључујући ствари стечене преваром. Даубе каже да Ивлен наводи још један извор, како би подржао своје гледиште. Ради се о G. 2. 45 и G. 2. 49.⁶²⁷

Даубе напомиње како Ивлен подвлачи да овде нема речи о *lex Atinia*. Он сматра, каже Даубе, да је Гај био под утицајем широко распрострањене илузије да су се сва цењена древна правила враћала Закону XII таблица. Пошто Закон XII таблица не говори о *res furtivae*, каже Даубе, Ивлен извлачи закључак да је *lex Atinia* био први који их је искључио из одржаја.⁶²⁸

Уколико би се прихватио овај Ивленин став, онда би то значило да је у време доношења Закона XII таблица било могуће одмах, са ископавањем блага, стећи несумњиву својину над њим.

То би значило и да место где је покретна ствар пронађена (непокретност као део домаћинства), има примат над правним основом и у погледу стицања својине на њој.

Е сад, место где је фуртум почињен имало је, у то време, примат над правним основом, али не може да се извуче аналогни закључак у погледу одржаја. Примат места не значи и да правни основ никако није узиман у обзир. Установа одржаја се појавила због настанка неманифестног фуртума. Код тог деликта непостојање правног основа

626 *Ibid.*, 227–228.

627 *Ibid.*, 228.

628 *Ibid.*

(сагласности актуелног власника) добија нешто већи значај. Међутим, по инерцији је место почињења деликта, начелно, и даље најбитнији елемент.

Наиме, фуртум Закона XII таблица представља неовлашћено угрожавање туђе државине над неком покретном ствари у туђем домаћинству. Одржај пак подразумева успостављање државине, тако да оно увек мора да буде овлашћено и савесно.⁶²⁹

Државину неко прво мора да успостави овлашћено и савесно, да би је, затим неко други неовлашћено угрозио.

По Ивлену, каже Даубе, Гај погрешно тврди да је Закон XII таблица забрањивао одржај *res vi possessa*. Међутим, сматра Даубе, и да се претпостави да јесте, било би још једном погрешно закључити да Закон XII таблица, такође, не разматра *res furtiva*. Може се рећи, каже он, да је вероватније да су одредбе о *res furtivae* биле тако важне да су правници хармонизовали каснија правила са ранијим.⁶³⁰

IV Трећи и последњи Ивленов аргумент је, истиче Даубе, да, када Гај говори о историји одржаја, он не говори о научној традицији већ, као што на то указује фраза *quod vulgo Dicitur*, о општој, непоузданој гласини. Међутим, по њему, ни овај став се не може прихватити. У G. 2. 45, каже он, Гај јасно и без икаквих резерви наводи да је Закон XII таблица забрањивао одржај *res furtiva*, а да је *lex Iulia et Plautia* забрањивао одржај *res vi possessa*. Даубе сматра да Гај жели да истакне нешто сасвим друго. Он разматра не порекло, већ тачан домет ових правила. По Даубеу, он сматра да је уобичајена формулација да је могућност одржаја *res furtivae* и *res vi possessae* забрањивао Закон XII таблица и *lex Iulia et Plautia*, некако нејасна. Чини се основано, истиче Даубе, како ове одредбе примарно имају у виду лопова или самог избацивача. Гај, каже Даубе, сматра неопходним да подсети своје ученике да је лопову и неком избацивачу забрањен одржај на основу њихове *mala fides*, иако нема посебног закона који је то предвиђао. Даубе напомиње да је ово Гајево тумачење исправно у времену када одржај још увек није био условљен са *bona fides*.⁶³¹

629 Наравно да тадашњи правници и законодавци нису формулисали, јер нису ни могли бити свесни института сагласности воља и института савесности. Међутим, правила о фуртуму и одржају сведоче да те установе нису настале тек тако. Очигледно је да њихови корени сежу дубоко у прошлост.

630 *Ibid.*, 229.

631 *Ibid.*, 230.

Ту се заправо ради о томе да је за одржај одувек захтевано постојање адекватног правног основа. Код одржаја блага, то би био правни основ стицања непокретности у којој је благо пронађено. Дакле, макар да се тај правни основ посредно односио на ствар која је предмет одржаја. Стога се може рећи да је ту одржај замењивао не правни основ, него да је посредни правни основ претваран у непосредни путем одржаја. Уколико власника блага нема, онда је такав правни основ сасвим довољан. Постојање правног основа успоставља претпоставку да је дата сагласност власника, што значи да се претпостављало и да прибавилац није био несавестан. Зато би се можда могло рећи да је одржајем поништаван временски јаз између успостављања контроле над ствари и њеног преласка у својину актуелног контролора.

8.3.3. Још једном – проблем односа Закона XII таблица и Аџинијевог закона

Ставови старије теорије о питању забране одржаја украдених ствари, јасно су видљиви кроз Даубеову анализу. Посебно ће бити наведена нека схватања новије теорије. Све то ће стално бити суочавано са ставовима који су прихваћени у дисертацији.

I Даубе врши резиме и каже да се досад могло видети да, прво, не постоји законска разлика између *res furtiva* и *res subrepta*, и друго, да и Закон XII таблица исто као и *lex Atinia* говори о узкапији ове групе ствари. У складу са тиме, каже он, уз питање коју врсту реформе је извршио *lex Atinia*, треба размотрити други проблем: зашто *lex Atinia* говори о *subripere* ако Закон XII таблица говори о *res furtiva*?⁶³²

Даубе наводи: „Други проблем не ствара много тешкоћа. Сигурно је да Закон XII таблица заиста користи израз *res furtiva*. Нигде правило о томе није дословно наведено. Чињеница да, по римским правницима, Закон XII таблица не дозвољава *rerum furtivarum usucapionem* није адекватно поткрепљена доказима: они не инсистирају да су управо ове речи (у овом закону, примедба О. В.) и употребљене. Штавише, исти правници кажу исто о *lex Atinia*, који, што је јасно из Гелијевих Атичких

632 *Ibid.*, 231.

ноћи, поседује *subripere*. У ствари, биће указано да, врло вероватно, Закон XII таблица не упућује на украдену ствар уопште, већ само на лопова. Латински еквивалент за лопова је *fur*, и тако се лако може уочити на који начин су правници говорили о *res furtiva* у вези са овим правилом. Опет, *lex Atinia*, када утврђује да украдена ствар не може бити предмет одржаја све док се не врати ономе од кога је украдена, има потребу да нађе глагол којим би изразио 'онај од кога је украдено (*he from whom it was stolen*)'. Али, нема прикладне изведенице од *furtum* посредством које би одредба као *is cui subruptum est* могла бити формирана. Ово је једноставан разлог зашто је *subripere* изабрано, иако је Закон XII таблица имао *fur* или чак и *res furtiva*.⁶³³

Значи да је *lex Atinia* имао у виду жртву (преко њене ствари), а Закон XII таблица починиоца – Закон XII таблица концепт *објективної кривца*, а Атинијев закон концепт *објективне жриве*.

Треба подсетити да је речено како је вероватно већ од времена Закона XII таблица дозвољавано да власник може одржајем да стекне ствари које пронађе у својој непокретности. Тиме је надомештан недостатак посебног правног основа за стицање тих ствари. Такав власник сигурно није могао починити манифестни фуртум – јер је непокретност имала примат над правним основом. Пошто непосредно и физички није угрожено туђе домаћинство, онда нема манифестног фуртума. С друге стране, неманифестна крађа (неманифестни фуртум), оваквих ствари, вероватно је могла бити доказивана и након протекла рока за њихов одржај, јер се назирала тежња да правни основ и савесност треба да имају примат над домаћинством.

Атинијев закон је пак дозволио одржај само уколико се ствар врати под контролу власника, јер је правни основ (сагласност власника) постао први непоходан услов за одржај ствари. Зато га је овај законски акт фактички заштитио.

II Што се тиче питања садржинске везе између Закона XII таблица и *lex Atinia*, Даубе наводи како се чини да је Момзенев став најверодостојнији: „Он сматра да, док Закон XII таблица ускараћује право на одржај самом лопову, *lex Atinia* га ускараћује ономе ко купи украдене ствари. Ивлен одбацује ово гледиште. Нема доказа,

633 *Ibid.*

он каже, да се *lex Atinia* примењивао искључиво на човека који је набавио добра која је неко други украо: текст закона јасно указује на то да се односи на све случајеве у којима је ствар *subruptum*. Ово је тачно, али свеједно, Момзенова теорија се држи добро, у нешто другачијем облику. Да Закон XII таблица забрањује одржај од стране самог лопова, вероватно је из неколико разлога. Куповина и продаја је у то време, мање-више, обављана у јавности. У многим случајевима, стога, украдена ствар неће бити пренета, и сасвим је довољно спречити лопова у стицању власништва. Штавише, вероватније је да је *lex Atinia*, иначе врло широког опсега, имао претходника у некој мање општој одредби. Наравно, прецизна реконструкција изгубљеног текста увек мора оставити простор за нагађање. Треба, међутим, узети као могућност да је Закон XII таблица као додатак правилу *adversus hostem aeterna auctoritas* можда имао друго слично: *adversus iurem aeterna auctoritas*. Како било да било, дошло је до фазе када се јавила потреба за ефикасном заштитом против отуђења украдених добара од стране лопова, и против њиховог прибављања од стране трећег лица. Тада је дошло до доношења *lex Atinia*, са сврхом онемогућавања одржаја и од лица које није лопов. Једино што овај закон није, као што то Теодор Момзен сматра, потпуно независан од принципа које је успоставио Закон XII таблица. Другим речима, Ивлен је у праву када претпоставља да се *lex Atinia* није једноставно примењивао на онога ко је добио добра која је украо неко други, остављајући лопова Закону XII таблица. Он је преузео древно правило и проширио га је. Док по Закону XII таблица једино лопов није могао да успостави одржај, *lex Atinia* каже да украдена ствар није подесна за одржај, без обзира ко је има, све док не буде враћена особи која ју је поседовала пре него што је крађа почињена⁶³⁴ Даубе признаје да је све ово само у нивоу хипотеза, али сматра и да се нека потпора овим хипотезама можда може наћи у Гелијевим *Атичким ноћима* (Gellius, *Noctes Atticae* 17. 7).⁶³⁵

Ова Даубеова аргументација је прилично примамљива, мора се признати. Међутим, потпуно је јасно да је Закон XII таблица апсолутно забранио могућност

634 *Ibid.*, 231–232.

635 *Ibid.*, 232.

одржаја украдених ствари. Због тога Атинијев закон, што се саме забране (као такве) тиче, није имао и није могао ништа ново да дода. Једина, али врло битна, новина се огледа у снажнијој заштити слободне воље жртве. Она је пак могла да наступи под утицајем релативизације одговорности и кривице, о чему је већ било речи. Истовремено, са том релативизацијом, законодавац почиње да наслућује различите могућности (различите радње) за противправно стицање имовинске користи. Као што се акцентом на радњу извршења деликта дошло до неманифестног фуртума, тако се сада под истим утицајем код непожељних понашања наслућују нијансе: превара, уцена, принуда. Искуство је показало да су оваква понашања могућа, мада још увек нису дефинисана.

Зато је Атинијев закон дозволио одржај украдене ствари уз услов да се она претходно врати власнику.

III Даубе каже да је за римске правнике питање значења изараза *subruptum erit* било, пре свега, практичне природе: они су се питали да ли је *lex Atinia* имао ретроактивно дејство.⁶³⁶ Даубе наводи: „Гелијев пасус говори да *lex Atinia* није много старији од Брута, Манилија и Сцеволе. Ови правници не би расправљали о питању реторактивности, ако је закон постојао дуго времена у прошлости“.⁶³⁷

„По Ивлону, *lex Atinia* је први закон који је забранио одржај над *res subrepta*. Ако је тако, онда је тешко објаснити како се идеја о ретроактивности уопште појавила. Економске и друштвене последице би у овом случају биле страшне. Поред тога, ретроактивност би произвела експропријацију широког опсега, будући да је, без икакве сумње, велики број људи био у посесији ствари које су, мада *res subreptae*, биле законито стечене под условима претходног режима. А, да се и не спомињу тешкоће које се налазе у одузимању ових ствари од њихових садашњих држалаца и утврђивања законитих власника. Тешко је поверовати да су П. М. Сцевола и његови савременици уопште и размишљали о експропријацији. Цела дискусија постаје разумљива ако се прихвати оно што је горе сугерисано. Док је Закон XII таблица био

636 *Ibid.*, 232–233. Даубе је овде употребио израз *retroactive effect*.

637 *Ibid.*, 233 фн. 44.

једино управљен против лопова, *lex Atinia* је из одржаја искључио украдене објекте као такве... То је било проширење древног правила, то је био нови елемент у *lex Atinia*, са којим су се први интерпретатори суочили и у односу на који се и појавило питање реторактивности. Иновација се састоји у чињеници да, од овог времена па надаље, чак ни трећа особа није могла стећи одржајем било шта украдено или, речником права, ништа *quod subruptum erit*. Али, овде постоји једна двосмисленост. Сигурно је да, ако су добра украдена у будућности, нити их лопов, нити их било ко други може стећи одржајем. Али, постоји један проблем: шта ако лопов није продао неку ствар ни пошто је закон објављен, а ипак их је украо пре? Купац ће тврдити да *quod subruptum erit* значи исто што и *quod subripietur*, указујући само на ствари које су украдене каснијег датума – на *post facta mbdo furta* – и да је зато он овлашћен да одржајем стекне добра ништа мање него што би био и пре закона. С друге стране, онај од кога су добра украдена тврдиће да је заштићен у складу са новим системом. Он ће инсистирати да се, стриктно говорећи, речи *quod subruptum erit* односе на сваку и на све ствари које су *subruptum* без обзира када је крађа почињена. Зато ће он рећи, иако се ради о стварима које су украдене пре него што је донет закон – о *ante facta furta* – под условом да су после тога купљене, оне не могу бити стечене одржајем. Очигледно је да ова врста ретроактивности неће произвести економске проблеме, нити ће, у том случају, бити било какве експропријације. Све што је стечено одржајем између Закона XII таблица и *lex Atinia*, све ће бити валидно; и, у наведеном случају, купац неће изгубити власништво над украденом ствари, али је просто не би стекао. Уствари, овај случај је привукао пажњу водећих правника у оно време и савршено је разумљиво што су они оклевали да одлуче на било који начин⁶³⁸.

Већ је указано да је овај проблем најлакше и зато најверодостојније решити тако што ће се заузети став да је Атинијев закон дозволио одржај украдених ствари, само уколико оне претходно буду враћене власнику. Тако барем каже већ наведени параграф у D. 41. 3. 4. 6. Због тога код Атинијевог закона заправо не може бити никаквог проблема ретроактивности, већ је реч о томе да је једном украдена

638 *Ibid.*, 233–234.

ствар таквог статуса све док се не врати под окриље власника. Тек када то буде случај, она може да буде предмет узупапије.

Треба видети шта по питању забране одржаја украдених ствари у Закону XII таблица и Атинијевом закону каже новија теорија.

IV Јарон (*Yaron*) износи како на први поглед изгледа да се Казер слаже са Даубеом по питању *lex Atinia*. На једном месту, каже Јарон, он чак прихвата Даубеову претпоставку за *Tab. VIII 17: Adversus furem aeterna auctoritas*. Али, када год је реч о практичном значењу ове одредбе, наставља Јарон, Казер се враћа својој првој позицији предвиђајући за ово правило широке последице. Јарон се слаже са овим тврђењем и са тиме да је намера *lex Atinia* била да се врати на позицију Закона XII таблица у *Tab. VIII 17*. Његово мишљење се разликује од Казеровог, наставља он, с обзиром на путеве којима се долази до ових резултата.⁶³⁹

Јарон наводи да класично становиште, које разматра троугао власник-купац-продавац, може да се нађе у Хамурабијевом законнику 9/11, у одредби која је привукла пажњу романиста који истражују рани *furtum*.⁶⁴⁰ Овај аутор прихвата да је овде држалац сматран за лопова. Каква ће бити ситуација, пита се он, након што овај одлучи да се ослободи (*to clear himself*), тако што ће позвати продавца на суд, и што ће довести сведоке трансакције? Он каже да се у коначном резултату слаже са Казером да ће купац морати да врати покретну имовину. Али, он не може да прихвати Казерово објашњење да је правило *adversus furem* могло бити начињено да се примени на особу која је већ успела да се ослободи. Ово би, истиче он, развукло појам крађе преко граница које су вероватне. Правило које је, наставља он, врло уско формулисано, и које, упркос томе, има широке импликације, противречно је и незграпно. Јарон каже да би то водило и неоснованој претпоставци да су децемвири имали тешкоћа приликом изражавања својих намера. Зашто упућивати на *fur* када се мисли на *furtum*, пита се Јарон? Он каже да се мора трагати за другачијим приступом, и да треба обратити пажњу и на општу позадину забране одржаја украдених ствари.⁶⁴¹

639 Reuven Yaron, „Reflections on Usucapio“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 35/1967, 221.

640 *Ibid.*

641 *Ibid.*, 222.

Чини се да је Јаронова критика погрешно усмерена. Изгледа, ипак, да, горе наведена претпоставка о односу правила о забрани одржаја ствари које су биле предмет фуртума (у Закону дванаест таблица и у Атинијевом закону – први закон је апсолутно забрањивао одржај украдених ствари, а други га дозвољавао само ако се украдена ствар претходно врати власнику, и на тај начин је и фактички заштитио слободну вољу власника ствари)) на најједноставнији и зато и на највероватнији начин решава тај проблем.

Римски приступ власништву је постао фиксиран и скамењен у раној фази друштвеног развоја, каже Јарон. Суочен са потребом пресуђивања у сукобу између две једнако недужне особе, *bona fide* купац и власник, закон се одлучно ставља на страну другог. На тај начин, сматра Јарон, закон производи велику штету трговачким активностима.⁶⁴² Он наводи: „Радикална одбрана власништва је један од мање задовољавајућих апеката римског права. Модерни правни системи, и неки антички, се труде да дођу до једнакијих решења, подређених ограничењима и квалификацијама. Сами римски правници су, без сумње, били способни да предузму неке кораке у овом правцу, као што на то аналогно указују едилске одлуке о скривеним манама. Да они заправо нису уводили било какву реформу показује то како је био снажан отисак раних концепата, и како је било тешко променити их...“⁶⁴³

Атинијев закон, ипак, није штитио власника због тога што је био „скамењен у раној фази друштвеног развоја“. Он је, заправо, штитећи правни основ стицања, на јаснији начин него што је то чинио Закон XII таблица, захтевао сагласност власника за прелазак ствари у туђу државину и својину.⁶⁴⁴ Може се рећи да је та

642 *Ibid.*, 222–223.

643 *Ibid.*, 223.

644 D. 41. 3. 4. 21: *Si rem pignori datam debitor subripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici.*

Као што се из овог параграфа може видети, уколико дужник прода ствар коју је зложио – она може да буде предмет одржаја. То је зато што је ствар враћена под контролу власника, каже Павле. Овакав закључак не може да обори став да је Атинијевим законом преко заштите правног основа, у ствари штићен власник, тј. његова слободна воља. У горњем примеру власник свакако јесте заштићен, иако је заштићен и заложни поверилац преко тога што ће имати тужбу за фуртум против заложног дужника. Ово је јасно одступање од правила да украдене ствари не могу бити предмет одржаја. То је одступање које само потврђује принцип да је власникова воља неприкосновена када је у питању однос фуртума и одржаја.

недореченост Закона XII таблица, оно што је навело Даубеа да, чини се погрешно, претпостави да је овај текст забрану везао само за фура.

Закон XII таблица је био фокусиран на трагање за *објективним кривцем*, а преткласично право, па и Атинијев закон за *објективном жрџвом*. Зато први закон, за разлику од другог, уопште не познаје могућност да украдена ствар буде стечена одржајем. Решење првог закона је производ примата места почињења фуртума над недостатком адекватног правног основа, а решење другог је последица примата недостатка адекватног правног основа у појму фуртума (тј. недостатка сагласности власника ствари, или носиоца угроженог интереса).

Јарон наводи да се током средине II века пре Христа слика значајно променила. Мали град држава са својим земљорадничким друштвом је израстао у водећу силу античког света. Трговина се развила. Нови елемент – *bona fides* – власнику је пружао додатну меру заштите.⁶⁴⁵

Опет треба да се напомене како ово никако није неки нови елемент. Он се увек захтевао, мада га законодавац није био свестан, па га није ни дефинисао.

V Рос Барбер наводи како је за одржај у римском праву било потребно да будући власник часно верује да је имовину стекао од правог власника (*bona fides*), али да је потребно да је државину над том ствари стекао на легалан начин (*iusta causa*).⁶⁴⁶ Овај аутор каже да је у светлу тих захтева, а посебно *bona fides*, потпуно јасно да лопов не може да стекне својину одржајем.⁶⁴⁷

Не само то, већ, с обзиром на све те услове, украдена ствар уопште није могла бити предмет одржаја. Али, не због тога што је Атинијев закон правило о забрани одржаја проширио путем забране одржаја украдених ствари, како то мисли Даубе. Украдена ствар уопште није могла бити предмет одржаја ни по Закону XII таблица, ни по Атинијевом закону. Овај други је пак начинио ту измену тако што је дозволио да украдена ствар изгуби тај карактер уколико се врати власнику.

645 R. Yaron (1967), 223.

646 R. Barber, 613.

647 *Ibid.*

Сада треба мало завирити и у класично право. Можда се тамо крије чаробни кључ за разрешење овог проблема.

VI Пагзли се бави анализом стила правника Павла, који овај испољава говорећи о узупапији. Пагзли закључује да се међу осталим условима који се тичу узупапије – захтевала државина, а да је *bona fides* била безначајна јер је сваки *mala fide* стицалац покретних ствари у класичном праву био третиран као лопов.⁶⁴⁸ Он каже да је основни принцип који се тиче узупапије у класичном праву – да *iusta causa* није била потребна. Он каже како ни Закон XII таблица није познавао овај услов. Пагзли претпоставља да је примена овог услова на обичну узупапију посткласичног порекла. Зато, по њему, треба потпуно одвојено анализирати два услова која су традиционално удруживана: *bona fides* и *iusta causa*. Он каже да је бона фидес услов потпуно другачији у погледу два аспекта: узупапија не би требало да донесе корист ономе ко није бона фидес стицалац и након проширења појма фуртума до познатог и упечатљивог нивоа у римском праву, бона фидес услов постаје практично ирелевантан.⁶⁴⁹

Овде треба застати. Управо је правни основ (и сагласност власника коју он подразумева) оно што је одувек захтевано за ваљаност одржаја. Недостатак правног основа је одувек био потребан за настанак фуртума. Уколико правног основа има, онда се претпостављало да на страни оптуженог нема фуртозне намере (намере за противправним стицањем имовинске користи). Зато *iusta causa* и *bona fides* никако не могу бити предмет било какве одвојене анализе. О томе је већ било речи. Поред тога, проширење фуртума у класичном праву резултат је процеса у коме је *contrectatio* добијао на значају.⁶⁵⁰ С друге стране, до тога је дошло путем развоја категорије неманифестног фуртума кроз преткласични период. Већ је тада дошао до извесног изражаја услов да се сврха крађе налази у противправном (без адекватног правног основа) долажењу у додир са неком покретном ствари.⁶⁵¹ Кривица је код

648 David Pugsley, "On the Style of Paul's and Ulpian's Commentaries on the Edict", *Acta Juridica* 1973, 187.
649 *Ibid.*, 188.

650 О томе ће касније бити више речи.

651 Вид. други елемент радне дефиниције.

фуртума одувек била претпостављана. Када је она почела да се обориво претпоставља, тек онда је у римском праву отворен простор за савесност. Одавно нема пракримена и одавно је започео процес увођења правно-техничких категорија, које треба да убрзају решавање спорова. Овај процес је значајнији замах доживео на терену инјурије, а фуртум му се најжилавије одупирао. Ту је апсолутна кривица најдуже опстајала због велике друштвене опасности прекршаја.

С друге стране, Пагзли сматра да се може прихватити преовлађујуће мишљење да је јуриспруденција увела *bona fides* у II веку пре Христа, у исто време када се десило проширење појма фуртума.⁶⁵²

Међутим, треба рећи да је она јасно формулисала *bona fides* тек пошто је јасним акцентом на противправно (неосновано) долажење у додир са неком ствари, јасно дефинисан простор у коме не може бити необориве кривице. Дакле, фуртум није проширен, него је прецизиран, сужен. Зато је Атенијев закон предвидео случај када може бити одржаја ствари, која је била предмет крађе.

8.4. Неманифестни фуртум преткласичног права

У горњим поглављима је доказивана претпоставка да правила о одржају настају као посредна последица настанка неманифестног фуртума. Сада преостаје да се види шта је било са самим неманифестним фуртумом.

Мек Кормак истиче да трагање за неким типичним случајем *furtum nec manifestum* представља грешку. Једини заједнички елеменат великог броја примера који потпадају под ову категорију јесте чињеница, сматра он, да је тужилац изгубио ствар услед оптужениковог акта који не представља ни фуртум манифестум ни фуртум концептум. Другим речима, каже он, критеријум за разврставање је негативан.⁶⁵³ Мек Кормак не жели да каже да су правници у времену Закона XII таблица размишљали о неманифестном фуртуму на тако апстрактан начин на који он то

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ G. MacCormack, „*Opere Consilio Furtum Factum*“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis(TDR)* 51/1983, 271.

чини. Они су, по њему, једноставно у једну категорију сврстали различите случајеве који су давали право на подизање *actio furti nec manifesti*.⁶⁵⁴

Рекло би се да је то неподељено мишљење у романистици.

Да ли је баш било тако?

Разлика између манифестног фуртума и неманифестне крађе је, како је већ у ранијим поглављима напоменуто, мало комплекснија.

Оно што прво пада у очи јесте да је код манифестног фуртума, с почетка, пресудно место где је он почињен. Ради се о туђем домаћинству. То је фуртум где је починилац затечен *in flagranti* у туђем домаћинству. О томе јасно говоре извори када је у питању ноћни фуртум. Сасвим је логично да се претпостави да је и онај фуртум који је почињен дању и где је починилац затечен *in flagranti*, а да се том приликом бранио оружјем (још једна врста манифестног фуртума), морао бити фуртум приликом кога је починилац затечен у туђем домаћинству, или како са пленом излази из туђег домаћинства.

Оно друго што пада у очи, када се погледају односне одредбе Закона XII таблица, јесте да је неманифестни фуртум неапсолутно доказни фуртум. При том је немогуће учинити га другачијим.

Манифестни фуртум је пак од самог почетка, па до краја римске историје, несумњиви – апсолутни фуртум. За овај следи апсолутна – смртна казна, а за онај други – релативна казна, коју је могуће исправити. Касније претор за манифестни фуртум уводи четвороструку казну.

Разлика између манифестног и неманифестног фуртума успостављена је с обзиром на, пре свега, место где је овај деликт почињен. Неманифестни фуртум се даље развија с обзиром на питање како је тај деликт почињен.

Неко би могао да приговори да се, имајући у виду разбојништво, може закључити да се основ за повлачење разлике између манифестног и неманифестног фуртума налази не у месту где је деликт почињен већ у самој његовој радњи. Па би манифестни био онај фуртум код кога је присутан повећан степен друштвене

654 *Ibid.*, фн. 3.

опасности. Међутим, увек треба поћи од онога што архаичном законодавцу и старом правнику прво пада у очи. У случају фуртума, то је место где је он почињен. Касније, на рачун места, на значају добија правни основ – непостојање адекватног правног основа (или недостатак сагласности жртве крађе). Тако се, касније, Гај пита има ли очигледнијег примера од разбојништва да је неко противно вољи власника дошао у додир са неком ствари.⁶⁵⁵ Овај услов на значају добија већ у преткласичном праву, како је на то горе указано.

Мек Кормак оправдано истиче да је све што се може учинити у погледу одговора на питање: која су понашања подвођена под категорију неманифестне крађе? – то да се само да покушај оцртавања околности које вероватно доводе до настанка тог деликта.⁶⁵⁶ По овом аутору, најочигледнији у овом погледу је случај када једна особа у својој посесији има туђу ствар, мада за такво нешто није добила пристанак и мада није ухваћена у акту одношења ствари, а није ни била подвргнута процедурама неопходним за конституисање *furtum conceptum*.⁶⁵⁷

Значи, насупрот ставу који је заузет у овој дисертацији, он не сматра да је *furtum conceptum* подврста неманифестног фуртума.

С друге стране, може се рећи, и Мек Кормак сматра да је недостатак овлашћења власника ствари (његове сагласности) за њено налажење у рукама другог неопходни елемент за настанак фуртума уопште (што је у радној дефиницији наведено као превасходни услов за настанак фуртума).

Он наводи и пример када је неко „позајмио“ туђу ствар с намером да је касније врати, али је она потом изгубљена или уништена.⁶⁵⁸

Не може се рећи да је код овог примера неманифестног фуртума толико битно питање да ли је постојала намера да туђа ствар касније буде враћена. Битно је то што намера није доказана, па је тек треба истраживати и доказивати. С друге

655 G. 3. 209: ... *quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit...*

656 *Ibid.*, 271–272.

657 *Ibid.*, 272.

658 *Ibid.* МекКормак каже (*Ibid.*, фн. 5) да „када неко позајми туђу ствар са касније добијеним пристанком и када из неког разлога више не може да је врати, власнику је у раном праву на располагању вероватно *actio depositi*, а не *actio furti nec manifesti*“.

стране, ти докази никада не могу бити несумњиви. Намера не може бити репер који ће помоћи у разврставању различитих облика фуртума. То је субјективни елемент кривичног дела који је и сада, а нарочито тада, био тешко докучив. Вероватно је да су стари законодавци и стари правници једноставно претпостављали постојање намере на страни починиоца крађе. Вероватно је било довољно да се испуне извесни објективни елементи (спољне радње) који указју на деликт фуртум.⁶⁵⁹ Једноставно, законодавци и правници су на прво место поставили „објективнији“ критеријум – недостатак сагласности власника (то је мешовити субјективно – објективан критеријум, а најчешће се може дефинисати као непостојање адекватног правног основа за стицање).⁶⁶⁰

МекКормак наводи да постоји много случајева у којима су појединци били под снажном сумњом да су учествовали у крађи, или да је познато да су на неки начин помогли онима који су непосредно однели нечију ствар. Могућности су, каже он, неограничене. Том приликом истиче како је извесно да нема законског разликовања између починиоца и саучесника.⁶⁶¹

Проблем саучесништва у крађи није могуће разматрати без анализе карактера одговорности који је био присутан у преткласичном праву. То је учињено у седмом поглављу (7. *Одговорности и кривица: Од фуртума до Аквилијевог закона*). Поводом питања саучесништва, треба се осврнути и на оно што Гај каже како је по Аквилијевом закону могуће подићи тужбу само уколико је штета начињена телом преступника. Уколико је штета нанета неким другим начином (*ideoque alio modo damno dato*), онда је решење нађено преко давања права на *utiles actiones*.⁶⁶² Дакле, и Аквилијев закон предвиђа одговорност само за непосредну последицу. Нема разлога да се претпостави да је код фуртума, у то време, могло бити другачије. Међутим, може да се претпостави да је, као и код аквилијанске одговорности, промена наступила

659 Вид. поглавље 5. *Кривица и furtum*.

660 Вид. први елемент радне дефиниције.

661 G. MacCormack (1983), 272.

662 G. 3. 219: *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum hominem aut pecudem incloserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur....*

накнадно захваљујући делатности претора и учених правника. Очигледно је да је преко саучесништва у крађи и преко многих других случајева, римско право применило идеју посредне последице код фуртума и одговорности за посредовање у крађи.

Мек Кормак сматра да нико не може трасирати историју деликта крађе у вековима после Закона XII таблица, нити може прецизирати домет тужбе за *furtum nec manifestum*. Претпоставља да је она коришћена у великом броју случајева, мада је објављивање Аквилијевог закона донекле сузило сферу неманифестног фуртума.⁶⁶³ Овај аутор истиче да до I века пре Христа не постоји поуздан доказ за случајеве на које се односила *actio furti nec manifestum*. Ови случајеви се могу пронаћи, наводи он, у одлукама које су приписане *veteres* или Августовим правницима Лабеону и Мели.⁶⁶⁴ Мек Кормак изражава жаљење што су ове одлуке дате у тако краткој форми, па је немогуће тачно утврдити ситуацију која је била предмет правничког промишљања. Зато, каже, и постоји много контроверзи око њиховог правог значења.⁶⁶⁵

Мек Кормак као довољно јасан наводи онај случај који је Павле приписао *сџарима* (D. 47.2.67.2).⁶⁶⁶

Дакле, каже Мек Кормак, особа која је пред суд позвала гонича мула – постаје одговорна за крађу уколико су муле изгубљене. Било како широко или уже да неко посматра *dolus malus*, каже Мек Кормак, нема назнака да је он намеравао да муле буду украдене.⁶⁶⁷

Шта се, уствари, каже у том параграфу:

D. 47. 2. 67. 2 (*Paulus libro 7 ad Palutium*): *Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*

Дакле, оног ко злонамерно позове гонича мула пред суд, уколико том приликом муле нестану, *сџари* су сматрали одговорним за фуртум.⁶⁶⁸ Овде је потпуно

663 G. MacCormack (1983), 272.

664 *Ibid.*

665 *Ibid.*

666 *Ibid.*

667 *Ibid.*

668 Вотсон је ово превео на следећи начин: *The older jurists held that a man who, with wrongful intent, summoned a muleteer before the magistrate was guilty of theft, if the mules disappeared*, A. Watson, *The Digest of Justinian*, Vol 4, 268.

јасно да се сматра да је прекршилац злоупотребио судски орган и процедуру како би онемогућио гонича да контролише своје муле. Очигледно је да је прекршиочева одговорност настајала у тренутку нестанка мула. Јасно је да се овде претпоставља да се ради о фуртуму онога ко је гонича позвао на суд.⁶⁶⁹ Због тога што је позиваочева одговорност настајала у тренутку нестанка мула, може да се каже да овде уопште није битно питање саучесништва. Једноставно, преткласично право је било преокупирано концептом *објективне жрџиве*. Зато оно познаје само *нејраво саучесништво*.

Овај пример ће бити подробније анализиран у оквиру поглавља о фуруму у класичном праву.

Из овог случаја се пак може извући један шири принцип: Фуртум у преткласичном праву, за разлику од ранијег периода, постоји и тамо где је фур на посредан начин⁶⁷⁰ однео туђе ствари – или су оне код њега завршиле, или је то била његова намера. Неко ће рећи да се из овог параграфа не види где су муле завршиле, као ни намера делинквента да оне заврше код њега – у његовој имовини. Рећи ће и да може бити да је онај ко је гонича позвао на суд једноставно желео, не да присвоји муле, већ само да оне одлутају – да је желео да му напакости. Тако макар испада по Мек Кормаку. То је тачно, али исто тако су, поред осталог, муле могле и завршити код злонамерног *in ius vocans*. Чим је овде употребљена формулација *furti teneri veteres responderunt*, онда је јасно да се могло десити да је ово лице – поред осталих судбина које су их могле задести – или присвојило или покушало да присвоји муле.⁶⁷¹ Оно што је извесно је да у овом параграфу нема ни помена о саучесништву (нема ни помена *ope et consilio*). Али, то не значи и да је овај параграф искључио могућност саучесништва. Ради се о томе да у преткласичном праву постоји *нејраво саучесништво*.

669 Цимерман не мисли тако. Он истиче како текст не пружа никакве информације о томе да ли су муле украдене, и да ли је лопов уопште намеравао да их украде. Нити је јасно да ли су захтевани услови у виду *lucri faciendi gratia*, или *contrectatio*, R. Zimmermann, 925.

Очигледно је да Цимерман не увиђа контекст у коме се употребљавају одређени термини. Наиме, на његову примедбу, која се тиче објективног елемента крађе (*contrectatio*), треба одговорити да је *contrectare* термин који је почео да се употребљава код неманифестних облика фуртума који су настали тамо где је претходно постојала нека правна веза (правни основ) између делинквента и жртве. О томе ће бити више речи у оквиру разматрања о фуртуму у класичном праву.

670 Вид. трећи и четврти елемент радне дефиниције.

671 Вид. други елемент радне дефиниције.

Из осталих параграфа јасно се види да је фуром сматран онај ко је или покушао, или је присвојио нешто туђе. Тако је већ, из једног другог параграфа (који следи нешто након горе наведеног Павловог) јасно да је и у преткласичном праву⁶⁷² важио принцип – колико интереса, толико права на *actio furti (quatenus eius interest)*.⁶⁷³ С друге стране, у истом параграфу, у првој тачки, стоји да не може бити одговоран за саучесништво у крађи онај који не планира крађу.⁶⁷⁴ Из свега овога се може извући следећи принцип: без намере за почињењем крађе, начелно, нема одговорности за крађу.

Поред свега тога, опет долази до изражаја важност првог елемента радне дефиниције. Наиме, Лабеон каже да, уколико је неко имао сазнања да је преварен (*cum sciret quid sibi subripi*), а да ништа није учинио да то спречи, онда неће имати права да тужи за крађу.⁶⁷⁵ Такво понашање се вероватно сматрало накнадним одобрењем туђег поступања. Чак је овде за означавање крађе употребљен „не-технички термин“, термин општијег значења – *subripi*, што само иде у прилог изнетом закључку о накнадном одобрењу. Павле се, може се видети у истом параграфу, не слаже са таквим мишљењем. Да ли то значи да је касније први услов радне дефиниције изгубио на значају, остаје да се види у поглављу о фуртуму у класичном праву.

Зар на основу свега што је раније речено није јасно да је и онај ко је гонича мула позвао на суд, морао ковати и учествовати у планирању крађе да би уопште могао да одговара као саучесник, или као *fur*. То што код примера са гоничом мула није употребљен израз *opem aut consilium*, не значи да се ту не ради о саучеснику, или пак, о лицу које има саучеснике. Једноставно, нема потребе да се то посебно наводи, јер извори кажу да и саучесник и фур одговарају по истој мери. Нема разликовања између непосредног починиоца крађе и његових саучесника, јер нема

672 Чим је реч о Лабеоновим ставовима, логично је да се претпостави да је слично морало бити и у преткласичном праву.

673 D. 47. 2. 91. pr (Iavolenus libro 9 ex posterioribus Labeonis): ... haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

674 D. 47. 2. 91. 1: nemo opem aut consilium alii praestare potest, qui ipse furti faciendi consilium capere non potest.

Упореди са трећим елементом радне дефиниције.

675 D. 47. 2. 92 (Labeo libro II pithanon a Paulo epitomatorum): si quis cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere...

разликовања њихове кривице. Разликовања кривице нема, јер нема разликовања између непосредне и посредне последице и непосредне и посредне одговорности. Ова друга се подводи под прву из разлога корисности. Претор и правници су применили аналогију тамо где јој места нема. То само значи да је тадашње римско право било немоћно пред бројним нијансама. Зато опстаје претпоставка да су њих првенствено занимали објективни догађаји – физичке радње. Они су имали примат над субјективном страном поступања њиховог предузимача – уколико радња постоји, кривица се претпоставља. Зато онај ко гонича мула позове на суд, а муле нестану, одговара као фур. Параграф каже да, уколико је из обести а не услед фуртуозне намере, позвао гонича на суд – одговара по Аквилијевом закону. Сада се поставља питање: Како утврдити обест? Одговор је једноставан: ако муле нису завршиле код њега, или код неког његовог саучесника (тачније уколико није имао саучесника), онда није било фуртуозне намере.

Намеру, дакле, није потребно посебно утврђивати, јер постоје спољашње радње које довољно јасно указују на одговорност починиоца. С тим што се сада, за разлику од претходног периода, узимају у обзир и посредне последице прекршиоцевих радњи. Потреба за непосредним последицама – која је била одлика фуртума пре и у Закону XII таблица – сада је замењена потребом за довољно јасно утврђеном намером починиоца.

Мек Кормак каже да реч *perissent*, која је употребљена у одлуци коју је цитирао Павле, не подразумева да су муле и украдене.⁶⁷⁶ По Мек Кормаку, заправо то уопште није битно. Све што гонич мула треба да докаже, како би остварио успех у процесу, јесте нестанак мула.⁶⁷⁷

Тачно, јер је довољно да постоје спољашње радње које довољно јасно указују на одговорност починиоца за фуртум. Оне, на посредан начин, указују на његову намеру да противправно присвоји туђе ствари. Да су непосредно указивале на такву намеру, онда не би било речи о неманифестном већ о манифестном фуртуму.

676 G. MacCormack (1983), 272.

677 *Ibid.*

Зато трећи елемент наведене радне дефиниције преткласичног фуртума, с обзиром на неманифестни облик овог деликта, треба да буде допуњен на следећи начин:

Није потребно да буде неког непосредног физичког руковања украденом ствари у тренутку крађе, већ је за настанак крађе довољна и сама намера да се она почи-ни. *На њакву намеру на њосредан, али довољно јасан начин, у њуђују с њољашње радње њочиниоца.* Зато се покушај крађе кажњава исто као да је реч о почињеној крађи.

Мек Кормак затим наводи одлуку која се, како каже, понекад интерпретира на сличан начин као она коју је претходно анализирао, а која се налази у D. 47. 2. 67. 2. Наиме, реч је одлуци која је садржана у фрагменту D. 47. 2. 37:

*Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutes sis, quoad is perit, agree tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit.*⁶⁷⁸

Мек Кормак тумачи како је сугерисано да се може разликовати оригинално језгро које су начинили *veteres*, по којима је ловац био одговоран за крађу уколико би паун „нестао“ – тј., наводи Мек Кормак: уколико се заједно изгубе, уколико је убијен, угине, или уколико га присвоји трећа особа.⁶⁷⁹

Овде је врло битан следећи део наведене реченице: *cum de domo mea effugisset*. Ово се може превести као: *када њобејну из мој домаћинсѡва*. Дакле, реч је о деликту који је почињен у туђем домаћинству, али починилац није ухваћен *in flagranti*. С тим што домаћинство треба схватити на шири начин, као што је указано када је била реч о манифестном фуртуму Закона XII таблица. Ипак, то место почињења деликта више нема претежно сакрални карактер, као некада, па не може бити речи о манифестном фуртуму.⁶⁸⁰

678 *Ibid.*, 273.

679 *Ibid.*

680 Цицерман поново износи нешто другачије виђење овог проблема. Он каже да је проста чињеница да је власник био лишен свога пауна неким актом оптуженог била сасвим довољна да му се да право на *actio furti*. При том, он сматра да тај акт оптуженог тешко да може да обухвати неки нарочито манифестан елемент руковања, R. Zimmermann, 925. Међутим, није то тек нека проста и не нарочито видљива чињеница да је жртва лишена пауна неким актом оптуженог. Очигледно, била је реч о контексту из кога је било довољно јасно да је оптужени починио фуртум. У сваком случају, реч је о довољно сумњивом понашању оптуженог, које заслужује да оштећени добије право на тужбу.

Некако се чини да Цицерман полази од претпоставке да су преткласични правници били прилично неосетљиви у вези успостављања неке рафинисаније теорије (Он, цитирајући Гелија,

Природа овог случаја је таква да би ту заиста могло бити тог старог језгра. Вероватно је да је то правило предвидело само да је ловац одговоран уколико би паун нестао. Вероватно да није било набрајања примера на које указује Мек Кормак. Потпору таквом закључку пружа наведени пример са злонамерним позивањем гонича мула на суд. Овакво навођење, без набрајања, стари правници су изгледа сматрали сасвим довољним. То је зато што нема разлике у одговорности између непосредног починиоца и саучесника који није саизвршилац. За утврђивање нечије одговорности било је довољно да се докаже постојање спољашњих радњи које довољно јасно указују на његов долус.

Из претходних примера је очито да нема крађе уколико нема намере присвајања, а сучесништва нема уколико нема заједничког планирања.⁶⁸¹

С обзиром на извучене закључке, наведеној радној дефиницији треба додати и пети елемент:

5) *Претшор и њравници су из „разлоја корисности“ (а, усџвари из немоћи да нијансирају кривицу и одговорности) њосредне њочиниоце, аналоијом којој никако нема месџа, њодвели њод катџеџорију њеџосредних. То је учињено јер је фурџуозна намера, која се увек обориво њреџџосџављала, њоседовала снажну џенденцију да унификује и одговорности.*

Овај пример са пауном, по оном старијем критеријуму (критеријуму из Закона XII таблица)⁶⁸², би, у ствари, представљао манифестни фуртум. Слично се, у неку руку, може рећи и за пример са гоничем мула. Међутим, очигледно је да су већ стари правници били склони да сваки фуртум посматрају као неманифестни, јер место

и каже да су њихове одлуке биле „окрутне и тешке“, *Ibid.*, 928). Том приликом он запада у противречност. Ево, на овом, горе наведеном, месту, он каже да је за фуртум било довољно да је власник био лишен пауна неким актом оптуженог. На другом месту Цимемрман каже да су стари правници сматрали како је намера да се жртва лиши имовине – била сасвим довољна да неко лице буде сматрано лоповом, *Ibid.*, 928–929.

Због тога, како се чини, засада најбоље одговара наведена радна дефиниција изазову да се изнађу основни и заједнички принципи који су *сџаре* правнике руководили у доношењу њихових одлука, које су до данас преживеле.

681 Види трећи и четврти елемент радне дефиниције.

682 Место почињења фуртума (туђе домаћинство) Закону XII таблица диктира постојање категорије манифестног фуртума. Овај је пак несумњиви фуртум за разлику од неманифестног.

његовог почињења не игра више битну улогу.⁶⁸³ Сада је битније непостојање адекватног правног основа за прибављање ствари, или недостатак сагласности власника. Недостатак сагласности власника, за собом, на површину, извлачи значај фуртуозне намере.⁶⁸⁴ Таквом стању ствари потпуно одговара горе цитирани Гелијев извештај у коме он каже да за настанак крађе није потребно да постоји додиривање ствари, већ је довољна намера да се она украде (*Aulus Gellius, Noctes Atticae* XI 18: 23.).⁶⁸⁵

Имајући у виду све речено, радној дефиницији треба додати и шести елемент:

б) *Сџари њравници су били склони да сваки фурџум њосмаџрају као неманифесџни, јер за настџанак крађе није било њоџребно да њосџоји њеџсредно долажење у физички додир са неком сџвари. Довољна је фурџуозна намера.*

Мек Кормак наводи још две одлуке (D. 47.2.52.22 и *Aulus Gellius, Noctes Atticae*, 11.18.14.), за које каже да, такође, указују да је широко схватање крађе преовладавало на крају периода Републике.⁶⁸⁶

О неким одлукама *сџарих* правника, које се тичу теме овог поглавља, и о неким њиховим аспектима, биће речи у оквиру разматрања проблема фуртума у класичном праву. Такав поступак своје оправдање налази у потреби да се упоређивањем сличности и разлика између појединих случајева фуртума – у различитим периодима развоја римског права – на најбољи могући начин упозна њихова различита природа.

На овом месту су пак те одлуке употребљене у мери која је потребна за извлачење адекватних закључака о елементима преткласичног фуртума.

683 Додуше, тачно је да је претор предвидео да се за манифестни фуртум примењује четворострука казна. Може се рећи да је то, у неку руку, под утицајем инерције коју генерише место почињења деликта (иако оно више нема претежно сакрални карактер). То је инерција коју, у неку руку, води и жеља за осветом.

Тако Роско Паунд говорећи о пет, како каже, добро познатих карактеристика примитивног права, наводи као прву следеће:

„Мера процене штете коју је нека особа начинила не налази се у степену начињене повреде, већ у степену пробуђене жеље за осветом. Као што је на почетку речено, идеја није компензација, него композиција (*the idea is not com-pensation but composition*)“⁶⁸⁴. У том смислу, он наводи и римски манифестни и неманифестни фуртум, Roscoe Pound, „The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines“, *Harvard Law Review* 27/1914, 202. фн. 31. „Ово још увек, до одређеног степена, преживљава у одмаздним теоријама санкционисања (*in retributive theories of punishment*)“⁶⁸⁵, *Ibid.*, 202.

684 За собом извлачи трећи елемент радне дефиниције.

Ова намера је дуго била неиздиференцирани део тзв. објективних околности и апсолутне одговорности. О томе је било речи у седмом поглављу.

685 Вид. горе.

686 G. MacCormack (1983), 273.

8.5. Истраживачки приступ и његово оправдање

У сврху заокруживања питања неманифестног преткласичног фуртума, биће анализиран уобичајени приступ теоретичара горе преиспитиваним правним одлукама преткласичног порекла.

Тако Цимерман наставља у складу са својим, горе наведеним, схватањима. Том приликом он тумачи чувени пример из Дигеста који осликава Сабинов став да је било могуће поднети тужбу за фуртум против онога ко је, тиме што је раширио своју тогу, заклонио одбеглог роба од очију господара. Цимерман каже да би се усиљено могло рећи да овде постоји *contrectatio*, али никако и намера онога ко је раширио тогу да украде роба.⁶⁸⁷

Овај аутор каже како постоји неколико покушаја да се протумачи несагласност свих, у претходном поглављу, наведених преткласичних одлука са чувеном Павловом дефиницијом фуртума. Тако једни предлажу да се ове одлуке старих правника имају сматрати лажним.⁶⁸⁸ Много чешће се, наставља Цимерман, критикује та Павлова дефиниција. По критичарима, и објективни и субјективни услов у овој дефиницији, који се захтевају за настанак крађе, представљају дело компилатора. Постоје и они који ова два услова настоје да интерпретирају толико широко да они обухвате и очигледне изузетке. Други су пак наставља Цимерман, у тексту проналазили оно што су желели.⁶⁸⁹ Он сматра да римске дефиниције не треба стриктно посматрати као апсолутно тачне категорије, већ само као неку врсту корисног водича.⁶⁹⁰

Цимерман је у праву у вези једне ствари. Наиме, сви теоретичари у тумачењу одлука старих правника, у крајњој линији, полазе од наведене чувене Павлове дефиниције фуртума. Оно где он, па и сви остали, чини се, греше, управо јесте то што приликом тумачења наведених извора полазе од те дефиниције. То је дефиниција класичног, или можда и посткласичног порекла. За преткласични период пак, као што је то уосталом и приказано горе, не постоје исцрпни подаци на основу којих

687 R. Zimmermann, 925.

688 *Ibid.*, 925–926.

689 *Ibid.*, 926.

690 *Ibid.*

би се могло утврдити шта се подразумевало под фуртумом. Због тога се у трагању у дисертацији пошло од извештаја који се чини довољно исцрпним и који је довољно близу анализираном периоду. То би требало да буде добро познати методолошки рецепт који истраживачу може да пружи, како прилику да мање греши, тако и могућност да грешке брзо исправи и пронађе адекватније путеве. Чини се да је тим захтевима у потпуности одговорио наведени Гелијев извештај из његових *Аџичких ноћи*.

Како би боље дошло до изражаја преимућство, у дисертацији изабраног и спроведеног методолошког поступка, треба се осврнути на закључке које је Цицерман извукао захваљујући свом приступу.

Он заступа знатно другачије ставове од оних који су наведени у радној дефиницији. Започиње од горе анализираних случајева (случај са пауном и тогом, гоничем мула и случај са лажним мерама) због тога што су они, како каже, карактеристични за овај период. Притом ниједан није захтевао неки нарочити вид понашања (неки нарочити тип руковања, додиривања – *handling*, како то каже Цицерман), нити је преступник требало да делује ради добитка. Каже да су у међувремену претори пронашли многе начине да пруже заштиту од разних противправних повода и штета. Путем *actiones in factum* значајно је проширен домет аквилијанске одговорности. Поред тога, Цицерман наводи како су уведене *actio de dolo*, *actio servi corrupti* и многа друга средства. Зато је наступила тенденција да се преформулише фуртум. Тако, каже Цицерман, *actio furti* више није могла да служи свему и свачему. Он сматра да је Лабен постао претеча новог приступа фуртуму.⁶⁹¹ По Цицерману, Лабен се дистанцирао од ставова старих правника управо по томе што, за разлику од њих, не сматра да је за настанак деликта фуртум довољно да постоји намера лопова да другоме одузме имовину. За Лабена је битан елемент управо присвајање украдене имовине.⁶⁹² За разлику од њега (који је донекле изменио субјективну страну крађе), Сабин је (следећи старе правнике све док је у питању субјективна страна

691 *Ibid.*, 928.

692 *Ibid.*, 928–929.

крађе и тражећи парадигматске случајеве), ставио нагласак на, како наводи Цимерман, фактичке одлике крађе. Павле је искомбиновао оба елемента, па се сада на истом месту налазе *contrectatio* и *animus lucri faciendi*, каже Цимерман.⁶⁹³

Не може се рећи да су, преткласични правници, искључиво постојање намере лопова да украде ствар видели као битан елемент фуртума. Зато се не може рећи ни да је Лабеон направио некакав отклон у односу на њих. Не може се рећи да он не сматра да је битан елемент деликта фуртум – намера лопова да присвоји туђу имовину. Већ је указано да Лабеон каже да, уколико је неко имао сазнања да му је нешто преварно однето (*cum sciret quid sibi subripi*), а да ништа није учинио да то спречи, онда неће имати права да тужи за крађу. То се може превести као нека врста накнадне сагласности особе чија је ствар однета. То пак значи да, пошто нема првог услова из радне дефиниције (он се најчешће може тумачити као недостатак адекватног правног основа за присвајање), онда не може ни бити крађе. То је зато што су недостатак сагласности власника и фуртуозна намера – два лица једне појаве. Нема прибављања без сагласности власника и савесности прибавиоца.

Као што је указано, преткласични правници су на много комплекснији начин разумевали деликт крађе. Они су претпостављали да фуртуозна намера постоји самим тим што постоје објективне (фактичке) околности које указују да је неко лице починило фуртум. Због тога се не може рећи ни да је Сабин начинио неке измене у преткласичном схватању крађе. Зато је било оправдано што су Сабинови ставови, које је Гелије изнео у *Ашичким ноћима*, и послужили да се изведе преткласични појам крађе. Чини се да је анализом, како преткласичних неманифестних случајева фуртума, тако и правила о одржају (по Закону XII таблица и Атинијевом закону), то несумњиво и потврђено.

Уколико се имају у виду и норме Аквилијевог закона, онда се може рећи да је у погледу фуртума била битна намера преступника да друго лице претрпи имовински губитак (било да је ствар требало да присвоји сам починилац, или пак, неки његов саучесник), који није подразумевао и физичко оштећење ствари. Што се начина

693 *Ibid.*, 929.

остварења те намере тиче, битно је само то да је прекршилац створио услове да (он, или саучесник), ако не одмах, а оно свакако накнадно и физички (а, то ће рећи непосредно) дође у додир са том ствари. Када се каже да је требало да је створио такве услове – то не значи да је требало и да ти услови испуне сврху. Изгледа да је код фуртума био битнији контекст у коме се одиграло долажење у додир са неком ствари. Из контекста се закључивало да ли је оно било праћено намером умањења туђе имовине (које не представља физичко оштећење ствари), било да је жртва власник ствари која је предмет фуртума, или је жртва неко друго лице и његови имовински интереси. Контекст је неизбежан чинилац приликом утврђивања туђе намере. Зато је тешко исцрпно дефинисати неманифестни фуртум.

8.6. Елементи за дефиницију преткласичног фуртума

Након свега што је речено, могу се идентификовати следећи елементи преткласичног деликта фуртум:

1) Може бити почињен потајно, а у сваком случају, противно вољи власника ствари;

2) Сврха крађе се налази у противправном прибављању имовинске користи. Зато ће крађе бити чак и онда када онај који, повучен за таквом „добити“, није знао коме ствар припада. У сваком случају потребно је (као што то први услов каже) да нема сагласности жртве. При том се не може рећи да фуртум у првом плану има починиоца, а не жртву;

3) Није потребно да у тренутку крађе буде неког непосредног физичког руковања украденом ствари, већ је за настанак крађе довољна и сама намера да се она почини. *На њакву намеру на њосредан, али довољно јасан начин, у њуђу с њољашње радње њочиниоца.* Зато се покушај крађе кажњава исто као да је реч о почињеној крађи;

4) Фуртуозна намера се увек обориво претпостављала. Чак и код манифестног фуртума. То је зато што место почињења деликта више нема онакав сакрални

и неповредиви значај као што је то било раније. Зато се може рећи да манифестни фуртум, у изворном смислу те речи, више и не постоји.

5) За крађу одговарају како саучесник (*ope et consilio*) тако и иницијатор (онај ко је наредио своме робу да украде), исто као и непосредни извршилац. Ово је последица трећег услова;

6) Претор и правници су, из „разлога корисности“, аналогичном којој никако нема места, посредне починиоце подвели под категорију непосредних. То је учињено јер је фуртуозна намера, која се увек обориво претпостављала, поседовала снажну тенденцију да унификује и одговорност;

7) Стари правници су били склони да сваки фуртум посматрају као неманифестни, јер за настанак крађе није било потребно да постоји непосредно долажење у физички додир са неком ствари. Довољна је фуртуозна намера.

Сви ови услови узети заједно, као нераскидиво повезани, сачињавају преткласични појам деликта фуртум.

Ови елементи преткласичног фуртума ће, у неку руку, представљати полазну основу за анализу класичног фуртума. Ово је потребно, утолико више, уколико се има у виду да се до њих добрим делом дошло захваљујући информацијама које су пренели, али и ставовима које су заступали први класични правници – Лабен и Сабин.

9. ФУРТУМ У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

9.1. Извори

Овом приликом треба навести основне параграфе из Дигеста, који пружају најопштије информације о фуртуму класичног права. Они ће због тога увек бити пред очима у даљем истраживању.

D. 47.2.1 (*Paulus libro trigensimo nono ad edictum*)

pr. Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui fwras appellant fures: immo et Graeci apo tou ferein fwras dixerunt. 1. Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit. 3. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.

D. 47.2.83 (82) (*Paulus libro secundo sententiarum*)

pr. Fullo et sarcinator, qui polienda vel sarcienda vestimenta accepit, si forte his utatur, ex contrectatione eorum furtum fecisse videtur, quia non in eam causam ab eo videntur accepta. 1. Frugibus ex fundo subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi. 2. Qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur et, si subpressit, poena legis Fabiae coercetur. 3. Qui tabulas cautionesve subripuit, in adscriptam summam furti actione tenebitur: nec refert, cancellatae nec ne sint, quia ex his debitum magis solutum esse comprobari potest.

D. 47.2.50 (*Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum*)

pr. In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res in rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilo minus

condemnatio facienda est. Itemque et si nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, eius duplum, quanti tunc, cum pretiosior facta est, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est. 1. Ope consilio furtum factum Celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii furarentur, inimicitiarum tamen causa fecerit. 2. Recte pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse. 3. Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet. 4. Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

Очиглено је из наведених извора да се у класичном периоду могу идентификовати два изричито поменута елемента фуртума. Реч је о објективном елементу *contrectatio* и субјективном *invito domini*, или, како се понекад наводи, *animus furandi*, или *animus lucri faciendi*. Може се рећи да су ови елементи у извесном облику присутни и у претходном периоду, али тамо није ни покушано њихово дефинисање.

9.2. *Contrectatio* и класични фуртум

Када се неки проблем освоји, онда се решење аутоматизује – стандардизује. Исто се дешава са правном терминологијом.

Да ли је *contrectare* био један такав термин, и ако јесте, онда од када?

Овај појам је привукао пажњу многих теоретичара. Многи од њих га сматрају кључним за дефинисање римског схватања крађе.

Већ на почетку треба напоменути како су значајни истраживачи истакли да је чувена дефиниција фуртума, која се приписује правнику Павлу,⁶⁹⁴ у ствари,

⁶⁹⁴ D. 47. 2. 1. 3: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.* Бауман напомиње како у грчком праву

посткласична интерполација. Тако Цимерман истиче како се сматра да су и субјективни (*animus lucri faciendi, animus furandi*) и објективни (*contrectatio*)⁶⁹⁵ елемент интерполирани од стране компилатора. Он помиње како постоје теоретичари који настоје да усагласе ове елементе како би и очигледни изузеци били обухваћени њима. Тако су они интерпретирали *lucrum* на тај начин да он није означавао само добит у економском смислу и *contrectatio*, тако да се он односио и на случајеве где нема директног физичког контакта.⁶⁹⁶ Цимерман претпоставља да је Павле аутор макар саме супстанце ове дефиниције.⁶⁹⁷ Каже, као што је и горе наведено, и да римске дефиниције не треба схватати као коначна становишта која прецизно и стриктно описују сваки конкретан случај, већ их треба разумети само као корисне водиче.⁶⁹⁸

Треба се сложити са ставом да је Павле аутор основног дела наведене дефиниције. Поред тога, несумњиво је да су термин *contrectatio*⁶⁹⁹ употребљавали и други

нема тако обимне дефиниције крађе. Демостен набраја пет врста крађе, каже овај аутор, Richard Bauman, "The interface of Greek and Roman Law: Contract, Delict and Crime", *Revue internationale des droits de l'antiquite* 43/1996, 55.

Очигледно је да су и Римљани до овако обимне дефиниције дошли релативно касно. Било како било, значај ове дефиниције за римско право не треба прецењивати. Далеко пре ње је римско право упознало сву комплексност деликта крађе.

695 Јоловиц каже како се *contrectatio* у изворима најчешће описује као „додиривање“, или „руковање“, Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII 2: De Furtis*, Cambridge 1940, xvii. Овај аутор наводи и Ивленово мишљење да је могуће да је ова реч изворно поседовала благо уже значење „rawing“, *Ibid.*, xvii, фн. 9. Јоловиц сматра да је *contrectatio* било довољно за фуртум. Није било потребе да ствар буде и однета. Он каже да је било могуће, као што и Гај, износи одмах након употребе речи *contrectatio*, да депозитар почини крађу тиме што неовлашћено употребљава ствар (иако се већ налази у законитој контроли ствари). Јоловиц каже да не постоји чак ни услов да преступник намерава да трајно лиши жртву имовине, *Ibid.*, xvii. Он напомиње да *contrectatio* није стара реч која се употребљава у овом контексту. Први пут ју је, колико је познато, употребио Целз, каже Јоловиц. Напомиње да је Сабин употребио *adrectare*, што је отприлике истог значења. Каже и да је могуће да је једну или другу реч употребио и антикар Варон. По Јоловицу, изгледа да су сами Римљани, сматрали за изузетак правило да крађа може бити почињена без одношења ствари. Тако је Гај (G. 3. 195) то видео као један од облика крађе, каже Јоловиц. Гелије (XI, 18. 13.) пак сматра да би обичан човек био изненађен да чује да земља, а не само покретне ствари које могу бити однете, може бити предмет крађе. Он се, подсећа Јоловиц, присећа неповољног Лабеоновог критицизма у погледу „грубих одлука“ старих правника који су, као крађу, третирали неовлашћену употребу ствари од стране зајмопримца, *Ibid.*, xviii.

696 R. Zimmermann, 926.

697 *Ibid.*, 926–927.

698 *Ibid.*, 926.

699 Букланд, с друге стране, каже како се термин *contrectatio* не чини тако старим. И он напомиње како најстарији преживели извештај о овом изразу долази од Целза. Букланд сматра да је ограничење фуртума вероватно чисто академско питање. Он сматра да су компилатори преузимали бројене доктрине некритички, без тежње да их учине актуелним, W. W. W. Buckland, „Digest XLVII. 2 (De Furtis) and the Methods of the Compilers“, *TDR* 10/1930, 129.

класични правници. Тако да тај термин у Павловој дефиницији сигурно није унет од стране компилатора. О томе ће свакако бити речи на одговарајућим местима.

Већ је наведено како Цимерман сматра да је класични правник Лабеон, дистанцирао себе од схватања које су заступали *veteres*.⁷⁰⁰ Зато он више није инсистирао на намери да се други лиши имовине као довољној чињеници која успоставља крађу.⁷⁰¹ Радије је говорио о присвајању украдене имовине као истакнутој одлици крађе. Поред тога, он је, подсећа Цимерман, обратио пажњу на етимологију речи фуртум коју је понудио Вар: *Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait*. Цимерман сматра да је ово нетачна етимологија. Ради се о тумачењу које порекло речи фуртум извлачи из речи “тајни, потајни”. Сабин, као вођа супротне школе, наставља Цимерман, следи старе правнике толико колико је реч о субјективној страни крађе. Он извлачи порекло речи фуртум од *fraus* (*fraud*) и нагиње ширем концепту фуртума него што то чини Лабеон. Сабин чак сматра, каже Цимерман, да и непокретне ствари могу бити предмет крађе. Он чак уводи појам *adrectatio*, напомиње Цимерман, као погодно средство за означавање ситуација где је неко противправно задржао оно што је већ било у његовој посесији.⁷⁰²

Лабеон је разјаснио објективни, а Сабин субјективни елеменат фуртума. Цимерман греша када каже да је било обрнуто.⁷⁰³ Већ је наведено како овај аутор потенцира да је Павле био тај који је комбиновао оба ова апсекта. У његовој дефиницији се јављају и *contrectatio* и *animus lucri faciendi*.

Цимерман сматра да *contrectatio*, као објективна категорија, представља кључни услов који доприноси да се фуртум разликује од других, врло сродних деликата.

Тако он истиче како је гранична линија између *actio furti* и *actio de dolo* увек била помало замагљена, па су постојале извесне јасне ситуације у којима се могла применити једино *actio de dolo*. С друге стране, где год је превара водила ситуацијама које се могу окарактерисати као *contrectatio*, уз намеру да се постигне корист, примењује се *actio furti*, каже Цимерман.⁷⁰⁴

700 Reinhard Zimmermann, 928.

701 *Ibid.*, 928–929.

702 *Ibid.*, 929.

703 Вид. *Ibid.* Вероватно је реч о лапсусу.

704 *Ibid.*, 930.

Као што се и из самог Цимемрановог закључка може видети, *contrectatio* никако не може да иде без фуртуозне намере (намере да се постигне имовинска корист).⁷⁰⁵

Contrectatio је *contrectare* у контексту који истиче намеру противправног присвајања туђе имовине. Та римска, врло снажна, везаност за намеру је оно што некада утиче на замагљивање тзв. објективног елемента класичног фуртума (реч је наравно о појму *contrectatio*). На тај начин настаје тенденција да се имовинска природа фуртума потисне у други план.

Управо под таквим утиском Дерек Ван дер Мерве (*Derek Van Der Merve*), чини се, греша већ на почетку своје анализе. Он каже: „У римском праву је крађа била *institution notorius* судећи по недостатку прецизне дефиниције и због тога што се чини да је она обухватала широк опсег аката који се могу подвести под средишњи (*fulcrum*) појам *contrectatio*“.⁷⁰⁶

Дерек наводи Вармелово (*Van Warmelo*) становиште да је појам крађе интерпретиран различито на различитим нивоима развоја Рима и његовог правног система. Он се слаже са њим да је то управо због тога што је различито интерпретиран широк појам *contrectatio*.⁷⁰⁷ Тако је овај појам у различитим етапама развоја квалификован као: *fraudulosa, animo furandi* и *lucri faciendi gratia*. Сваку од ових речи је тешко дефинисати, али је истовремено свима јасан њихов садржај, наводи Дерек.⁷⁰⁸ Он сматра да је основна сврха ових квалификација у томе што оне разграничавају широки опсег правних средстава и санкција, на које даје право посебна *contrectatio* као манифестација фуртума, па је самим тим „мајка тужби“ (како је Дерек назива).⁷⁰⁹ Овим путем је, наставља он, исказиван аспект понашања у питању који је одређивао право на посебна правна средства и санкције у складу са друштвеним схватањима шта чини крађу.⁷¹⁰

705 Лако је уочљиво да елементи преткласичне дефиниције фуртума, у суштини, важе и у чувеној Павловој дефиницији.

706 Van Der Merve Derek, „Juridical Institutions in the Civil Law: Towards a Theory for Common-Law Adjudication“, *Journal of South African Law* 1993, 591.

707 *Ibid.*

708 *Ibid.*, 592.

709 *Ibid.*

710 *Ibid.*

Contrectatio, сам по себи, искључиво указује на објективни елемент деликта фуртум – долажење у додир са неком ствари. Да је тако, најјасније указује чињеница да овај термин у изворима никада не наступа сам. Уз њега се увек налазе изрази који означавају субјективни елемент крађе.

9.2.1. Контекст појма *contrectatio*

Овај термин, као и сваки други, поседује шири и ужи контекст. Само имајући то у виду, могуће је доћи до појма који стоји иза њега.

И Када је реч о *ширем контексту*, онда се, логично, намеће потреба да се врати Гајевој подели ствари. Реч је о оном параграфу где он говори о телесним и бестелесним стварима:

*Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.*⁷¹¹

*Incorporales sunt quae tangi non possunt...*⁷¹²

Дакле, телесне ствари су оне које се могу додирнути, дотаћи, *quae tangi possunt*.

Готово сви теоретичари, у потпуном складу са изворима, тврде да се *contrectatio* односи на додиривање ствари или руковање њима као предметима фуртума.

С друге стране, када је (у поглављу 8. 6. *Елементи за преткласичну дефиницију фуртума*) изведен коначни облик дефиниције, речено је да су претор и правници, „из разлога корисности“ и посредне починиоце подводили под категорију непосредних – што ће рећи починилаца који су непосредно, физички дошли у додир са предметом крађе.⁷¹³ Сада ту тврдњу треба ближе објаснити и оправдати.

Оправдање за такав закључак пружају Гајеве *Институције*. Наиме, може да се каже да је из сличног разлога, по сличним принципима, одређивано ко ће све имати право на тужбу за фуртум. Тако Гај каже да право на *actio furti* припада свакоме ко има интерес да се одређена ствар очува (*rem salvam esse*), иако није и власник ствари.

711 G. 2.13.

712 G. 2.14.

713 Вид. шести елемент коначне преткласичне дефиниције.

Такође, по Гају ни онај ко је *dominus* не може добити *actio furti* без интереса да се ствар очува.⁷¹⁴ Дакле, непосредни интерес је оно што издваја непосредног корисника ствари и што му даје непосредни интерес да тужи. Међутим, уколико посредном кориснику, неким случајем, буде успостављен непосредан интерес, онда га то доводи у положај непосредног корисника (иако не и фактички, већ правно).⁷¹⁵

Затим, у следећим параграфима, Гај набраја такве примере. Тако ће право на *actio furti* имати заложни поверилац против свакога ко украде заложену ствар, па био то и заложни дужник.⁷¹⁶ Поводом крађе, каже Гај, право на тужбу имају и *fullo*

714 G. 3. 203: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.*

715 Овде се види да став који је заузет у поглављу „Међупитање“ поново налази своју потврду. Наиме, реч је о томе да материјално и процесно право поседују снажну међузависност и међудинамику. Зато се не може рећи како једно ствара друго.

716 G. 3. 204: *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse, adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit nihilo minus creditori competit actio furti.*

Томас (*Thomas*) каже да је то да је заложни поверилац могао подићи *actio furti* уколико је заложена ствар однета из његовог поседа, добро поткрепљено изворима све до времена Лабеоана. По њему, она се могла поднети против власника ствари, или, у сваком случају, против заложног повериоца, J. A. C. Thomas, „Furtum Pignoris“, *TDR* 38/1970, 136. Он напомиње и да ништа не указује да дужник није и заложни поверилац, *Ibid.*, 136, фн. 2. У свом истраживању се ослања на Улпијанов текст у Дигестама (D. 47. 2. 12. 2). Мада постоје многе примедбе да је текст интерполисан, Томас каже да је срж текста аутентична. Велико питање представља природа интереса који некоме даје право на *a. furti*, истиче Томас. Он наводи како извори јасно указују на две врсте основа за подизање *actio furti*: позитиван *interesse* онога ко тужи по основу његовог сопственог права у односу на *res furtiva* – неспоран је случај власника; негативан *interesse* особе која је контрактно одговорна поводом *res* њеном *dominus*. У коју категорију спада заложни поверилац, пита се Томас, *Ibid.*, 137. Шулц је, по Томасу, *par excellence* експонент екстремне теорије да је, у класичном праву, једино *dominus* био овлашћен на подизање *actio furti* преко позитивног интереса; свако други коме је *a. furti* дата био је овлашћен на такво нешто због своје одговорности власнику, *Ibid.*, 137–138. У суштини, проблем је у томе да ли је заложни поверилац имао право на *actio furti* због тога што је био одговоран за *custodia* или из неког другог разлога, подвлачи Томас. Он наводи како је по Шулцовој теорији само власник имао позитиван интерес и да је ту теорију, по њему, Букланд потпуно разорио, *Ibid.*, 138. Томас се окреће анализи извесног Улпијановог коментара. Реч је о D. 47. 2. 14. 16 (*Ulpian*, 29 *ad Sab.*). Томас каже да одавде може да се закључи да је залогопримац имао право на *a. furti* по истом основу као и зајмопримац. Али, он указује да постоји очигледан дефект у овом параграфу, *Ibid.*, 143. Пошто је проширио значење (обухват) овог параграфа, Томас доказује да је заложни поверилац имао право на тужбу за фуртум по основу свог позитивног интереса, по основу своје директне везе са стварју – по основу свог сопственог права на ствар, *Ibid.*

Међутим, овде се може рећи да тужба за крађу – коју подиже заложни поверилац – не произлази из некаквог његовог непосредног односа према ствари. Пре се може рећи да она, пошто је износ накнаде штете везан за дуг, произлази из дуга. Она прати дуг. Зато се може рећи да се овде, у ствари, ради о крађи дуга и тужби за повраћај дуга. Овде је ствар везана за дуг, а не за било какву другу обавезу. Тачно је да она, као што то Томас каже, није везана за било какву одговорност залогопримца према залогодавцу. Из овога је видљиво да се фуртум, бар од Улпијановог времена, могао посматрати као деликт који указује на крађу туђег економског интереса у најширем смислу речи. Овде, дакле, нема било каквог оштећења као физичког оштећења или, пак, губитка ствари, већ само крађе економског интереса. Остаје питање да ли таква карактеристика фуртума има неког корена у претходним временима?

и *sarcinator*, не и власник који им је ствар (која је предмет фуртума) поверио на чишћење или поправку. Само ако први немају средстава да изврше своје обавезе (из уговора, према власнику), само се тада поново успоставља непосредни интерес власника да тужи за крађу.⁷¹⁷

Дакле, непосредни интерес да се ствар сачува имају она лица која су са њом у непосредном физичком додиру. Тек уколико та лица више нису у непосредном додиру са стварју и уколико не могу да одговоре својим обавезама (које за предмет имају украдену ствар, а које су настале пре њене крађе), на ред долази следећи интерес (интерес власника), који онда постаје непосредан. Може се рећи да по истом (непосредном) принципу и послугопримац има право на *actio furti*. Гај је то изразио као одговорност, и фулона и сарцинатора и послугопримца, за чување ствари (*custodiam praestare*).⁷¹⁸ Шта је, у овим случајевима, чување ствари, него непосредна физичка контрола те ствари.

На основу свега што је речено може да се извуче следећи закључак: *право на тужбу има свако ко је у непосредном физичком додиру са „res“ и ко је њом ириликком непосредно користи, или ко њом ириликком има неку посредну корист од те ствари (као што је имају фулон и сарцинаџор)*.⁷¹⁹ Све то потврђује следећи параграф у коме Гај каже да депозитар неће имати права на тужбу за крађу, јер нема ни обавезу за чување ствари.⁷²⁰ Пошто није овлашћен да чува ствар, то значи да није овлашћени корисник ствари – нема ни непосредну, а ни посредну корист из ствари. Он је само нека врста простог посредника у кретању ствари.

Имајући све ово у виду, преткласична дефиниција фуртума, када је класично право у питању, захтева допуну:

Право да тужи за крађу, њре свих, има свако лице које је њренуџно непосредно овлашћено да физички и економски буде најближе ствари. То је лице које из џоџа

717 G. 3. 205.

718 G. 3. 206.

719 То је у корелацији са другим елементом коначне преткласичне дефиниције. Треба подсетити да се ту каже да се сврха крађе налази у противправном прибављању имовинске користи. Зато крађа постоји, чак и онда када починилац не зна коме ствар припада.

720 G. 3. 207.

извлачи нейосредну, или йосредну имовинску користи. Зато оно има нейосредни инйерес да се ствар сачува. Уколико такво лице, из некој разлога, не може да одговори йом инйересу, онда се нейосредним смайра инйерес лица које му је йоверило йо овлашћење.

Због изнетог се намеће закључак да предмет крађе могу бити само телесне покретне ствари.⁷²¹

Набрајајући шта све чини бестелесне ствари, Гај каже да је свако облигационо право истовремено и бестелесна ствар:

... *nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est.*⁷²²

Само телесне ствари могу бити предмет државине (поседовања). Барем је тако од времена пунских ратова. Од тада „преторска установа *possessio* је укључена у цивилно право и заменила стари и суштински различит појам *usus*“.⁷²³ Само ствар која има потенцијала да буде предмет државине и одржаја, истовремено може бити и предмет крађе у класичном праву.

Атинијев закон је донет као последица преткласичног развоја категорије неманифестног фуртума. Наиме, већ је напоменуто да крађа, у преткласичном праву, представља долажење у додир са неком ствари без овлашћења њеног власника, или, без одобрења овлашћеног корисника те ствари (може се рећи без адекватног правног основа), са циљем прибављања противправне имовинске користи.⁷²⁴ Атинијев закон је донет како би и фактички покушао да спречи да лице без ваљаног правног основа одржајем стекне својину на ствари.⁷²⁵

721 Павле у свом коментару Преторовог едикта каже: D. 41. 2. 3. pr (*Paulus libro 54 ad edictum*): *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.*

722 G. 2.14.

723 М. Милошевић (2005), 232. „Пошто је државина фактичка власт на ствари, одржај више не може да се примењује онде где ње нема. Једним законом је укинут одржај службености (*lex Scribonia*), *manus* се више не успоставља протеком времена, а лице које врши наследничка овлашћења не постаје протеком рока наследник, већ само стиче својину на стварима из заоставштине које има у државини“. „Резултат тих промена је настанак нове установе, која је уређена као начин за стицање својине, и у складу са тим има нови назив: *usucapio* (од *usu capere* „стећи употребом“)“; *Ibid.*

724 То је резултат процеса приликом кога, насупрот категорији места почињења фуртума, на значају добија мешовити (објективно – субјективни) елемент – правни основ.

725 Чини се да је овакав закључак о разлозима доношења Атинијевог закона у потпуном сагласју са Милошевићевим закључком (вид. фн. 723) да је нова установа, која носи назив *usucapio*, настала из нове потребе да буде само један од начина за стицање својине.

То је учињено преко постављања услова да не може бити одржаја украдене ствари уколико она претходно не буде враћена власнику, уз његову упознатост са тиме. Вероватно се желело да се спречи могућност да власник буде жртва неке уцене, преваре, или принуде. На тај начин је сагласност власника добила неку врсту фактичког обезбеђења од непоштеног поступања друге стране. За настанак одржаја је, поред осталог, често непходно да постоје одговарајући правни основ и савесност прибавиоца. За настанак фуртума јесте битан појам који говори о долажењу у додир са туђом ствари. Међутим, то долажење у додир и даље мора бити неовлашћено (то значи без адекватног правног основа, или насупрот њему) и зато противправно. Не значи да много пре Атинијевог закона, у суштини, није захтеван правни основ, али тек од његовог доношења он добија адекватнију (и фактичку) заштиту.

С друге стране, то да ли између прекршиоца и жртве постоји нека претходна уговорна обавеза, не мора бити толико важно за настанак фуртума. То у суштини каже и следећи параграф из Павловог коментара на Преторов едикт, где он расправља о схватањима старих правника Сабина и Касија:

D. 41. 2. 3. 18 (*Paulus libro 54 ad edictum*): *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem te manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*

Исто тако, у овом параграфу се каже да депозитарово долажење у додир (*contrectatio*) са депонованом ствари, са намером њене крађе, прекида посесију депонента. То је, ипак, непосредна последица крађе. Она увек подразумева неовлашћено ометање туђе непосредне контроле над неком ствари.

II Што се анализе ужеј конјекција речи *contrectatio* тиче, треба поћи од њеног места у чувеној Павловој дефиницији фуртума:

D.47.2.1.3. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.*⁷²⁶

726 D. 47. 2. 1. 3.

Ужи контекст неког правног појма је увек везан за конкретну норму (или, као у овом случају, за правничко мишљење). Овде се поново пошло од Павлове дефиниције, јер је она најјаснија и њена срж је сигурно класичног порекла (без обзира ко је њен аутор).

Дерек, као што се могло видети, није разграничио појам *contrectatio* од субјективног елемента *furtuma*. Рекло би се да је, по њему, ту реч о малтене идентичним појмовима. Ако је тако, чему онда њихово заједничко појављивање у наведеној Павловој дефиницији (ма колико она била, или не била, заиста Павлова).

Ова дефиниција је, по Вотсону, много боља од Сабинове дефиниције која је дата у Гелијевим Атичким ноћима (XI, XVIII, 20). Вотсон се придружује оним ауторима који наведену Павлову дефиницију сматрају интерполисаном.⁷²⁷ Он је, чак, изразио сумњу да је у цитираној дефиницији из Дигеста уопште реч о било каквој Павловој дефиницији. Он за ту сумњу налази два разлога: ово би био једини пример неке важне дефиниције коју је дао Павле и друго, постоји друга дефиниција *furtuma* коју је дао Павле, а која је много ближа Сабиновој и Гајевој него овој која му је приписана у Дигетсама.⁷²⁸

Очигледно је да је Вотсон пошао од претпоставке да Павле никако није могао да да бољу дефиницију од свог колеге правника Гаја, који је, уз то, вероватно, живео у истом – II веку после Христа.

Без обзира да ли се овде ради или не ради о дефиницији коју је створио правник Павле, нема разлога да се она посматра довољно супротстављеном Сабиновој, или Гајевој. Све то је, мање-више, врло слично. Чини се да због тога не може бити оправдана својеврсна хајка романиста, која је уперена на ту дефиницију.

III Вотсон посебно анализира њене следеће елементе: *contrectatio rei; fraudulosa, lucri faciendi gratia* и *vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*.⁷²⁹

727 Alan Watson, "The Definition of Furtum and The Trichotomy", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 28/1960, 197. Он наводи да Јоловиц и Шулиц наведену Павлову дефиницију сматрају интерполисаном, Вид, *Ibid.*, 197, фн. 2.

728 *Ibid.*, 1. Вотсон овде указује на дефиницију из Павлових Сентенција: *P. S. 2. 31. 1: Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*. Он напомиње да је ова дефиниција поновљена у *Coll. 7. 5. 2*, с тим што је изостављен израз *dolo malo*, *Ibid.*, 1, фн. 3.

729 *Ibid.*, 198–200.

Он каже да је у принципу *contrectatio* било неопходно и довољно за настанак деликта фуртум, мада има неколико изузетака.⁷³⁰

Међутим, претходно је речено да није било баш тако, већ да је фуртум много коплексније природе. Код њега су, као што је већ истакнуто, сви основни елементи (којих је било нешто више) углавном кумулативно захтевани (иако су неки били важнији од других).

Ова реч увек долази уз објективни генитив – *rei*, каже Вотсон. При том подвлачи да је у питању покретна ствар, али да и деца и жене које се налазе под манусом и томе слично, могу бити предмет крађе.⁷³¹ Вотсон резимира оно што по овом питању кажу извори, римски правници и оно што каже романистичка теорија. Тако Сабин, како Гелије преноси, указује да је, у његово време, само руковање неком ствари, а не и њено одношење било довољно да настане крађа.⁷³² Романистичка теорија, с друге стране, наводи да *contrectatio* поседује врло широко значење и да указује на „мешање, намештање“ (*meddling*) без обзира да ли је заправо било неког додиривања, или руковања. За овакве тврдње теоретичара Вотсон не налази никакву потврду у изворима (било правним, било неправним). Насупрот томе, сматра да је *contrectatio* био појам много ужег значења, који указује на руковање или додиривање које је недозвољено у најширем смислу те речи.⁷³³

IV Ибетсон, такође, наводи како се из Гелијевих *Аттичких ноћи* може видети да је, према Сабину, за настанак фуртума било довољно да је неко непрописно додиривао (*an improper interference*) туђу ствар – *adrectatio*.⁷³⁴ Касније су правници, каже Ибетсон, уобичајено упућивали на *contrectatio* што, по њему, у основи значи исту ствар.⁷³⁵ Ибетсон сматра да је ова промена, вероватно, наступила средином I века пре Христа. По Ибетсону, ово се вероватно десило због тога што су правници

730 *Ibid.*, 198.

731 *Ibid.*

732 Сабина следи и Момзен, Theodor Mommsen, 734–735. Он том приликом упућује на термин *attractare*, који је, по казивању Гелија, употребио Сабин. Реч је о Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI 18. 20. Чини се да то чини и Ивлен, Paul Huvelin (1915), 432.

733 A. Watson (1960), 198.

734 Упор. са Момзеновим ставом у фн. 731.

735 *The Roman Law tradition*, edited by A. D. E. Lewis, D. J. Ibbetson, Cambridge 1994, 56.

желели да и покушај фуртума учине кажњивим. Поред тога, тим појмом је могуће учинити да за почињени фуртум одговара и особа која се већ по неком правном основу налази у посесији ствари, напомиње овај аутор. Каже и да најопштији разлог ове промене долази због тешкоћа које настају код идеје манифестног фуртума. Ради се о нејасноћи да ли је особа која је ухваћена у акту одношења туђих ствари и која је том приликом спречена у томе, могла уопште бити третирана као лопов.⁷³⁶ По овом аутору, слично томе, одредба Закона XII таблица, која оправдава убијање ноћног лопова, изгледала је прилично шупље уколико може да се тврди да убијена особа није могла бити лопов, јер није ни успела да однесе добра.⁷³⁷

Међутим, Ибестон не може да побије чињеницу да је одредба Закона XII таблица предвиђала убијање ноћног лопова (по свој прилици на лицу места), а да при том није нашла за потребно да разликује случај неуспеха лопова да однесе ствар – тј. неуспели покушај фуртума. Ово је због тога што је код манифестног фуртума у овом законском тексту било пресудно место његовог извршења (оно је „појело“ и радњу и последицу). О томе је већ било речи приликом разматрања фуртума како пре, тако и у Закону XII таблица. Због тога се може закључити да је већ тада подразумевано да свако неовлашћено долажење у додир са туђом ствари, у туђем дому (а да је починилац ухваћен *in flagranti*, или је украдена ствар пак пронађена у његовом домаћинству) представља манифестни фуртум. С друге стране, употребом закључивања на основу супротности може да се каже да је већ тада свако неовлашћено долажење у додир са туђом ствари које није извршено у туђем дому, или које није учињено приликом изласка из њега (или, бар за све то нема доказа), представљало неманифестни фуртум. Примену таквог закључивања оправдава одредба Закона XII таблица о неманифестном фуртуму. Дакле, разликовање је начињено с обзиром на један објективни елемент – место почињења фуртума.⁷³⁸ У преткласичном

736 *Ibid.*, 56–57.

737 *Ibid.*, 57.

738 Да је то тако, најбоље потврђује правило о ритуалној претрази која је пре Закона XII таблица била једина претрага. Када је, вероватно, тек овим законом, уведена она друга (*обучена*) претрага, и са њом *furtum conceptum*, то значи да је место почињења фуртума почело да губи дотадашњи претежно сакрални карактер. Сада настаје неманифестни фуртум (*furtum conceptum* је само један

праву, међутим, на рачун места његовог почињења, на значају добија правни основ као мешовити објективно – субјективни елемент. На то јасно упућују и правила о одржају и забрани да лопов одржајем дође до својине на ствари. О свему томе је већ било речи.

Корисно је опет напоменти да је вероватно да је правило Закона XII таблица о забрани одржаја украдених ствари – пратило природу разликовања манифестног и неманифестног фуртума (с обзиром на место извршења фуртума). Па је, сходно томе, оно фактички имало у виду и примењивало се на ствари које су биле предмет неманифестног фуртума (које нису украдене у туђем домаћинству). У случају манифестног фуртума, јавност је била довољан и снажан гарант да неће моћи да дође до одржаја украдених ствари.

За разлику од тога, Атинијев закон фактички има у виду све ствари које су биле предмет било једног, било другог фуртума. Пошто туђе домаћинство више нема сакрални карактер, то је сада разлика између манифестног и неманифестног фуртума повучена с обзиром на степен доказаности постојања, или непостојања адекватног правног основа за коришћење ствари. Тако и Атинијев закон забрањује одржај украдених ствари, сем уколико се оне не врате под контролу свог власника (на тај начин се и фактички штити воља власника).

V Contrectatio свакако поседује широко значење. Може се рећи да овај термин указује на руковање, додиривање, долажење у додир. Оно у изворима увек иде уз друге речи које указују на његову недозвољеност, злонамерност, итд. Оно увек иде уз неки вид субјективног елемента деликта. Без тог елемента не може ни бити фуртума.

од његових облика) као категорија која указује да се одређена ствар неовлашћено налази под туђом контролом. Управо због недостатка таквог овлашћења, исти овај закон забрањује одржај такве ствари. Сада, између манифестног и неманифестног фуртума, почиње да се успоставља разлика с обзиром на степен очигледности непостојања мешовитог, објективно – субјективног, елемента – с обзиром на степен очигледности непостојања адекватног правног основа (о том мешовитом услову заправо говори први елемент коначне преткласичне дефиниције фуртума). Пошто је домаћинство изгубило претежно сакрални карактер, временски јаз између почињеног и доказаног деликта више никада није било могуће савладати. Зато ни очигледност деликта више никада није могла бити апсолутне природе. Захваљујући већој улози правног основа, створени су услови да фуртум почне да бива схваћан као деликт који је уперен против непосредног и овлашћеног контролора ствари и његовог интереса за њеном контролом. Наравно, инерција старих решења је била прилично жи-лава, тако да је правни основ вероватно постепено и нешто касније добио свој прави значај.

Као што ни државине не може бити без субјективног елемента. С друге стране, уколико би се прихватило схватање које заступа Вотсон, лако би се скренуло у крајност у коју је отишао Дерек Ван дер Мерве. Лако би се десио да појам *contrectatio* буде прогутан од субјективног елемента крађе.

Што се речи *fraudulosa* тиче, Вотсон се слаже са Шулцом да је она интерполисана и да не може бити приписана Павлу пошто су правници избегавали неуобичајене речи. С друге стране, сматра Вотсон, ова реч је непотребна пошто *contrectatio* свакако означава недопуштено руковање.⁷³⁹

„Превара, преварно“ (*fraudulosa*) није исто што и додиривање, или пак, недопуштено додиривање. Превара је квалификовани облик зле намере. Недопуштено руковање пак може да означава и понашање које не мора бити праћено злом намером, а ни преваром.⁷⁴⁰ Превара подразумева да се нешто ради у своју, или у туђу корист, а на штету жртве. Зато је термин *fraudulosa* био погодан за означавање крађе. Нарочито ако се има у виду закључак који је изведен о значају забране, о којој говори Атинијев закон. Наиме, реч је о томе да је требало заштити власникову слободну вољу од свих врста активности које могу да учине да он остане без своје ствари без своје праве сагласности. Један од тих облика свакако може бити и преварно поступање. Реч *fraudulosa* можда није уобичајено коришћена од стране правника, али то не значи да Павле због тога није могао да је употреби, као и да је није ни употребио.

Поред тога, већ је наведено да под *contrectatio* треба да се подразумева, искључиво, руковање, додиривање, без узимања у обзир стања свести, кривице, намера, циљева, или допуштености. Тек заједно, са субјективним елементом, *contrectatio* може да означава неовлашћено долажење у додир са неком ствари. Може бити да је реч *fraudulosa* интерполисана, али је то небитно. Сигурно је да, ако не тај, онда је свакако морало бити да је навођен неки други појам који указује на злу намеру, или намеру да се почини фуртум. Зар на то није лепо указао већ цитирани Павлов параграф, у коме се наводи став како старих правника тако и Сабина и Касија:

739 A. Watson (1960), 198.

740 Оно је, у том смислу, „објективније“ природе.

D. 41. 2. 3. 18 (*Paulus libro 54 ad edictum*): ... *plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*

Из тог параграфа је сасвим јасно да нема фуртума *sine contractione*, као ни без *animo furti*.

9.3. Субјективни елемент фуртума

Разјашњено је да је, у класичном праву, појам *contrectatio* указивао на тзв. објективни елемент деликта. Сада треба обратити пажњу на његову субјективну страну. То питање пак подразумева и разматрање проблема циља, сврхе крађе. То је, што се преткласичног права тиче, изражено у другом елементу коначне преткласичне дефиниције. Том елементу највише одговара фраза *lucri faciendi gratia* из наведене Павлове дефиниције.

9.3.1. Елементи *lucri faciendi gratia*

I Када је у питању та фраза, Вотсон резимира аргументе који говоре било у прилог њеног класичног порекла, било у прилог става да је она интерполирана.

Тако он наводи снажне доказе да је она класичног порекла. У оправдању тога става, он се позива на значајне изворе,⁷⁴¹ али и на разлоге друге природе. Наиме, без овог услова – у многим случајевима би било немогуће разликовати фуртум од деликта *damnum iniuria datum*. Услов да на страни починиоца мора бити *dolus malus* – не би могао да разликује фуртум од поменутог имовинског деликта.⁷⁴² С друге стране, *animus furandi* подразумева намеру постизања користи. Вотсон истиче да од овога има само пар мање битних изузетака. Он налази да ову намеру за постизањем користи – треба схватити врло широко. Наиме, она подразумева

741 A. Watson (1960), 198–199.

742 *Ibid.*, 199.

намеру лопова да неко други (ма то не био и сам лопов), само не жртва, добије ствар, њену употребу или државину.⁷⁴³

Такође, Вотсон наводи, по самим његовим речима, јаке разлоге који указују на то да је наведена фраза интерполирана.⁷⁴⁴

Прво што може да се каже јесте да је фраза *lucri faciendi gratia*, исто као и *fraudulosa*, потребна као део дефиниције фуртума. То је зато што је тачно да се фуртум не би могао, да нема ове фразе, разликовати од деликта оштећења туђе имовине. Без обзира да ли је она интерполирана, или не, савршено се уклапа у схватање фуртума као деликта, које је присутно барем од времена доношења Аквилијевог закона. Чини се да се може рећи да је до тога доба појам *fraudulosa* био сасвим довољан.

Што се тиче фразе *vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*, Вотсон истиче да је она несумњиво интерполирана. Ове речи су или посткласичне, или из Јустинијановог периода.⁷⁴⁵

Након ове исцрпне анализе, Вотсон даје свој превод наведене дефиниције из Дигеста: „Крађа је нечасно руковање неком стварју са намером профитирања било из саме ствари или из њене употребе или држања. Природно право нам налаже да се уздржимо од таквог понашања“.⁷⁴⁶

Вотсон налази да су многе крупне потешкоће које прате интерпретацију ове дефиниције засноване на једној погрешној измени у тексту наведене дефиниције из Дигеста. Наиме, он истиче како је Букланд у *Textbook of Roman Law*, у другом издању, начинио ту грешку. „Он, упућујући на Институције, каже да је *furtum* био ‘Дефинисан од Јустинијана као *contrectatio fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*’, тј. он прво изоставља *rei* које се појављује између *contrectatio* и *fraudulosa*. Ово га погрешно наводи да прихвати трихотомију са разликовањем *furtum rei*, *furtum usus* и *furtum possessionis*. Шулц, такође, изоставља *rei*“.⁷⁴⁷ Вотсон наводи и да Шулц сматра да је већи део ове дефиниције некласичан и да трихотомија

743 *Ibid.* Овде може бити речи о саучесништву. То питање, ипак, заслужује посебно поглавље.

744 *Ibid.*

745 *Ibid.* 200.

746 *Ibid.*, 202.

747 *Ibid.*

постоји само у овом тексту, па да је зато треба и игнорисати.⁷⁴⁸ Вотсон је ову грешку нашао и код неких писаца XVII века. Због ове грешке, и они познају разлику између *furtum rei*, *furtum usus* и *furtum possessionis*. Вотсон наводи да се тада ова грешка провукла негде због непажње, али и због грешке у самим издањима Јустинијанових *Институција*.⁷⁴⁹ Он налази проблем у томе што су скоро сва издања *Институција* од средине XVI века испустила реч *rei* и унела фразу *lucri facienda gratia*. Каже да је то било насупрот пракси која је постојала до краја прве четвртине шеснаестог века када је постојао текст *Институција* који познају и данашња издања.⁷⁵⁰ Вотсон изводи закључак да је готово сигурно да је за трихотомију најодговорније Хотоманово прво издање коментара на *Институције* из 1560. године, које је доживело бројна издања. Он је задржао *rei*, али је додао *lucri faciendi gratia*, напомиње Вотсон.⁷⁵¹ За разлику од његових, Халоандерова издања изостављају реч *rei*, али додају *lucri faciendi gratia*. Вотсон каже да трихотомија није настала због изостављања речи *rei*, већ је пре плод Хотоманове маште.⁷⁵² Такође, Вотсон оптужује популарност Халоандеровог (*Gregorm Haloander*) првог издања и *Дијесџа* и *Институција* која су се појавила 1529., а оба садрже исту дефиницију.⁷⁵³ Ова Халоендерова претпоставка,⁷⁵⁴ посебно изостављање речи *rei*, наставља Вотсон, имала је важан ефекат на касније разумевање фуртума. „*Contrectatio* захтева да након њега следи именица, или именице у генитиву, и тако *vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* треба да буду разматране као директно зависне од *contrectatio*“.⁷⁵⁵ Халоандерова дефиниција је послужила другим ауторима приликом формирања трихотомије, каже Вотсон. Каже и да је на тај начин формирана врло блиска веза између Халоандерове претпоставке

748 *Ibid.*, 203.

749 Вид. *Ibid.*

750 *Ibid.*, 203–204.

751 *Ibid.*, 208.

752 *Ibid.* Иначе, Вотсон истиче да се чини да Халоандер није прихватио трихотомију, *Ibid.*, 206. и 204.

753 *Ibid.*, 204. Ради се о следећој дефиницији коју Вотсон на истом месту наводи: *Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*... Вотсон истиче да обе испуштају реч *rei*, а у *Институцијама* Халоандер додаје фразу *lucri faciendi gratia*, *Ibid.* На истом месту Вотсон каже да је ове измене Халоандер оставио и у следећим издањима.

754 Очигледно је да под том претпоставком Вотсон подразумева Халоандерово изостављање речи *rei* и додавање фразе *lucri faciendi gratia*.

755 *Ibid.*, 209.

и трихотомије.⁷⁵⁶ Наиме, Вотсон сматра да се модерни романисти још увек нису извукли из мреже коју им је начинило изостављање речи *rei* баш зато што нису увидели да је трихотомија, коју одбацују, блиско повезана за Халоандеровом претпоставком.⁷⁵⁷

II Када је већ реч о трихотомији, треба напоменути да су управо на основу наведене чувене Павлове дефиниције теоретичари формирали три категорије фуртума: *furtum rei*, *furtum usus* и *furtum possessionis*, наводи Јоловиц. Први означава крађу ствари, други крађу коју предузима онај који се већ налази у законитој контроли ствари, како то наводи Јоловиц, али је неовлашћено користи. Трећу врсту фуртума је, пак, могао починити само власник. Он напимње како је ова дефиниција идентична са дефиницијом у *Институцијама* I. 4. 1. 1, сем изостављања фразе *lucri faciendi gratia*.⁷⁵⁸

Мек Кормак истиче да је опште прихваћено да фраза *lucri faciendi gratia* изражава потребу постојања *animus lucri faciendi* на страни особе која је одговорна за фуртум.⁷⁵⁹ Он каже како се чини да бројни случајеви, неки о којима сведоче правници из касног класичног периода, говоре о томе да се таква врста анимуса није захтевала. Резимира две врсте објашњења овог проблема, које се могу срести међу истраживачима. Једни сматрају да *animus lucri faciendi* није био неопходан елемент деликта фуртум у класичном праву. Други пак сматрају супротно. Наиме, по њима је ово неопходан елемент за конституисање овог деликта како у класичном, тако и у посткалсичном праву. Они, наводи Мек Кормак, интерпретирају ову фразу довољно широко како би покрила неке изузетке. За разлику од њих, представници првог погледа се не осврћу на ове бројне изузетке.⁷⁶⁰

Мек Кормак не жели да се приклони ни једном ни другом погледу. Он истиче да нема ничег чудног у томе што ниједна дефиниција, иако је то намера њених твораца, не може бити свеобхватна. Каже да је могуће да су правници, који су начинили

756 *Ibid.*

757 *Ibid.*, 210.

758 H. F. Jolowicz, *Digest XLVII. 2: De Furtis*, Cambridge 1940, 1 фн. 3.

759 G. D. MacCormack, „Definitions: *Furtum* and *Contrectatio*“, *Acta Juridica* 1977, 130.

760 *Ibid.*

дефиниције, ове користили само као користан водич или прикладан збир основних карактеристика фуртума. Могуће је да нису на њих гледали као на неопходне и довољне услове за успостављање деликта фуртум. Други правници су могли, сматра Мек Кормак, у овим елементима видети управо ово друго, неопходне и довољне услове. За такав приступ, Мек Кормак налази доказ у Гајевом тексту у D. 47. 2. 55. 1.⁷⁶¹

Треба видети шта заправо каже тај параграф:

Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. Ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. Nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.

Овде је реч о томе да неко поступа супротно облигационом, уговорном односу (ради се о комодатуму),⁷⁶² који поводом једне ствари постоји између њега и власника. Том приликом он користи непосредну контролу над том ствари (која је успостављена том облигацијом), како би противно вољи власника стекао имовинску корист за себе (*in suum lucrum convertat*). Гај каже да не сме да завара ако је том приликом то лице са трећим лицем закључило доборчини уговор. То зато што се и тако, на неки начин, задужује то треће лице у корист преступника (*ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere*). Наиме, може се видети да је одговарао за фуртум и онај *qui ideo rem amovet*, како би је дао неком трећем лицу. Он том приликом није стицао непосредну, већ посредну корист. Свака корист је пак, у крајњој линији, имовинска корист. Починилац овде, дакле, користи непосредну контролу коју има над *res* – како би стекао посредну имовинску корист.

Дакле, да би неко био смајран лојовом – није пошребно да је остварио само непосредну, већ је могао остварити и посредну имовинску корист.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² Горе је, преко тумачења онога што је Гај изнео, изведен закључак да је послугопримац добијао право на *actio furti*, јер је имао овлашћену непосредну контролу у циљу коришћења ствари која је предмет послуге. За разлику од депозитара, који није имао ту врсту контроле (али јесте непосредни контакт са депонованом ствари, па је могао починити фуртум), па ни право на *actio furti*.

Не сме да се упадне у замку и да се из овог Гајевог извештаја закључи како је, поред намере починиоца за постизањем сопствене имовинске користи, у неким другим случајевима, могла да буде и нека друга врста намере. Не може се доћи до закључка да је то била некаква намера за постизањем некакве сопствене моралне користи (јер *ex alieno largiri et beneficium debitorum sibi adquirere*). Контекст у коме је дата ова фраза говори да се има у виду посредна имовинска корист. Значи, не ради се ни о простој намери да се жртви причини штета, јер би онда наступио други деликт против имовине – *damnum iniuria datum*.

У том смислу, за потребе дефинисања елемената фуртума у класичном праву треба допунити други услов преткласичне дефиниције.⁷⁶³ Тако би он имао следећи облик:

2) Сврха крађе се налази у противправном прибављању *нејосредне*, или пак, *јосредне* имовинске користи. Зато је реч о крађи, чак и онда када починилац није знао коме ствар припада. Наравно, треба да буде довољно вероватно да ствар има власника.⁷⁶⁴

Друга страна тог принципа је да, како каже Улпијан, свако ко има интереса да му ствар не буде потајно однета – има право на *actio furti*.⁷⁶⁵

Зато Вотсоново откриће о томе да је фраза *lucri faciendi gratia* плод Хотоманове маште, не може имати већег утицаја на схватање природе фуртума. Ако је поуздани Гај тумачио фуртум онако како је наведено, онда се може претпоставити да је тако чињено бар од времена доношења Аквилијевог закона. Поред тога, у наведеном Гајевом извештају се сам израз *lucri* појављује чак три пута: *in suum lucrum convertat, quasi nihil lucri sui gratia faciat, species enim lucri est ex alieno largiri*. Тако се ни у том погледу никако не може тврдити да је Павлова дефиниција интерполирана.⁷⁶⁶

763 Први засада остаје исти.

764 Интересантно је овом приликом упутити на Гајев пример са животињама за које је очигледно да су домаће, што значи да увек имају неког власника. Тако, Гај каже, да, уколико нечије заплашене гуске или кокошке одлете толико далеко да власник не може знати где се налазе, онда ће онај који их присвоји одговарати за фуртум., D. 41. 1. 5. 6: *Gallarum et anserum non est fera natura, palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. Itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbatae adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit* (подвукао О. В.).

765 D. 47. 2. 10: *Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet*.

766 Поред тог примера, у фн. 764 је наведен други Гајев извештај, у коме се појављује фраза *lucranda animo adprehenderit*.

Мек Кормак пак каже како до нас није дошла дефиниција фуртума из периода правника Гаја која би захтевала *animus lucri faciendi*. Насупрот томе, у овом, горе анализираном одломку у Дигестама (D. 47. 2. 55. 1), *animus* је, каже Мек Кормак, сматран неопходним елементом деликта фуртум. По његовом тумачењу Гајевих речи, ради се о томе да су правници у то време били укључени у полемику о потреби за *animus lucri faciendi*. Гај том приликом разматра случај у коме је, сматра Мек Кормак, тешко претпоставити да је било такве намере на страни лопова. Он сматра да Гај, приликом решавања овог правног проблема, заправо прибегава уобичајеном маниру тога доба. Ради се о избегавању правога и конкретног повода расправе. Тако, Мек Кормак наводи, Гај избегава решење засновано на неопходности постојања намере (*animus*) за економским добитком, једноставним истицањем ширег појма *lucrum* за случај где те намере нема.⁷⁶⁷

Не би се рекло да Гај нешто избегава. Он све време претпоставља намеру, јер истиче добитак (*lucrum*). Како може бити добитка без намере? Гај овде, у ствари, гледа на добитак у ширем смислу. Не гледа само на манифестни добитак, већ и на онај прикривени, посредни добитак: *species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere*. С друге стране, постоји један пример у коме Гај употребљава фразу *lucranda animo adprehenderit*, како би означио лице које се сматра лоповом.⁷⁶⁸ Штавише, из тог примера је потпуно јасно да лопова има иако жртва тренутно није позната. Довољно је да је неко имао намеру да присвоји ствари (и да је то и учинио) за које се основано може претпоставити да нису напуштене.

Због свега тога, за класично право, треба задржати и четврти елемент дефиниције преткласичног фуртума:

4) Фуртуозна намера се обориво претпостављала.

III Мек Кормак и даље инсистира да се не може занемарити чињеница да је један део правника решио дебату о потреби постојања или непостојања намере за

⁷⁶⁷ G. D. MacCormack (1977), 130–131.

⁷⁶⁸ Вид. фн. 764. У параграфу је фраза подвучена.

материјалном користи у случају фуртума. Они су то постигли намером много шире природе. Мек Кормак је у свом истраживању пошао управо од овог, како га назива, компромисног становишта.⁷⁶⁹

Начин на који је дефиниција фуртума развијана, каже он, може бити потпуније илустрован разматрањем историје *contrectatio*. Од краја класичног периода *contrectatio* је постао централни елемент у дефиницији било деликта фуртум, било лопова (*fur*).⁷⁷⁰ Поред тога, Мек Кормак сматра и да су ове дефиниције нашле одјеке у параграфима ранијих правника. Ту су посебне одлуке нашле оправдање у општем удруживању *contrectare* и једног од других елемената који се могу наћи у каснијим дефиницијама. Та општа становишта, каже Мек Кормак, нису презентована као дефиниције. Али, она су могла имати исти садржај, као и становишта од правника прихваћених као дефиниције. Мек Кормак налази три варијетета тих становишта: онај који узима израз *contrectare invito domino*; онај који удружује *contrectare* са неким упућивањима на *lucrum* и онај који удружује *contrectare* са *animus furandi* или фразом истог смисла.⁷⁷¹

Он наводи како Гај (G. 3. 196 и G. 3. 197) каже да је за настанак фуртума потребно, не да је померена нечија ствар, већ је фуртум почињен *contrectare invito domino*.⁷⁷²

Треба видети шта Гај заиста каже.

*Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*⁷⁷³

Дакле, уколико би се судило по овом параграфу, онда је за настанак крађе било довољно да се испуни врло уопштен услов – да туђа ствар буде додиривана (*contrectat*) против (упркос) воље власника (*invito domino*). Реч је, дакле, о услову који је захтеван и у преткласичном праву. Гај у наредним параграфима, наводи примере тог додиривања туђе ствари. Следећи параграф се чини занимљивим, јер говори о још једном неопходном услову:

769 G. D. MacCormack (1977), 131.

770 *Ibid.*

771 *Ibid.*

772 *Ibid.*, 132.

773 G. 3. 195

*... si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*⁷⁷⁴

Овде је све јасно: пошто без зле намере (*dolo malo*) нема крађе, онда, уколико неко приликом коришћења туђе ствари верује да би власник то дозволио, не може бити фуртума. Ако је пак свестан да то чини без воље власника и ако овај, да је којим случајем био упознат са таквим поступцима, такво нешто не би дозволио, онда је одговоран за фуртум.

Ево прилике да се одреди класично схватање фуртуозне намере и да се уведе нови елемент у класично разумевање фуртума:

Уколико неко приликом коришћена туђе ствари верује да би такво нешто власник дозволио, онда нема *фуртуозне намере*, па нема ни крађе. Уколико је потпуно свестан да ствар користи без воље власника, и ако је свестан и да овај не би дозволио такво њено коришћење (да је био упознат са њиме), онда је настао фуртум.

Како се утврђује да је починилац био свестан да власник његове поступке не би дозволио? Вероватно на основу неког стандарда понашања власника у одговарајућим ситуацијама.

Значи, поред неовлашћеног додиривања туђе ствари – потребно је да починилац наступа са злом намером (*dolo malo*).

Зато и трећи услов преткласичне дефиниције захтева допуну:

3) Није потребно да постоји непосредно физичко руковање са неком ствари у тренутку њене крађе, већ је довољна сама намера да се крађа почини. С тим што је реч о квалификованом облику намере – о злој намери (*dolo malo*).

IV Ако неко верује да рукује туђом ствари противно вољи власника (ако је злонамеран), а овај ипак буде сагласан са тим руковањем, онда нема крађе. О томе говори прва реченица следећег Гајевог параграфа:

*Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri.*⁷⁷⁵

774 G. 3. 197

775 G. 3. 198

Овде, своје пуно оправдање налази понуђено тумачење Атинијевог закона. Наиме, како би власникова воља заиста могла да се протумачи као слободно изражена сагласна воља, било је потребно да му се претходно ствар врати у непосредну контролу и да он о томе буде обавештен.

Гај овде не помиње овај законски акт, али зар није потпуно јасно да је садржај овог параграфа корелативан садржини тог акта. Наиме, у наставку истог параграфа, Гај разматра проблем да ли се власнику може дати право на тужбу за крађу ако је нека особа убедила власниковог роба да овај узме неку ствар од власника и да јој је преда. Роб је том приликом обавестио господара, али је господар, у жељи да ухвати починиоца приликом почињења деликта (*in ipso delicto deprehendere*), ипак дозволио да се његова ствар преда том трећем лицу. Гај каже да ствар није узета без сагласности власника, па нема ни фуртума (*furti ideo quod non invito me res contrectaverit*).

Дакле, уколико је власник претходно обавештен о кретању своје ствари и уколико се са тим сагласио без икаквог притиска, или преваре, онда не може бити фуртума. С друге стране, Атинијев закон каже да је, да би украдена ствар уопште могла да буде предмет одржаја, било потребно да се претходно врати под непосредну контролу власника, и да је он обавештен о томе. Све је корелативно (као одраз у огледалу) случају који Гај анализира.

Још нешто је значајно у Гајевом примеру: за фуртум не може добити право на тужбу онај ко је допустио да му ствар буде однета како би на преваран начин ухватио починиоца. Ту је Гај изричит и не наводи да је постојало неко другачије мишљење. Дакле, ето опет корелације, али овај пут са смислом Атинијевог закона: он је донет како би воља власника била неспутана преваром, принудом, а, с друге стране, како Гај каже ни власник који је преварно поступио – не може добити право на тужбу за крађу своје ствари. Атинијев закон је за сврху имао да спречи да власник постане жртва, па и жртва преваре, а Гај каже да је власник био спречен и да почини превару.

Након овога, први услов захетва прецизирање:

1) Фуртум може бити почињен и потајно, али, у сваком случају, противно вољи власника. Чак и да неко свесно рукује неком ствари противно вољи њеног власника, а овај, ипак, буде са тиме сагласан, онда нема фуртума.

V Значи, поред услова да туђа ствар буде *contrectat*, потребно је и да се то *invito domino facere*, као и да на страни починиоца постоји *dolus malus*. При том, сва ова три основна услова треба да буду испуњена кумулативно заједно са осталим условима. Треба напоменути да Гај, у горе наведеним параграфима, код помињања *contrectatio* не каже да он мора бити праћен намером починиоца да постигне имовинску корист. Он само каже да крађа постоји када неко, уопште, долази у додир са неком ствари (*sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*)⁷⁷⁶ противно власничкој вољи. Ово наводи на закључак да су предмет крађе могле бити и ствари незнатне имовинске вредности. Што да не. Први део реченице (горе наведене) говори о преотимању туђе ствари (*quis intercipiendi causa rem alienam amovet*). Приметно је да, том приликом, нема речи о било каквој имовинској користи. То само може да значи да је и у том случају (случају одношења ствари) могло бити речи и о стварима незнатне имовинске вредности.

Зато други елемент дефиниције треба поново допунити:

2) Сврха крађе се налази у противправном прибављању *нейосредне*, или пак, *йосредне* имовинске користи. Зато је реч о крађи, чак и онда када починилац није знао коме ствар припада. Наравно, треба да буде довољно вероватно да ствар има власника. Поред тога, крађа постоји и када је реч о стварима незнатне имовинске вредности. У таквом случају, у први план избија први елемент дефиниције.

На оваквом примеру се види како се наведени елементи међусобно допуњују и објашњавају. Управо из тог разлога они углавном морају да буду посматрани кумулативно.

Мек Кормак налази да је фраза *contrectare invito domino* била чешће у употреби него остала два варијетета.⁷⁷⁷ Зато је сматра уобичајеним средством за описивање крађе. Разлог за њену популарност налази у раној историји израза *contrectare*. Мек Кормак доказује да је реч *contrectare* коришћена да изрази физички елемент крађе у различитим случајевима, где би употреба глагола – који говори о „уклањању“ – била неодговарајућа.⁷⁷⁸

776 G. 3. 195.

777 G. D. MacCormack (1977), 132. мисли на удруживање *contrectare* са неким упућивањима на *lucrum* и на удруживање *contrectare* са *animus furandi* или са фразом истог смисла.

778 *Ibid.*

Да је Мек Кормак у праву, најбоље сведочи Гајев параграф који је и горе наведен:
*Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*⁷⁷⁹

Треба поновити да овде нема ни речи о некаквој имовинској користи. Вероватно се ради о тенденцији која је присутна још од преткласичног права – тенденцији да је на значају добила категорија правног основа као елемента мешовите, субјективно – објективне природе.

Фуртум је присутан увек када неко без адекватног правног основа, или пак, супротно њему, долази у додир са туђом ствари. Потребно је само да ствар није оштећена, јер се сврха фуртума увек огледа у намери за противправним стицањем имовинске користи. При том није битно колики је износ те користи, ни да ли је извршилац стицао непосредну, или посредну имовинску корист из украдене ствари. Зато се дешавало да елемент који говори о намери за стицањем такве користи – није био пресудан.

9.4. Однос између објективног и субјективног елемента фуртума

У досадашњем истраживању је речено како непостојање правног основа, или поступање супротно њему, представља мешовити, објективно – субјективни елемент крађе.

Поред тога, до сада је, посебно, било речи о искључиво субјективном (фуртуозној намери), с једне, и искључиво објективном услову (*contrectatio*), са друге стране.

Сада наступа потреба да се ови услови посматрају у интеракцији – како међу собом, тако и према елементу мешовите природе.

И Један од најважнијих случајева, где би била неодговарајућа употреба глагола који говори о уклањању, је, каже Мек Кормак, неовлашћена употреба ствари од стране комодатара и употреба добра од стране депозитара. Ово је и случај у којем је

779 G. 3. 195

кључни услов крађе, каже Мек Кормак, могао бити изражен фразом *invito domino*. Он каже да је, пошто депозитар и комодатар позајмљују ствар уз пристанак власника (*dominus*), сасвим природно да се сматра да крађа настаје руковањем ствари супротно вољи власника. Једном – када је фраза установљена као уобичајено средства за опис одређене врсте крађе – на располагању је и за друге случајеве.⁷⁸⁰

II Може бити да је ова фраза настала поводом крађе коју су починила лица код којих се већ, у складу са неким правним основом, налази одређена ствар. Међутим, не може бити никакве сумње да је сагласност власника као услов одувек била потребна да се неко поступање са ствари не би сматрало крађом. Уколико није био изричито изражен, подразумеван је. То је само друга страна услова да је на страни починиоца требало да буде зле намере. Ти елементи су, као што је већ напоменуто, корелативни.

III Зашто су Римљани, након преткласичног периода, напрасно добили потребу да све чешће наводе чак и оне услове који су се, природно, подразумевали? Зашто потреба за детаљнијим дефинисањем?

Оно што је очигледно код прве последице таквог поступања јесте да су због тога римске судије имале мање слободе у процењивању и одлучивању. Треба се подсетити да је Закон XII таблица донет као израз потребе да се успостави нека основна граница друштвеног поверења, како се заједница не би распала. Исти порив је могао да доведе до оних детаљнијих дефиниција које срећемо код Гаја и других правника. У томе се некада претеривало, као у случају фразе *invito domino*.

Види се да се Мек Кормак не би сложио са тиме да се овде ради о претеривању. Рекло би се да је он мишљења да је ту на делу неопходност да се казни искључиво недозвољено дирање ствари (која је већ законито и уз сагласност власника под контролом прекршиоца). Значи, може да се тумачи да би, по њему, ту било речи о новим односима који захтевају нове термине. Мек Кормак, међутим, заборавља да ти нови термини никако не означавају нове појаве. Недозвољено долажење у физички контакт са туђом ствари увек се имало у виду када је фуртум у питању.

780 G. D. MacCormack (1977), 132.

О томе је већ било много речи. Поред свега наведеног, оправдано је да се претпостави како ове дефиниције, као што је Гајева, настају у склопу развоја и множења облика неманифестног фуртума. Упадљиво је да Гај уопште не разматра могућност да је ово неовлашћено долажење у додир са туђом ствари могло да буде манифестне природе. Због чега? Па, очигледно је да у случају манифестног фуртума није потребно детаљније дефинисање. Ту нису потребни овако широки термини који би покрили што више неовлашћених случајева, што више крађа. Правници су само давали смернице по којима се радило у сваком конкретном случају, како би се избегла неадекватна и шаролика пракса. Код манифестног фуртума такве праксе, по природи ствари, није могло бити. Поред тога, ту је можда прикладнији термин *amovere*.

IV Интересантно је то што су, како Мек Кормак примећује, Сабин, Касије и *veteres* користили *contrectare* да изразе крађу од стране депозитара. Мек Кормак затим подсећа како Гај каже да фуртум може бити почињен не само *amovere* већ и *contrectare* у случају коришћења ствари од стране депозитара, као и у случају комодатара који неовлашћено користи ствар која је предмет комодатума.⁷⁸¹ Овај романиста наводи и друге случајеве у којима се употребљава знак *contrectare*.⁷⁸² У свима њима, *contrectare* указује на чињеницу да особа која, иначе, у својој законитој посесији има ствар која је у туђој својини, рукује том стварју на такав начин који се може окарактерисати као крађа. Овде се користи овај израз јер би употреба израза *amovere*, *subripere* или *tollere*, сматра Мек Кормак, била неприкладна.⁷⁸³

Сада се оправдано поставља питање: какав је то начин који се може окарактерисати као крађа? Одговор нуди управо Гај: ... *cum quis rem alienam invito domino contrectat*.⁷⁸⁴ Управо након оваквог увода, Гај говори о депозиту и комодатуму. Зато је јасно да *contrectare* у овим случајевима никако не иде без *invito domino*. Пошто без овог другог израза нема противправног (неовлашћеног) дирања туђе ствари, па ни крађе, онда је он битнији од *contrectare*. Зато се може рећи да је воља власника и

781 *Ibid.*, 132–133.

782 *Ibid.*, 133.

783 *Ibid.*

784 G. 3. 195

изричито постала најбитнији елемент неманифестне крађе. Зато се неманифестни фуртум и даље дефинише негативно. Само сада не у односу на манифестни фуртум, него у односу на вољу власника, а то значи у односу на постојећи правни основ (који будућем преступнику даје право на неки облик контроле ствари). Код манифестног фуртума, пак, уопште нема тог претходног правног основа. Дакле, сада је то један од елемената за разликовање манифестног од неманифестног фуртума: *Манифестіан је онај фуртум код кога никада нема претходној правној основа између власника и будућеј фура. Код неманифестној фуртума ја пак може бити, и најчешће ја и има.*

У Уколико је реч о неманифестном фуртуму који настаје независно од било каквог претходног правног основа, онда постоје случајеви који се утврђују неритуализованом претрагом. Ту пак није потребно посебно разматрати питање воље власника, пошто је довољно (мада не и апсолутно) извесно да је ствар украдена. Ова претрага је настала упрошћавањем ритуализоване претраге, јер је и неманифестни фуртум, с почетка, био подређен логици манифестног фуртума. Уосталом зато је тумачењем Закона XII таблица и дефинисан негативно, с обзиром на манифестни фуртум.⁷⁸⁵ Та логика каже следеће: пошто је нешто неочигледно, онда га, колико је то могуће, треба учинити очигледним. Пре Закона XII таблица сматрало се да је такво нешто апсолутно могуће, па је управо у ту сврху настала ритуализована претрага. Овај закон уводи неритуализовану претрагу, што значи да је почело да се увиђа да је такво нешто ипак само донекле могуће. Можда би се могло рећи да неманифестни фуртум од стране овог законодавца није замишљен као антипод манифестном фуртуму, него као покушај достизања несумњиве доказаности овог фуртума. Вероватно законодавац није био свестан епохалног значаја ове промене – није био свестан да је, ипак, реч о антиподу.

Са појавом неритуализоване претраге (у Закону XII таблица) више нема увек накнадно утврђене очигледности. Код ње само постоји велика могућност да

785 То се види код Лабеопа (G. 3. 183: ... *Labeo duo manifestum et nec manifestum, nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum* ...). Још је видљивије код Гаја (G. 3. 185: *Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur, nem quod manifestum non est id nec manifestum est*).

је одређено лице фур. Ту воља власника не представља проблем, пошто је довољно извесно да је без свог пристанка остао без државине. Међутим, ту је, као и код манифестног фуртума (у истом закону), битно питање кривца – битно је да се утврди ко је заиста лопов. Пошто никада није апсолутно сигурно да је то онај код кога је ствар пронађена (као што је било сигурно код првобитног манифестног фуртума), онда је и казна нешто блажа. Али, опет већа него код осталих облика неманифестног фуртума. То је због тога што су неритуализована претрага и *furtum conceptum* задржали логику тражења кривца – логику којој је био подређен и манифестни фуртум. Такав неманифестни фуртум је фуртум који се такође може дефинисати негативно: али не као остали случајеви неманифестне крађе,⁷⁸⁶ већ као фуртум код кога није потпуно несумњиво утврђен кривац.

С друге стране, манифестни фуртум Закона XII таблица одређује се као фуртум код кога је несумњиво утврђен кривац. У преткласичном и класичном периоду ту је реч о фуртуму који може да се одреди као долажење у додир са неком ствари које је апсолутно супротно вољи њеног власника, или неког лица које је, на неки начин, овлашћено на контролу над том ствари.

Са осталим случајевима неманифестног фуртума настаје потпуна квалитативна промена.⁷⁸⁷ Највећа пажња се поклања жртви и њеној вољи. Развој категорије неманифестног фуртума се захуктава управо око те категорије. Зато тек тада (са схватањем значаја корелативности: фуртуозна намера – несагласност власника, или жртве уопште) субјективни елемент фуртума добија на правом значају. Са њиме и мешовити, објективно-субјективни елемент – непостојање адекватног правног основа за настали облик контроле ствари – за настали фуртум.

VI Следећи Мек Кормака, могао би се извући закључак да је *contrectare* требало да изрази исту идеју као и глагол *atovere* – идеју одузимања, одвлачења, одношења нечије ствари. Где то није било могуће термином *atovere*, коришћен је термин

786 Они се одређују као фуртум код кога није апсолутно извесно да је почињен супротно вољи власника ствари, или пак, супротно неком правном основу који већ постоји између власника ствари и будућег фура.

787 Мисли се на случајеве Закона XII таблица који се не могу подвести под *furtum conceptum*. Вид. претходну фн.

contrectare. Међутим, ако је њима требало изразити исту идеју, чему онда два термина? Пре ће бити да ово нису синоними. Пре ће бити да *contrectatio* означава свако дирање туђе ствари које није *amovere*. Бар се тако може закључити из поменутог Гајевог пауса (G. 3. 195). Оно се касније проширило и на све друге случајеве неовлашћеног долажења у додир са туђом ствари.

При том, још једном треба подвући да ови знаци, сами по себи, не подразумевају ни противправност уопште, ни да су противни вољи власника. За такво нешто потребно је додати посебне термине, као што је на пример *invito domino*.

Ови други изрази (који говоре о уклањању туђе ствари) прикладни су, каже Мек Кормак, тамо где је крађа почињена актом одузимања туђе државине, али не и где је лопов већ у законитој посесији (у том случају се употребљава термин *contrectare*).⁷⁸⁸ Значи да би се и термин *contrectatio* могао дефинисати на негативан начин: он је све оно што *amovere* није.

Тако Мек Кормак каже да особа која има закониту државину на туђој имовини – може починити крађу, померајући ту ствар са једног на друго место. Али, у том случају, није прикладно изразити акт крађе путем речи која описује уклањање, одношење (*removal*). Разлог је у томе, истиче он, што речи као што су *amovere*, *subripere*, *tollere* могу једино недвосмислено изразити акт крађе где је ствар узета од власника, или било које друге особе која има овлашћења на њој у то време. Мек Кормак закључује да уклањање, одношење ствари од власника без његовог пристанка – конституише крађу. С друге стране, одношење депоноване или ствари која је предмет комодатума – од стране депозитара или комодатара – са једног места на друго, може, али не мора да конституише крађу.⁷⁸⁹

Супротно Мек Кормаку, треба приметити да крађу, померањем с једног на друго место, може да почини не само особа која има закониту државину, већ и особа која је нема. Депозитар је нема, а може на описани начин да почини крађу. Зато се не може рећи да се термин *contrectare* употребљава у контексту угрожавања туђе државине, већ у контексту угрожавања садржаја правног посла, по коме је, неко, на неки начин, поверио своју ствар другоме.

788 G. D. MacCormack (1977), 133.

789 *Ibid.*, 133–134.

Код фуртума, код кога је претходно, будући фур, успоставио законит приступ над предметом деликта, не ради се о некаквом јасно видљивом физичком акту неовлашћеног долажења у додир са туђом ствари. Чак и уколико депозитар или комодатар померају ствар са једног места на друго, или је пак, не померају, али је свакако неовлашћено користе, они је, у ствари, на неки начин, неманифестно користе супротно вољи онога ко на њој има нека овлашћења.⁷⁹⁰ Већ је речено да су, и у ово време, предмет фуртума могле бити и ствари незнатне имовинске вредности. Може бити да, због свега тога, намера за постизањем противправне имовинске користи у овим Гајевим параграфима није ни поменута.

Мек Кормак наводи и друге случајеве у којима је *contrectare* употребљавано како би изразило крађу. Не зато што је лопов имао државину на украденој ствари пре акта крађе, већ зато што други разлози чине неприкладном употребу других термина који говоре о „померању“.⁷⁹¹

Треба додати да се из тих извора може закључити да *contrectare* може да означава и покушај успостављања државине. Још један доказ да је римско право кажњавало покушај крађе као да је у питању комплетиран деликт.

VII Чини се да је могуће прихватити да је термин *contrectare* углавном употребљаван тамо где је реч о случајевима неманифеатене крађе, случајевима који

790 Леви Строс наводи: „Оно што нам изгледа као већа једноставност у друштвеним односима и већа интелектуална покретљивост, потиче отуда што ми радије употребљавамо делове, ако не чак и „ситнину једнога дела“, док је урођеник логички штедиша; он непрекидно везује конце, неуморно слаже и повезује све видове стварности, били они физички, друштвени или духовни. Ми шпекулишемо са својим идејама; а за њега су оне право благо. Дивља мисао практично примењује једну философију коначности“ (К. Levi Stros (1978), 336.). „Тaj језик са ограниченим речником, који уме да изрази било какву поруку спојевима супротности између саставних делова, та садржинска логика за коју су садржине неодвојиве од форме, та систематика коначних класа, тај свет сачињен од значења,...“ (*Ibid.*)

Овај Стросов закључак баца ново светло на случај о коме горе говори Мек Кормак. Ненаучна мисао није и специјалистичка, нарочито се то не може рећи у погледу проблематике фуртума. Могло се видети да Римљани, у почетку, разликују само манифестни и неманифестни фуртум. Пошто таква мисао не познаје нијансе, већ само супротности, та разлика је коначна.

Сваки фуртум је морао испунити минимум истих захтева – поседовао је заједничку основу.

Сваки фуртум је, у свакој етапи развоја римског права, у крајњој линији, представљао неовлашћено долажење у физички додир са туђом ствари.

Разлика између манифестног и неманифестног фуртума класичног права успоставља се с обзиром на чињеницу да ли се већ на први поглед може рећи да је то долажење у контакт са туђом ствари било овлашћено или пак, неовлашћено. Уколико је већ на први поглед сасвим јасно да је неовлашћено, онда је ту реч о манифестном фуртуму.

791 G. D. MacCormack (1977), 138.

нису *conceptum*. Такође, треба рећи да је реч о случајевима крађе који су почињени супротно постојећем правном основу, који, поводом украдене ствари, већ постоји између починиоца и жртве.

Мек Кормак наводи и неке друге текстове у којима би реч која означава „померање, уклањање“, била подеснија од речи *contrectare*, али је ипак употребљена ова последња.⁷⁹²

Овај аутор закључује како Гај, у ствари, наводи два основна случаја крађе: одношење туђе имовине и њену неовлашћену употребу. Када одлучује да ли се у одређеном случају може или не може говорити о крађи, Гај употребљава појам *contrectare*. Мек Кормак претпоставља да је то вероватно због тога што овај израз има шире значење од израза *subripere*. *Contrectare* може, за разлику од овог другог израза, да укаже и на руковање и уклањање, одношење, као и на руковање без уклањања, одношења.⁷⁹³ Мек Кормак сматра да су вероватно исти разлози учинили да се *contrectator* и *contrectare* нађу и у другим текстовима.⁷⁹⁴

Треба поновити већ формиран закључак да *amovere*, па и *subripere*, с једне стране, и *contrectare*, с друге, изворно нису синоними. Пре ће бити да је *contrectatio* означавало свако долажење у додир са туђом ствари које није *amovere*, па ни *subripere*. Бар се тако може закључити из поменутог Гајевог пауса (G. 3. 195). Овим закључцима може да се дода и да се путем овог термина, за разлику од свих других, могао изразити и покушај крађе. Тек касније и тек постепено, долазило је до проширења примене појма *contrectatio* и на све друге случајеве.

VIII Из свега што је речено може да се извуче закључак да су изрази који означавају одношење ствари ушли у правничку употребу тек са настанком неманифестног фуртума. Манифестни фуртум, лако је видљиво из извора, није тражио да ствари буду однете, уклоњене. Лако је видљиво да је код манифестног фуртума кажњавано и просто неовлашћено долажење у додир са туђом ствари. Зато се може претпоставити да је знак *contrectare* био познат и творцима Закона XII таблица.

⁷⁹² *Ibid.*, 139.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *Ibid.* 139–140.

Исто тако им је морао бити познат и знак *amovere*. То што они, вероватно, нису добили и законску (и правничку) употребу је стога што су манифестни и неманифестни фуртум овога закона били сконцентрисани на питање очигледности или неочигледности крађе с обзиром на место њеног извршења (да ли је почињена у туђем домаћинству, или није). Били су сконцентрисани на питање несумњивог, или не толико сигурно утврђеног кривца. Воља жртве, а преко ње и опис понашања делинквента тек касније је, кроз праксу, добила примарни значај. О томе довољно говори чињеница што је информација о овим терминима допрла до садашњости као забележена, не у оквиру неког законског акта – него приликом решавања конкретних проблема правне праксе.

Неко би рекао да је, по логици ствари, погодније да се *contrectare* употреби код манифестног фуртума, него код неманифестног. Зато што је манифестни фуртум формиран с обзиром на место где је делинквент дошао у додир са туђом ствари. Као такав он је инкриминисао и сам покушај крађе – као да је реч о компетираној крађи. Зашто онда управо ту није, изворно, употребљен тај термин? Рекло би се да је то стога што је Закон XII таблица под неманифестним фуртумом увек подразумевао довршени неманифестни фуртум. У преткласичном и класичном праву пак кажњавањем неманифестног фуртума кажњава се и покушај крађе. Вероватно су зато правници употребљивали овај термин (*contrectatio*) за потребе неманифестног фуртума. Због своје ширине овај термин је постепено постао подобан за употребу код скоро свих облика крађе.

Очигледно је да је до кажњавања покушаја неманифестне крађе могло да дође пошто је место почињења овог деликта изгубило на значају у корист правног основа (правног посла).

IX Мек Кормак каже да постоје и случајеви (и наводи их из Дигеста) који се могу датирати од периода касне Републике па све до краја класичног периода, у којима за квалификовање неког преступа као крађе није било потребно ништа што подразумева коришћење термина *contrectare*. Ту је реч о неким одлукама које су начинили *veteres*.⁷⁹⁵ Мек Кормак наводи и примере у којима се, независно до ових

⁷⁹⁵ *Ibid.*, 140.

посебних правничких одлука, не може наћи ништа што се може подвести под израз *contrectatio*. Он сматра да их је морало бити и у касно-класичном периоду.⁷⁹⁶

Мек Кормак сматра да је опасно претпоставити да сви правници класичног периода сматрају *contrectatio* неопходним условом за настанак крађе. Чак и Павле и Улпијан, који се, каже Мек Кормак, највише приближавају оваквом становишту, дозвољавају изузетке. У пракси, напомиње он, вероватно није било много значајно да ли су правници инсистирали на *contrectatio* као неопходном елементу крађе, или су сматрали да је *contrectatio* само уобичајено код крађе. Разлог за ово он налази у необично широком значењу, које је овај термин носио. Он никада није дефинисан, а Мек Кормак подсећа да су се сви покушаји да се он одреди, сводили на следеће становиште: *contrectatio* означава физичку везу или контакт између украдене ствари и лопова.⁷⁹⁷ Суштина је у томе, каже он, што је опсег околности – које се могу означити као оне које творе физичку везу – неодређен. Зато су прилике за неслагање огромне.⁷⁹⁸

Х Све у свему, чини се да ништа не може побити став да је пре класичног периода, када је радња деликта у питању, физички акт – који се састоји у неовлашћеном долажењу у додир са неком ствари – у суштини био неопходан за конституисање фуртума.⁷⁹⁹ Тако је остало и у класичном праву. Исто тако, ништа не може побити закључак да су предмет фуртума могле бити само телесне ствари. За њихову крађу, или њен покушај, увек је био потребан неки физички акт.

Неко може рећи да не мора да значи, пошто је ствар пронађена након ритуализоване претраге у туђем домаћинству, да је било и да је морало бити контакта (непосредног физичког) између власника домаћинства и туђе ствари да би се сматрало да постоји манифестни фуртум. Власник уопште није морао украсти ствар, нити је морао да зна да се она налази код њега. Али, чини се да је баш његово домаћинство

⁷⁹⁶ *Ibid.*, 142 и даље.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, 144.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ Интересантно је поменути Јоловицев став да се не зна тачно колико дуго су норме Закона XII таблица о фуртуму остале нетакнуте. Он претпоставља да је тако било до краја Републике, јер пре Лабеола нема података о преторским едиктима који се тичу овог деликта, Н. F. Jolowicz, B. Nicholas, 274.

оно због чега се и узима да је непосредног физичког контакта било. Дакле, уобичајене околности ондашњег времена дозвољавају необориву претпоставку да се ради о несумњивом кривцу. Самим тим што се украдена ствар налази у његовој кући – постоји физички контакт. Зато би се (с обзиром на *contrectare*) могло рећи да је *манифестни фурџум одувек био онај фурџум код кога је фур ухваћен ирилично нејосредној физичкој контакти, или моућносии итаквој контакти, са иредмеиом фурџума. Неманифестни фурџум је, иак, онај код кога нејосредној физичкој контакти очиледно има, али није несумњиво и да је он неовлаићено иредузеи.*

9.4.1. Радња деликтиа фурџум и ироблем саучеснишиџва

Вотсон подсећа како је у чланку о фуртуму и трихотомији изнео да *contrectatio* значи физичко руковање које је, на неки начин, непрописно. Он напомиње да се уобичајено истиче како постоје случајеви код којих руковање није био услов да би фуртум настао. Вотсон наводи да Букланд сматра да је *contrectatio* био непоходан услов и да узима ту реч у ширем смислу, као *meddling*.⁸⁰⁰ Вотсон остаје при ставу да без физичког руковања није било фуртума.

Он наводи један параграф и један фрагмент из Дигеста (D. 47. 2. 67 (66). 2) и h. t. 37 на који се позивају они који сматрају да додиривање није било неопходни елемент фуртума:

*Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*⁸⁰¹

Вотсон каже да Ивлен даје најјаснији став да овде фуртум не подразумева додиривање. Он препичава Ивленово тумачење: „Гонич мула прелази улицу. Наилази битанга која га, по неком основу, позива пред претора. Муле које су остале саме бивају игром случаја убијене, или су залутале, или украдене. Републикански правници су дали право на *actio furti*“.⁸⁰² Вотсон наводи како Ивлен напомиње да ништа

800 Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, „Contrectatio as an Essential of Furtum“, 283.

801 *Ibid.*

802 *Ibid.*

у тексту не указује да су муле украдене. Употребљене речи *si mularum perissent* обухватају, исто тако природно, како муле које су убијене, тако и оне које су изгубљене.⁸⁰³ Исто тако, ништа не сугиреше да је *in ius vocans* некако повезан са лоповима који су одвели муле. На крају, ништа не сугерише да је он био тужен путем *actio furti*, као саучесник. У ствари, *in ius vocans* је починио крађу чак и да су муле изгубљене искључиво случајем, и том приликом је и он сам третиран као извршилац крађе, завршава Вотсон са навођењем Ивленовог става.⁸⁰⁴ Он каже како је ова интерпретација опште прихваћена, између осталих од Букланда, Јоловица, Албанезеа.⁸⁰⁵ Вотсон сматра да је овај став неодржив.⁸⁰⁶ Он каже да би, имајући у виду да је по овој интерпретацији *in ius vocans* био одговоран и ако муле одлутају или игром случаја страдају, то онда значило да није потребно да постоји *animus furandi*. Чак и они који подржавају Ивлена – не мисле тако, каже Вотсон.⁸⁰⁷ Вотсон истиче да је једва предвидљиво да, ако неко погрешно позове гонича мула пред суд да ће његове муле одлутати. Зато је мање вероватно да је он позвао гонича мула са намером да му муле одлутају.⁸⁰⁸

Овај пример са гоничем мула је много интересантнији и може да пружи много више података када је у питању преткласични фуртум. Изабрано је да он буде нешто детаљније обрађен баш у склопу анализе фуртума класичног права. На тај начин ће бити уочљивије основне разлике у схватању фуртума у преткласичном и у класичном праву. Када се те разлике буду увиделе, онда ће бити потпуно отворен пут за дефинисање фуртума у класичном праву.

Код овог примера неманифестног фуртума, ипак је потребно да на страни починиоца постоји фуртуозна намера како би уопште могао да одговара за крађу. То је, имајући у виду све што је досад речено о фуртуму, потпуно јасно већ након првог погледа на наведену реченицу.

803 *Ibid.*

804 *Ibid.*

805 *Ibid.* Вотсон овом приликом указује на ставове које је Албанезе изнео у Albanese I., „La nozione del furto fino a Nerazio“, *Annali Palermo* 23/1953.

806 *Ibid.*

807 *Ibid.*, 283–284

808 *Ibid.*, 284

Неко би могао рећи да без те намере једноставно уопште не би могло бити речи о фуртуму, јер нигде нема ни помена да мора да постоји било какав објективни елемент крађе – било какво долажење у додир са туђим стварима (туђим мулама). Међутим, до овог фактичког елемента се долази преко фактичке последице, *si interea mularum perissent*. Радњу представља позивање на суд, *qui mulionem dolo malo in ius vocasset*. Оно, као што се види, мора бити злонамерно. Контекст каже да је та зла намера, у ствари, морала бити фуртуозна намера. С друге стране, Ивлен је у праву да ништа у тексту не указује да су муле морале бити украдене како би *in ius vocans* одговарао. Такође, употребљене речи *si mularum perissent* обухватају, исто тако, природно, како муле које су убијене, тако и оне које су изгубљене. Могу да се односе и на оне које су украдене.

Уколико је одређена радња (позивање гонича мула на суд) водила до одређене последице (*si interea mularum perissent*), онда се може рећи да се зла намера (фуртуозна намера) претпостављала. Сада ће неко рећи да то пак значи да је, у овом случају, намера (кривица) била потпуно безначајна, потпуно подређена објективним околностима (фактичком елементу). Међутим, не чини се да може да буде тако: јер уколико се претпостави да је оптужени могао да докаже да није имао такву намеру,⁸⁰⁹ онда кривица није била безначајна. Анализирани параграф пак ништа не каже о томе како се оптужени могао бранити.

Уколико се има у виду описани начин настанка неманифестног фуртума, онда се може доћи до закључка да је код неких његових облика, за разлику од манифестног, увек постојала, условно речено, могућност права жалбе.

Треба подсетити, на заузети став да је неманифестни фуртум настао тек са Законом XII таблица. Речено је и да *furtum conceptum*, као један од облика неманифестног фуртума, подразумева, условно речено, другостепени поступак (*furtum oblatum*). Код *furtum oblatum* се, пре свега, утврђивало фактичко питање. На основу тога треба извући закључак да је, условно речено, и у случају осталих облика неманифестне крађе, било могуће покренути другостепени поступак уколико искрсну нове значајне чињенице.

809 Не види се зашто не би могао да доказује такво нешто.

Међутим, код овог случаја са гоничем мула, битна је чињеница да су муле *perissent*, а не и ко их је присвојио. Зато, у погледу тог фактичког питања, не може бити права жалбе. Рекло би се да по томе овај случај подсећа на манифестни фуртум.

Треба да се подвуче да *in ius vocans* не одговара као саучесник (већ искључиво као фур), јер је за успостављање његове одговорности довољно само то да муле нестану након што је гонича позвао на суд. Неко ће рећи како је, управо због тога, очигледно и да овде за настанак одговорности за крађу није било потребно да дође до неовлашћеног долажења у додир са туђом ствари (*invito domino contrectare*), било извршиоца, били неког трећег лица. Међутим, чини се да није тако. Пошто се у овом примеру изричито говори о фуртуму, онда се може рећи да је ово морала бити врста крађе где се неовлашћено долажење у додир претпостављало. У том случају би се претпостављала оба неопходна елемента крађе: и фуртуозна намера и неовлашћено долажење у контакт са туђом ствари. Тако би се овај тип крађе „држао“ на осталим елементима дефиниције фуртума преткласичног права, и баш зато не би спадао у категорију манифестног фуртума – код кога је све извесно.

С друге стране, што се онога ко је гонича мула позвао на суд тиче, ко може порећи да је он морао да одговара увек када би муле nestале? У том случају може се рећи да је у овом примеру фуртума, под утицајем Аквилијевог закона, тешки нехат изједначен са злом намером.⁸¹⁰ С друге стране, аквилијанска одговорност подразумева да је туђа ствар физички оштећена, или уништена. У случају злонамерног позивања гонича мула за настанак фуртума, било је довољно да су муле nestале. Зато ту не постоји никакво преклапање фуртума и деликта *damnum iniuria datum*.

У сваком случају, овде не може бити речи о правом саучесништву, јер *in ius vocans* одговара и ако су муле само nestале. То је још један случај *неправої саучесништва* преткласичног права.

Дакле, када год се расправља питање међуодноса искључиво субјективног, искључиво објективног и мешовитог (субјективно – објективног) елемента – правног основа – онда се неминовно долази до питања саучесништва у крађи.

810 G. 3. 202: ... *cum per legem Aquiliam quae de damno lata est etiam culpa puniatur*.

9.4.2. Проблем саучесништва

I Овај проблем заслужује ванредну пажњу. Ради се о томе да тек у класичном праву може бити речи о одговорности саучесника који нису саизвршиоци. Зато се преко овог питања прелама суштински различито схватање фуртума од оног које је присутно у преткласичном праву. Речено је како тамо постоји *неправо саучесништво*.

Сада остаје да се ови закључци поближе разјасне.

II Цицерман наводи како Гајев параграф (реч је о G. 3. 202) представља „*locus classicus* саучесништва у крађи“.⁸¹¹ Против неке особе могла је бити поднета *actio furti* иако она сама није извршила деликт фуртум, али јесте пружила физичку помоћ (*ops*), или је подстицала или саветовала крађу (*consilium*), подвлачи Цицерман.⁸¹² Он у том смислу наводи два Гајева примера: 1. када неко другоме избије новчиће из руке, а треће лице побегне са њима и 2. када неко нагна туђу стоку на стампедо како би је треће лице ухватило. Овде је, поред непосредног лопова, одговарао и онај који му је омогућио да изврши крађу.⁸¹³

Треба видети шта заиста каже тај параграф:

*Interdum furti tenctur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. In quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam quae de damno lata est etiam culpa puniatur.*⁸¹⁴

Очигледно је да Гај указује да за крађу одговарају саучесници у виду подстрекача, помагача и томе слично. Међутим, други део параграфа поставља питање о коме је горе било речи. Ради се о намери: не да се противправно присвоји туђа имовина, него о простој безобзирности приликом ”саучесничког” поступања. Изгледа да се Гају чини најлогичнијим да овде треба да се да *an actio utilis*, јер *cum per legem Aquiliam quae de damno*

811 R. Zimmermann, 930.

812 *Ibid.*

813 *Ibid.*

814 Наведено према О. Stanojević, 236; G. 3. 202.

lata est etiam culpa puniatur. То може да значи да је у класичном праву за саучесничку крађу захтевано да постоји претходни договор, претходни план између непосредног и посредног починиоца. Потребно је да постоји *објективни кривац*, или *објективни кривци*. Уколико га (их) нема, онда постоји аквилијанска одговорност за причињену штету.

Улпијан, такође, говори о саучесницима:

*Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebebat.*⁸¹⁵

*Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus, idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.*⁸¹⁶

Из овог другог Улпијановог параграфа види се да је оно лице које није имало намеру да украде и да буде саучесник (већ би се можда могло назвати фактичким саучесником), ипак кажњавано, али по Аквилијевом закону – *Labeo scribit in factum dandam actionem.*

Дакле, анализирајући и Гајев и Улпијанов параграф, може се рећи да се у класичном праву једно лице – због своје непромишљености – не може кажњавати као да је реч о лопову, или саучеснику у крађи. Могло се видети да је другачије било у преткласичном праву. Тада је, могло би се рећи, римско право и у области фуртума изједначило тешки нехат са злом намером.⁸¹⁷ Управо то изједначење било је основа преткласичног саучесништва. Зато се може рећи да преткласично право познаје *неправо саучесништво*. По чему се тај преткласични фуртум разликује од аквилијанске одговорности? Једноставно, код фуртума ствар није оштећена, а ни уништена.⁸¹⁸

Види се да је некада, у изворима, долус изједначен са тешким нехатом. Бар се чини да на тај начин треба разумети оцену (изнету у Улпијановом параграфу) да

815 D.47.2.50.3

816 D.47.2.50.4

817 Такав је био случај са гоничем мула. За успостављање одговорности онога ко је гонича позвао на суд довољно је да муле нестану (концепт *објективне жриве*). Код саучесништва класичног права увек је пак потребно да неко треће лице присвоји ствар која је предмет фуртума (концепт *објективної кривца*).

818 Аквилијанска „штета мора да се састоји у промени саме ствари, а не у умањењу власникове имовине...“, М. Милошевић (2005), 366.

игра може бити прилично опасна – *esse lusus tam perniciosus*. Једноставно, последице и једног и другог облика кривице могу бити подједнако опасне и тешке.

III Када је реч о крађи, онда Улпијаново прибегавање општијем изразу – зла намера (*dolus malus*), вероватно треба да омогући да се на одговорност позову и саучесници који немају намеру да за себе стекну непосредну, већ посредну имовинску корист од предмета крађе. Можда се ту могу убројати и она лица која имају намеру да другоме омогуће стицање било непосредне, било посредне имовинске користи, а за себе ништа?⁸¹⁹

Улпијан каже да, ако жена узме ствари свога мужа, и ако је у томе имала саучесника, онда је то лице одговорно за фуртум.⁸²⁰ Уколико то лице заједно са том женом почини фуртум, онда је он, а не и она, одговоран за фуртум.⁸²¹ Уколико она помогне лопову да узме (*opem furi tulit*) ствар, не одговара за крађу, него само за *sed rerum amotarum*.⁸²² У последњем примеру – жена није саучесник у крађи, већ се може назвати *фактичким саучесником*. Она није непосредни фур, али ни посредни фур. Она нема непосредну, али ни посредну имовинску корист.

Значи да одговор на горе постављено питање гласи: саучесници никако не могу бити лица која имају намеру да другоме омогуће стицање непосредне, или посредне имовинске користи, а да за себе том приликом не траже ништа.

Ако роб супруге почини крађу, онда је она – нема никакве сумње – одговорна.⁸²³ То значи да, у класичном праву, нема могућности да роб правно буде ни непосредни извршилац крађе, ни саизвршилац, а ни било какав саучесник. Он је само оруђе у рукама правог лопова – своје господарице.

Улпијан затим каже да је слично било са сином, који је био војник. Ни он није могао да одговара за фуртум, сем ако је крађу починио његов роб.⁸²⁴ Син пак може да одговара по *actio utilis* само ако има неку своју имовину.⁸²⁵

819 Ако је тако, онда би то били изузеци који не могу да промене правило.

820 D. 47. 2. 52. *pr.*

821 D. 47. 2. 52. 1.

822 D. 47. 2. 52. 2: *Ipsa quoque si opem furi tulit furti non tenebitur sed rerum amotarum.*

823 D. 47. 2. 52. 3.

824 D. 47. 2. 52. 4.

825 D. 47. 2. 52. 5.

Зашто је жена изузета од одговорности за фуртум, сем у случају када је крађа почињена преко њеног роба? Вероватно зато што је за фуртум могла да одговара само ако има своју имовину, нешто слично као и *filius familias*. То што поседује роба доказ је да има своју имовину. Ако нема своју имовину, онда је јасно да – пошто ништа не може да присвоји за себе – не може бити ни њене непосредне, или посредне одговорности за крађу. Она је у том случају, иако је била помагач лопова, изједначена са оруђем, са робом – што значи да нема њене правне одговорности.

Из ових Улпијанових реченица је очигледно да се женина одговорност никако није могла подвести под тешки нехат и аквилијанску одговорност. Имајући у виду све што је он рекао у претходно наведеним параграфима, може се рећи да је жена одговарала искључиво као долозни починилац.

Слично је било са сином који је био војник. Он одговара за крађу ако је почини његов роб. Значи, аналогно са примером са супругом која је крала од мужа, може да се каже да он одговара као долозни починилац уколико је крађу починио његов роб. Значи, уколико има своју имовину, онда може да одговара (као и супруга) за поткрадање свога патер фамилијаса. Поред тога, син за разлику од мајке, уколико има своју имовину – може да одговора и по Аквилијевом закону. То значи да, за разлику од ње, одговара и за тешки нехат. Чини се да је ово сасвим логично решење за патријархални Рим.

IV С друге стране, Гај је фразу *dolo malo* употребио приликом казивања о неовлашћеној употреби туђе ствари, која се, по неком правном основу, већ налази под фактичком контролом фура (депозит).⁸²⁶ То би могло да значи да фура (депозитар) може имати намеру да оствари било непосредну, било посредну имовинску корист. С друге стране, овде Гај није употребио термин *contrectare*.⁸²⁷ Није га употребио ни Улпијан у горе датом наводу о злој намери саучесника уопште, па ни о укућанину као саучеснику.

826 G. 3. 207: ... *si quid ipse dolo malo fecerit*.

827 Јасно је из онога што је наведено у претходним поглављима да се овај термин употребљавао приликом означавања фуртума који је почињен злоупотребом претходно постојећег правног основа, који је успостављао право на неки вид законите државине ствари која је затим постала предмет фуртума. Како депозитар није имао закониту државину на украденој ствари, тако није употребљен термин *contrectare*.

Очигледно је да овај израз није неопходан тамо где је долус довољан, као и тамо где је изједначен са тешким нехатом. Изгледа и да за саучесничко поступање у класичном праву више није био довољан тешки нехат.

Преткласично право не зна за категорију саучесника, јер не зна разлику између долуса и тешког нехата.

Римско класично право донекле разликује саучесника од непосредног лопова. Не по санкцији (не по последици) за њихове поступке (она је иста), већ по условима за њихову одговорност. Тако је фур онај ко испољава намеру за противправним присвајањем непосредне имовинске користи, а саучесник (онај који није саизвршилац) тежи посредној имовинској користи.

У Ово разликовање, каже Цицерон, између главног извршиоца и саучесника било је потпуно непотребно у времену када је појам фуртума био тако неодређен како би покрио скоро сваку форму нечасног понашања.⁸²⁸

Чини се да овог разликовања тада није било, јер се тек са унапредовањем секуларизацијом стварају услови за његовом појавом. У преткласичном праву не може бити категорије саучесника, јер нема ни разликовања непосредног и посредног починиоца, па нема ни разликовања долуса и тешког нехата.

Саучесништво настаје тек у класичном праву.

Када је већ реч о долусу и тешком нехату, онда је користан осврт на следећи Улпијанов параграф:

*Idem Labeo quaerit si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans si non misericordia ductus fecisti furti teneris si misericordia, in factum actionem dari debere.*⁸²⁹

Лабео се пита шта ако је нечији роб окован и ако је побегао, јер је лабаво окован, и да ли се власнику може дати *actio de dolo*? Цицерон правник Квинт каже да фуртум постоји ако починилац није пустио туђег роба из самилости, а ако га је пустио из самилости – онда се примењује *actio in factum*.

828 R. Zimmermann, 930

829 D. 4. 3. 7. 7.

Формулација *non misericordia* је прилично широка и сасвим је јасно да може да обухвати и долозно поступање. То значи да је у преткласичном праву, за фуртум захтевана врло уопштена зла намера. Опет се не каже да је починилац требало да присвоји *res*. То може бити само због тога што је преткласично право, у случају фуртума, било фокусирано на губитак ствари – на концепт *објективне жртве*.

Како су то римски правници почели да кажњавају и посредне починиоце (саучеснике који нису саизвршиоци)?

У почетним поглављима напоменуто је да секуларизација значи орјентацију на конкретно, а то ће рећи, на непосредно. Речено је и да је она производ рутине. Зато се она може јавити и у нединамичним друштвеним околностима. Рутина производи правну технику која је ослобођена вере, ослобођена од *fas*.

Какве везе то има са саучесницима као посредним починиоцима?

Веза се огледа у томе што је секуларизација сад закорачила ван непосредних односа и увидело се да могу да постоје и посредни починиоци. Конкретизација, као услов секуларизације, уме да препозна и посредне учеснике. Тога раније није било, јер фуртум није био искључиво имовински деликт. Раније је фуртум представљао сакрално кривично дело. Ту је потребан брз и енергичан одговор, па нема времена за испитивање саучесништва, али су сви они који су на неки начин повезани са нестанком ствари, сматрани, можда би се могло рећи, саизвршиоцима. Макар кад нема извора који дозвољавају другачији закључак. Овом приликом треба имати у виду манифестни фуртум као, с почетка, први и једини облик фуртума. Овде је очигледно да је архаично право тражило лице, или лица (саизвршиоце) која су по неким тадашњим објективним мерилима била потпуно и једино одговорна за почињену крађу. Зато је и санкција углавном примењивана непосредно, на лицу места, од стране саме жртве. Ритуализована претрага јасно указује да је, у крајњој линији, трагано за одговорним патер фамилијасом. Овај је, иначе, сматран одговорним за понашање свих својих укућана и подређених лица. Зато нема потребе да се трага за саучесницима.

Могло би се рећи да је овде присутан проблем различите оптике. Тако, манифестни фуртум, у почетку, може да види само директног извршиоца, или директне извршиоце – саизвршиоце. Дакле, сакрално је сконцентрисано на непосредно кршење и непосредног прекршиоца сакралних вредности. Због тога и оно што је посредно – види као непосредно. Световно је, слично томе, у почетку, сконцентрисано на непосредну противправну радњу (али, донекле независну од вредности) и непосредну последицу. Тек касније и тек постепено, и на посредну радњу и на посредну последицу. Донекле сличан процес задесио је и развој инјурије – тек касније она је постала остетљива на клевету, што значи на посредну последицу нечије активности.

У преткласичном праву још увек нема саучесника, јер је посредно подређено непосредном – *објективни кривац* је подређен *објективној жриви*.

У сваком случају, питање саучесништва у крађи јесте повод за поновно преиспитивање основне претпоставке о фуртуму.

VI Вотсон се, када је о саучесништву реч, окреће, у романистици, врло анализираном примеру о пауну:

Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis cum habere coeperit (D. 47. 2. 87).⁸³⁰

Он опет започиње од Ивленивих схватања. Овај пак каже да речи *si aliquis cum habere coeperit* указују да је особа која је гонила пауна, а кога је том приликом однела нека друга особа, одговорна као саучесник. Зато се против ње може подићи *actio furti*. Његово саучесништво је *ope tantum*, наставља Вотсон, будући да ништа не указује да је први преступник намеравао да паун дође у руке другога.⁸³¹ Коришћење индикатива код *quoad is perit*, наставља Вотсон са излагањем Ивленивих ставова, искључује било какву деликтну намеру. По Ивлени, индикатив је неуобичајен, и у таквој одредби која зависи од становишта (*statement*) у коњунктиву – природно је и очекивати коњунктив. Он је због тога, наводи Вотсон, реконструисао текст на следећи начин:

830 Alan Watson, *Studies in Roman Private Law, Contrectatio as an Essential of Furtum*, 284.

831 *Ibid.*

Pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus es quoad is perit; agere tecum furti me posse veteres responderunt.

Ово одстрањује *si aliquis cum habere coeperit*, примећује Вотсон. Он наводи како, по Ивлону, ово нема еквивалента у D. 47. 2. 67 (66). 2. Вотсон истиче да оваква реконструкција подразумева да су компилатори себи задали много више посла него што су морали.⁸³² Њему није јасно зашто би они ово радили када су могли само да придодају потребне додатне квалификације, без икаквих даљих измена.⁸³³ Вотсон наводи како и Букланд сматра да је *si aliquis cum habere coeperit* интерполисано. Том приликом овај истиче да је промена времена у тексту неправилна, и да је ова квалификација смештена на крају текста. То је пак, по њему, било нормално место за компилаторске додатке.⁸³⁴ Међутим, по Вотсону, време у фрази није само по себи неправилно и сасвим је природно што се фраза појављује на крају текста. Вотсон сматра да та фраза никако није интерполисана.⁸³⁵ Њен значај је, по њему, добро осветљен у следећем принципијуму (*principium*):

*Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est: nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferret: haec enim furti non admittunt actionem. Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit. plus Pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum.*⁸³⁶

Вотсон подвлачи како је познато да је постојала расправа у класичном праву око питања: да ли је роб који је побегао сам себе украо? Такође, и око питања: да ли је онај који га је на то наговорио био одговоран за крађу као саучесник? Потом он напомиње да се из горе цитираног параграфа може видети да је Улпијан сматрао да није.⁸³⁷ Али, с друге стране, наводи он, Улпијан каже да је онај који је убедио туђег

832 *Ibid.*, 284

833 *Ibid.*, 284–285

834 *Ibid.*, 285

835 *Ibid.*

836 D. 47. 2. 36. pr.

837 *Ibid.*

роба да побегне како би га треће лице украдо, крив за крађу. Улпијан затим, каже Вотсон, наводи Помпонијево гледиште да онај ко је убедио туђега роба да побегне – није одговоран за крађу. Али, постаће одговоран, наставља Вотсон са изношењем Помпонијевог става, ако касније трећа особа ухвати роба *quasi videatur ope consilio eius furtum factum*.⁸³⁸

Овде, дакле, није било довољно као у преткласичном праву, да туђа ствар нестане да би се сматрало да је настао фуртум. У класичном праву је неопходно да је ствар противправно присвојена, па макар и од трећег лица.

Вотсон истиче како наведено Помпонијево гледиште успоставља другу врсту фуртума, где нема захтева за *animus furandi*. Овај фуртум, поред тога, наставља Вотсон, настаје, не када роб побегне, него само када и ако га је трећа страна однела.⁸³⁹ Том приликом је, каже он, изричито речено да је онај који је туђега роба убедио да побегне – одговоран као да је крађа извршена уз његову помоћ и савет.⁸⁴⁰ Тако исто, наставља Вотсон, у *h.t.* 87 може да се види да је човек који је гонио пауна док овај није угинуо, био одговоран само ако је неко однео тог пауна. И ово правило је Помпонијево, каже Вотсон. По њему се у *h.t.* 36. рг налази снажан доказ да *si aliquis cum habere coeperit* представља оригинално Помпонијево мишљење. Овај параграф говори о случају када неко промишљено противправно поступа у односу на друго лице, тако да треће лице може да нешто украде од тог другог лица, каже Вотсон. У том случају ће прво лице бити сматрано саучесником, каже он. Првом лицу је импутирана *animus furandi*, а *contrecatatio* трећег га чини одговорним.⁸⁴¹

Очигледно је да у овим случајевима саучесништва класичног права – никако не може бити одговорности за покушај саучесничког фуртума. Одговара се за саучесништво само ако неко трећи отме роба, или пауна (ако неко трећи непосредно почини обичан фуртум). Значи, док се над ствари – која је предмет фуртума – не успостави неовлашћена контрола трећег лица, дотле нема саучесничке крађе.

838 *Ibid.*, 285

839 *Ibid.*, 285–286

840 *Ibid.*, 286

841 *Ibid.*

Зато случај са гоничем мула не може да припада категорији саучесничке крађе класичног права. То је *неправо саучесништво* преткласичног права. Да би настала одговорност саучесника у класичном праву, било је потребно да је треће лице присвојило туђу ствар.

Из контекста преткласичног примера са гоничем мула, и његовим позивањем на суд од стране *in ius vocans* (које је злонамерно), потпуно је јасно да се ради не о саучеснику (посредном починиоцу), већ о непосредном фуру *in factum*, или о саизвршиоцу.

Пре даље анализе треба подвући како се ни код тог примера, као ни код осталих наведених случајева саучесништва не појављује термин *contrectare*.

VII Како сада горе изведене закључке о природи класичног саучесништва помирити са тезом да је, у случају фуртума у класичном праву, намера за противправним стицањем имовинске користи (било посредне, било непосредне) постала претежни елемент? Она је, као што је већ напоменуто, у преткласичном праву имала велики значај, будући да је кажњавано и за покушај крађе. С друге стране, за покушај је потребно и да је неко неовлашћено дошао у додир са туђом ствари. Како онда објаснити то што је саучесник одговарао без обзира да ли је дошао у физички додир са предметом крађе?⁸⁴²

Очигледно да саучесник, иако одговара као и фур, није морао да из деликта извлачи непосредну имовинску корист. Зато се може рећи: без непосредне имовинске користи – не може бити ни посредне, а без непосредног фура – нема ни саучесника (посредног фура).

842 Многи теоретичари су ово настојали да реше тврдњом да је овде *contrectare* трећег лица доводило до успостављања одговорности његовог саучесника. Међутим, тиме се не може побити да је могло да се деси да саучесник није уопште дошао ни у непосредан, ни у посредан физички додир са украденом ствари. У једном случају (случају једног извршиоца, или саизвршилаца) одговара се и за покушај, а у другом (случају осталих саучесника) само ако је крађа фактички успела. Иначе, римски текстови не помињу институт саизвршилаштва, већ само говоре о саучесницима који су помагачи, или наговарачи, саветници (*ope et consilio*). То не може да значи да саизвршилаштво није могло да се деси, као ни да га није ни било. Вероватно да је било довољно јасно да саизвршиоци одговарају на исти начин као да је у питању један извршилац. Вероватно да посебна терминологија за овакву појаву не постоји, јер та појава није могла да изазове било какву забуну. Остали облици саучесништва су, међутим, могли да изазову нејасноће, па их је требало на неки начин одредити.

Саучесник римског права, сигурно је, није долазио – у току самог фуртума – у непосредан физички додир са предметом крађе. С друге стране, римско право је, вероватно, познавало могућност да и такав саучесник има непосредне користи од украдене ствари, па је зато предвиђало исту санкцију како за извршиоца, тако и за саучесника. Не значи, дакле, да су римски правници сматрали да само непосредно извршење може да доведе до непосредне користи.⁸⁴³ Сада ће неко да пита: зашто онда онај ко је имао посредну корист од крађе, одговара по истој мери као и онај ко је имао непосредну? Одговор је очигледан: зато што казнена политика преткласичног права полази од концепта *објективне жртве*, а класичног од концепта *објективној кривца*.

Овај, други по садржини, није исти концепт, и не може ни бити исти као онај од кога полази Закон XII таблица. Овај акт полази од значаја места извршења деликта, а класично право од значаја кривице за последицу. Она се пак огледа у истовременом имовинском губитку жртве, с једне, и добитку починиоца или починилаца, с друге стране.

Због свега тога не може ни бити покушаја саучесништва, већ само комплетиран фуртум = комплетирано саучесништво.

Ови саучеснички примери су само на први поглед слични горе анализираном случају са злонамерним позивањем гонича мула на суд (овај је одговарао уколико *si tulae perissent*). *In ius vocans* вероватно није могао да обори претпоставку своје злонамерности. Макар кад извори уопште не допуштају такву могућност. Чини се да код саучесништва,⁸⁴⁴ исто тако, не постоји могућност да саучесник докаже да није крив. Као што се из горњих примера могло видети, римско право је, у случају саучесништва, било више објективно, више сконцентрисано на последице. Било је практичније. У ствари, јасно је да је ту намера представљала необориву претпоставку.

843 Вид. претходну фусноту.

844 Намерно се не каже саучесништво класичног права, јер претходни период, у суштини, не познаје ову појаву. Не само у суштини, већ ни језички, ни формално. Наиме, фраза *ope et consilium* је класичног порекла. Очигледно да преткласично право још увек не може ни да назре посредну деликтну радњу и посредну последицу, па ни посредну одговорност. Класично право назире то сазнање, али не може да разлучи непосредну од посредне имовинске користи. Зато ће се надаље, када год се каже *саучесништво*, имати у виду саучесништво класичног права.

С друге стране, то је, у неку руку, и логично. То је зато што је и овде морала да постоји корелативност са субјективном чињеницом да је фуртум почињен противно вољи жртве. Међутим, нису на првом месту жртва и њени интереси, као што је то био случај код преткласичних облика неманифестног фуртума. Да је жртва била на првом месту, онда би саучесник одговарао и ако неко трећи не присвоји туђу ствар (као што је то било код примера са гоничем мула).

VIII Да би неко био сматран *објективним кривцем*, потребно је да је противправно присвојио туђу ствар, или учествовао у њеном присвајању, крађи. Манифестни фуртум је, такође, оријентисан на трагање за *објективним кривцем*. У Закону XII таблица је ипак од пресудне важности за кривицу било место почињења деликта, док је у класичном праву на првом месту била последица (противправно присвајање). Преткласично право пак полази од *објективне жрџиве*, јер је на првом месту питање да ли је било, или није било сагласности жртве. Ово, наравно, не значи да се питање сагласности, или несагласности жртве, није узимало у разматрање и у класичном праву. Ради се о томе да треба трагати за преовлађујућим концептом, тј. за схватањем природе одговорности у различитим периодима. Извор и утока таквог трагања треба да буде питање саучесништва. То је и у данашњим временима питање кроз које се прелама карактер читавог и деликтног и кривичног система. То је питање где су се, и тада и сада, дешавале промене које су потом неизбежно захватале читав систем. Никада не може појединачни прекршај да има такве последице и да привуче такву пажњу и реакцију друштва и правног и казненог система, као што то може организовано противправно чињење.

С друге стране, постојање *објективне жрџиве* је независно од карактера последице (није битно да ли је ствар украдена, или је само нестала – битно је само да је нема). Зато *in ius vocans* одговара чак и када нико није присвојио туђе муле. Жртва и кривац јесу корелативне појаве и корелативни појмови, али је код манифестног фуртума та корелативност (једном утврђена) сматрана несумњивом и апсолутном.

Због тога што се трагало за *објективним кривцем*, оправдано може да се препостави да код саучесништва класичног права није било могућности за неки вид другостепеног поступка на основу неког вида жалбе.

Није га могло бити ни у преткласичном праву – код *нейравої саучеснишїїва*, зато што, ако је губитак жртве неупитан, неупитна је и одговорност починиоца.

IX Вотсон је нешто другачијег мишљења када је реч о тумачењу карактера последице фуртума у преткласичном праву и њеног односа са радњом извршења, тј. са знаком *contrectatio*. По њему, Помпонијево правило (које је наведено горе, *џримедба* О. В.) је слично са *h.t. 67 (66). 2*. Ту је пак *in ius vocans* одговоран ако муле нестану. Нема тешкоћа ако их је узео лопов, каже он. Ако су саме одбегле, онда се, каже Вотсон, може претпостављати да их је узео неко ко зна да нема права на њих и ко је, самим тим, починио крађу. Ако су изугбљене само привремено, онда неће бити *actio furti* против *in ius vocans*. С друге стране, каже Вотсон, *in ius vocans* је одговоран, јер је – захваљујући његовом акту – треће лице дошло у позицију да *contrectare* туђе мазге. Тако се у оба параграфа и *h.t. 67 (66). 2* и *h. t. 37* ради о случајевима где је преступник био саучесник, и тешко може да се закључи да ту није било *contrectatio*, каже Вотсон.⁸⁴⁵

Вотсон, у једном свом полемичком чланку,⁸⁴⁶ каже како Букланд и Томас сматрају да је приликом позивања гонича мула на суд, прекршилац имао намеру да муле залутају. Али, овде треба претпоставити, истиче Вотсон, не само да муле нису привезане од стране њиховог гонича, већ и да је прекршилац предвидео да неће моћи бити привезане, или да ће се одвезати. Вотсон каже да је тешко посумњати да је Римљанин касне Републике, који је требало да остави своје муле без надзора, уобичајено везивао муле (сем уколико су биле затворене). Мада нема директног сведочанства, тешко је претпоставити да гоничу мула није остављено довољно времена да привеже своје муле, каже Вотсон. Зато он одбацује Букландов и Томасов став да је прекршилац деловао са намером да гоничеве муле одбегну. Вотсон сада наводи како се читаоци налазе пред избором: или ће бити да је неодређена зла намера била довољна да прекршилац буде одговоран по *actio furti* у пуном износу жртвиног губитка (ово чак и да прекршилац није имао намеру да проузрокује тај губитак – чак и

845 A. Watson, *Studies in Roman Private Law, Contrectatio as an Essential of Furtum*, 286.

846 Реч је о чланку А. Watson, „Contrectatio Again“, *Studia et Documenta Historia et Iuris (SDHI)* 28/1962.

да уопште нема *contrectatio*);⁸⁴⁷ или ће бити речено да је муле украла трећа страна (уз намеру и уз *contrectatio*)⁸⁴⁸ и да је особа која је пред суд позвала прекршиоца – била одговорна као промишљени саучесник. Вотсон сматра да је друго гледиште мање екстремно и да D. 47. 2. 37. пр. и *h. t.* 67 (66). 2 истичу претпоставку саучесништва.⁸⁴⁹

Као што се горе могло видети, *in ius vocans* је – као саучесник – поступао са, сматрало се, злом намером која је изједначена са тешким нехатом. Зато се може рећи да је управо „неодређена зла намера била довољна да прекршилац буде одговоран“.

Наравно да је гонич мула, пре одласка на суд, на неки начин обезбеђивао своје муле. Међутим, овде је прилично јасно предвиђено да ће позивалац одговарати за фуртум ако муле на неки начин нестану (*si interea mularum perissent*). Дакле, овде је битан тренутак настанка одговорности – он наступа када муле нестану. Код саучесништва класичног права пак одговорност настаје када треће лице присвоји ствар. С друге стране, термин *contrectatio* је настао и дуго се употребљавао само код случајева неманифестног фуртума, код којих је пре деликта постојала нека правна веза (правни основ) између прекршиоца и жртве. Код тих случајева фуртум настаје управо поводом ствари која је предмет тог правног основа. Код примера са гоничем мула нема ни речи о таквом правном основу, па зато и нема помена термина *contrectatio*. Исто тако, овде нема ни помена каснијих појмова којима је означавано саучесништво (*ope et consilium*).

Уколико би се прихватило Вотсоново тумачење, онда би се из свих ових параграфа (и *h. t.* 67 (66). 2 и *h. t.* 37), такође, могао извући закључак да је римско право подразумевало да *contrectare* представља непосредан физички контакт са ствари. Ово на основу тога што *in ius vocans* (посредни лопов) није одговоран за крађу док треће лице уз *contrectare* не изврши и непосредно узимање туђе ствари. То онда значи да ни римско класично право није уопште познавало право саучесништво, јер ако нема посредне одговорности све док неко непосредно не изврши присвајање, онда

847 A. Watson, *Studies in Roman Private Law*, London 1991 („*Contrectatio Again*“, *Studia et Documenta Historia et Iuris (SDHI)* 28/1962), 297.

848 *Ibid.*, 297, фн. 23.

849 *Ibid.*, 297.

нема ни саучесништва. Уколико нема одговорности само за планирање, или пак, одговорности само за покушај саучесничког фуртума, онда нема ни саучесништва. То значи да намера није играла никакву улогу ако није почињено непосредно отимање ствари. То значи да је, код саучесништва, намера била подређена објективном елементу фуртума, и да се, уколико је он испуњен, необориво претпостављала. Шта је то него концепт *објективној кривца*. Онда би се саучесништво класичног права могло одредити као *условно саучесништво*. Можда би се могло закључити и да због свега тога, у случају саучесништва, концепцијски никако није могло бити неманифестног фуртума.

С друге стране, јасно је да је као саучесник у преткласичном праву био одговоран и онај који није имао намеру да треће лице узме туђу ствар, ако је оно то учинило. Тешки нехат је изједначен са злом намером. То значи да намера није ни утврђивана ако до непосредног присвајања ствари не дође, и да се она необориво претпостављала ако до присвајања дође. Намера овде није од неке практичне вредности.

На основу свега тога произлази да је Вотсонов закључак противречан. С једне стране, он тврди да римско преткласично право познаје саучесништво, а са друге, да је *contrectatio*, и у случају саучесништва, неопходан елемент. Не може и једно и друго.

Због свега тога би се и ово *нейраво саучесништво* могло концепцијски окарактерисати као манифестни фуртум. Неманифестни, сигурно није.

9.5. Елементи за класичну дефиницију фуртума

Треба напоменути да су следећи елементи наведени не само на основу резултата истраживања из претходних, већ и из наредног поглавља.

1) Фуртум је, пре свега, деликт противправног присвајања туђе имовине, или противправног онемогућавања да неко лице остварује, или оствари неки свој легитимни имовински интерес (онемогућавање без физичког оштећења ствари). Уколико нема такве последице, онда нема ни деликта.

2) Сврха крађе се налази у противправном прибављању *нейосредне*, или пак, *йосредне* имовинске користи. Зато је реч о крађи, чак и онда када починилац није знао коме ствар припада. Наравно, треба да буде довољно вероватно да ствар има власника (овде долази до изражаја трећи елемент дефиниције). Поред тога, крађа постоји и када је реч о стварима незнатне имовинске вредности. У таквом случају у први план избија први елемент дефиниције.

3) Он може бити почињен и потајно, али, у сваком случају, противно вољи власника ствари, или пак, лица које поводом ствари има неки легитимни интерес. Чак и да неко свесно рукује неком стварју противно вољи њеног власника (или наведеног лица), а овај ипак буде са тиме сагласан, онда нема фуртума.

4) Уколико неко приликом коришћена туђе ствари верује да би такво нешто власник дозволио, онда нема фуртуозне намере, па нема ни крађе. Уколико је потпуно свестан да ствар користи без воље власника – ако је свестан и да овај не би дозволио такво њено коришћење (да је био упознат са њиме) – онда се ради о фуртуму.

5) Фуртуозна намера се обориво претпостављала само код неких облика неманифестног фуртума.

6) Без непосредне имовинске користи, не може бити ни посредне – без непосредног фура, нема ни саучесника (посредног фура). Исто тако – не постоји покушај саучесништва, већ постоји саучесништво, али само ако је извршен фуртум (уколико је треће лице присвојило ствар). У класичном праву постоји *условно саучесништво*.

7) У случају саучесничке одговорности класичног права, тешки нехат није изједначен са злом намером (са фуртуозном намером) као што је то било у преткласичном *нейравом саучеснишћу*.

8) Некада није потребно да постоји непосредно физичко руковање неком ствари у тренутку њене крађе, већ је довољна сама намера да се крађа почини. С тим што је реч о врло широко квалификованом облику намере – о злој намери (*dolo malo*).

9) Право да тужи за крађу, пре свих, има свако лице које је тренутно овлашћено да физички и економски буде најближе ствари. Такво лице може да тужи и самог власника ствари, уколико му он на неки начин угрози интерес поводом ствари.

То је лице које непосредно и овлашћено на неки начин користи ствар – које зато има непосредни интерес да се ствар сачува. Уколико такво лице (из неког разлога) не може да одговори том интересу, онда се непосредним сматра интерес лица које му је поверило то овлашћење.

10. ТЕНДЕНИЦИЈЕ – ОД ПРЕТКЛАСИЧНОГ КА КЛАСИЧНОМ ФУРТУМУ

Како треба да се разуме интеракција горе наведених бројних елемената класичног фуртума? Како да се распознају тенденције које га разликују од фуртума претходних периода?

У сврху одговара на та питања, згодно је поћи од следеће анализе.

I Дејвид Ибетсон (*David Ibbetson*) каже да слабљење физичког елемента код фуртума неизбежно води до постепеног изоштравања фокуса на ментално стање прекршиоца.⁸⁵⁰

Поставља се питање: да ли је овај Ибетсонов закључак у сукобу са горе изнетим схватањем Цимермана и многих других теоретичара, да је фуртум класичног права добио сужење захваљујући новом појму *contrectatio*?

Његов став је несумњиво у сукобу са оним који је заузет у дисертацији: у преткласичном праву је најбитнији елемент непостојање сагласности жртве фуртума, тј. непостојање адекватног правног основа за прекршиочево деловање. При том, није толико битно да ли је прекршилац био у непосредном физичком контакту са предметом фуртума, као што није толико битно да ли је успео да присвоји ствар, или није. Након тога, у класичном праву најбитнији елемент постаје остварење циља фуртума – да је прекршилац противправно присвојио предмет крађе, или да је то омогућио неком другом лицу (односно да је од предмета крађе остварио било непосредну, било посредну корист).

Ибетсон сматра како само позиционирање пажње на прекршиочево стање свести може да доведе до разлике између умешаности која се може окарактерисати

850 *The Roman Law Tradition*, edited by A. D. E. Lewis and D. J. Ibbetson, Cambridge 1994, 58.

као умешаност у крађу, и умешаности која то није.⁸⁵¹ Није довољно, наставља Ибетсон, да се каже како таква умешаност треба да буде против воље власника. На тај начин не би било разлике између фуртума и деликата *iniuria* и *damnum iniuria datum* – који подразумева намерно угрожавање имовине.⁸⁵²

У преткласичном праву је, поред тога што је фуртум деликт који је почињен без адекватног правног основа (противно вољи власника), некада било довољно да предмет фуртума нестане (као са гоничевим мулама). Од инјурије и од *damnum iniuria datum* разликује га само постојање ових деликата. Први деликт је деликт телесне повреде, а други оштећења или уништења туђе ствари.

II Ибетсон каже да – све док је одговорност била ограничена на случајеве одношења ствари, постојало је мало потребе за прецизним описивањем прекршиоцевог стања свести. Било је довољно да се каже да је требало да делује намерно. Тако он наводи како Павле у D. 47. 2. 67. 2 каже како *veters* сматрају да је фуртум починио онај ко злонамерно позове гонича мула пред суд, па и ако том приликом његове муле нестану.⁸⁵³ Ибетсон каже како ништа у овом тексту не каже да је муле присвојило треће лице. То, по њему, јасно указује да су оне одлутале.⁸⁵⁴

Не може се рећи да је овде потребно да буде било каквог одношења ствари. Довољно је да су оне нестале, што потенцира значај непостојања адекватног правног основа, тј. непостојање сагласности жртве фуртума.

III Ибетсон каже да – како је крајем Републике физички елемент постајао мање значајан, тако је све више било важно да је прекршилац деловао са намером постајања добити, *lucri faciendi causa*.⁸⁵⁵

У преткласичном периоду, треба поново нагласити, уједно физички елемент није био толико значајан, већ што што је прекршилац деловао без адекватној правној основа, тј. без сагласности оштећеној.

851 *Ibid.*, 58–59.

852 *Ibid.*, 59.

853 *Ibid.*

854 *Ibid.*, 59, фн. 35.

855 *Ibid.*, 59

То што је прекршилац деловао са намером да постигне добит, то је по Ибет-сону, послужило томе да заустави каснију републиканску тенденцију да се деликт прошири од јасне парадигме узимања ка укључивању случајева противправног проузрокованог гибитка, чак и тамо где нема добити. У том смислу, он наводи, тада је, слично као код примера са позивањем гонича мула на суд, одговорност за фуртум могла бити приписана човеку који је гонио туђег пауна док овај није угинуо, или човеку који је таласао црвеном крпом испред говеда, што је проузроковало њихово бежање.⁸⁵⁶

Одговорност саучесника за фуртум, у класичном праву, код гоњења туђег пауна постоји само ако је пауна присвојило треће лице. Ту је реч о примеру саучесништва, тј. једног облика неманифестног фуртума. О таквом примеру је најчешће реч код случајева које наводи како Гај⁸⁵⁷, тако и Јустинијанове *Инстиџиуције*⁸⁵⁸ – када је неко избио новац из туђе руке како би га неко трећи украо; када неко другоме препречи пут како би трећи могао да од овога нешто украде; када неко некаквом црвеном тканином растера туђа говеда.

У преткласичном праву је пак одговорност (и по питању крађе) могла да буде успостављена због изједначавања тешког нехата са долусом, а не због саучесништва (ту и нема правога саучесништва). Наиме, и Гајеве, а по узору на њих и Јустинијанове *Инстиџиуције*, наводе горњи пример на који су се често позивали *сџари* правници – да за фуртум одговара онај ко некаквом црвеном тканином растера туђе крдо говеда. Међутим, имајући у виду оно што је у погледу преткласичног права речено о саучесништву у крађи (код случаја са гоничем мули), може да се претпостави да ни у случају „црвене тканине“ није захтевано да је растерана говеда било ко и присвојило – довољно је то што су растерана да би се сматрало да је почињен фуртум.

Како онда то помирити са извештајем који Гајеве и Јустинијанове *Инстиџиуције* пружају на истом месту? Наиме, Гају није сасвим јасно да ли се, у овим случајевима, може дати тужба *in factum*, јер се по Аквилијевом закону кажњава

856 *Ibid.*

857 G. 3. 202.

858 I. 4. 1. 11.

и тешки нехат. Јустинијанове *Инститиуције* овде немају дилеме – ако је то учињено *per lasciviam*, а не због крађе, онда треба дати тужбу *in factum*. Гају је свакако морало бити добро познато писање старих правника. Да су они били мишљења да је требало дати *actio in factum*, извесно је дилеме не би било ни код Гаја – или би макар навео њихово или неподељено или већинско мишљење, или мишљење појединих од њих. Из Јустинијанових *Инститиуција* је пак јасно да оне имају у виду ситуацију, не из преткласичног, него из класичног права.

Дакле, саучесник је у класичном праву одговарао само ако је треће лице присвојило туђу ствар. Само тада је могло бити речи о неком саучесништву.

IV Што се примера са мулама тиче, Ибетсон, за разлику од Вотсона, сматра да овде на страни починиоца није захтевана *animus furandi*.⁸⁵⁹ Ибетсон каже како је ова експанзивна тенденција фуртума заустављена у II веку и како је овај деликт ограничен на случајеве где је било неке намере за стицањем добити, било за самог преступника или за неку особу која је са њим била у споразуму.⁸⁶⁰ Тако је онај ко је злонамерно махао црвеном крпом – сада био одговоран по *actio furti* само ако је помагао другоме да отме стоку, а не ако је својим деловањем само проузиковао прости губитак стада, тј. његово уништење. У том случају, он је одговоран по *actio in factum*.⁸⁶¹ Ибетсон напомиње како традиција третира ове *in factum* тужбе као изданак Аквилијевог закона, али је ово, по њему, сувише поједностављено. Он наводи како их Гај у G. 3. 202 посматра као не – *furtum* случај.⁸⁶²

Овај проблем може да се реши другачијим тумачењем. Наиме, у класичном праву нема саучесништва у крађи тамо где ствар није и стварно украдена. С тим што је сада за настанак саучесничке крађе битна и фуртуозна намера, јер је код

859 *The Roman Law Tradition, edited by A. D. E. Lewis and D. J. Ibbetson, Cambridge 1994, 59, фн. 37.* Ибетсон на истом месту каже да се у параграфу D. 47. 2. 67. 2 може видети проширење субјективног елемента и каузалне везе између прекршиоцевог акта и материјалне штете. Ово је, по њему, аналогно са екстензијом физичког елемента, која се огледа у померању од одузимања до *contrectatio*. Једина разлика је, каже он, у томе што је ово друго установљено законом, а прво не. Међутим, у дисертацији је заступљено нешто другачије гледиште – Наиме, овде је реч о томе да је дошло до проширивања карактера одговорности. Она није више само непосредна, већ и посредна. О томе је било довољно речи.

860 *Ibid.*, 59–60

861 *Ibid.*, 60

862 *Ibid.*, 60, фн. 42

аквилијанске одговорности тешки нехат изједначен са злом намером. То, у ствари, значи да је код класичног фуртума битна последица – битно је да је ствар украдена, па је свако ко је на неки начин помогао (само да није нехатно) у томе, сматран саучесником. Зато постоји *објективни кривац*, а не *објективна жртва*.

То, поред свега што је наведено у претходним поглављима, потврђује и следећи Улпијанов параграф:

*Consilium autem dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum, opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet.*⁸⁶³

Consilium је починио онај ко убеђује, позива, или инструише другога да почини фуртум, а *ope* је починио онај ко другоме пружа услугу или помоћ приликом крађе ствари.

Код аквилијанске одговорности је пак било битније питање *објективне жртве*, а не *објективног кривца*. Зато та одговорност подсећа на одговорност за манифестни фуртум.

У преткласичном праву је, поред других услова, било потребно да је туђа ствар нестала и да је починилац, пре свега, деловао без адекватног правног основа тј. на супрот вољи жртве. Од аквилијанске штете га разликује, не то што на страни фура није могао да постоји тешки нехат, већ то што је последица код аквилијанске одговорности била оштећење, или уништење ствари. Уколико нема такве последице, онда може бити речи о фуртуму. То, поред других извора, потврђује и следећи фрагмент из Гајевог коментара на провинцијски едикт:

*Nam et si praecipitata sint pecora utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.*⁸⁶⁴

Дакле, ако је туђа стока физички и неповратно пропала (ако је са литице тела у провалију), тек онда наступа аквилијанска одговорност.

V Ибетсон каже и како је физички елемент постајао све мање битан, тако је расла потреба да се буде одређенији у опису прекршиоачевог психичког стања.

863 D. 47. 2. 50. 3.

864 D. 47. 2. 51.

Више није било довољно рећи да је овај требало да поступа *dolo malo*, већ *furti faciendi gratia*, или *animo furandi*. Ибетсон каже како је свако руковање стварју могло да успостави фуртум, али само ако је део одношења ствари. Једини начин да се види да ли је тако – јесте истраживање стања свести прекршиоца, каже Ибетсон. Ово је, каже он, сузило домет фуртума и укотвило га у популарну концепцију.⁸⁶⁵

Очигледно, Ибетсон сматра да је у класичном праву сужен појам фуртума, захваљујући сужавању карактера намере која се захтевала за настанак деликта фуртум. Сада се поставља питање: ако је опсег намере сужаван, како то да је објективни елемент деликта изгубио на значају? Зар није логичније да, како намера губи на опсегу – тако објективни елемент добија на значају?

Ибетсон каже како се највећа препрека за усвајање дефиниције фуртума, која би била заснована на изразу *contrectatio* (што би требало да значи непрописно руковање), налази у томе што је било случајева који су сматрани фуртумом, а где уопште није било физичког додиривања.⁸⁶⁶

VI На тај начин се опет отвара питање саучесништва. То је прилика да се опет окрене неким Вотсоновим тумачењима.

Он пак још доказа за своју интерпретацију налази у D. 47. 2. 50. 1:

Ope consilio furtum factum Celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii furarentur, inimiciarum tamen causa fecerit.

Вотсон, у чланку у којем полемисе са Томасом, каже како не тврди да су сви правници сматрали да је нека особа могла *ope consilio* бити одговорна за крађу, иако није била у дослуху са лоповом. Он само каже да се одређени текстови, на тај начин, најбоље могу разумети. Зато и није разматрао текстове који указују на другачије мишљење других римских правника.⁸⁶⁷ Међутим, он каже како су римски правници били више окренути тежњи да побију туђа гледишта, него да не дозволе могућности

865 *The Roman Law Tradition*, edited by A. D. E. Lewis and D. J. Ibbetson, Cambridge 1994, 60.

866 *Ibid.*, 61

867 A. Watson, *Studies in Roman Private Law*, London 1991 („Contrectatio Again“, *Studia et Documenta Historia et Iuris (SDHI)* 28/1962), 291. Вотсон овде полемисе са ставовима које је Томас изнео у чланку J. A. C. Thomas, „Contrectatio, complicity and furtum“, *Rivista internazionale di diritto Romano e antico (IURA)* 13/1962.

које никада нису биле сугерисане. Зато сматра да D. 47. 2. 54. *pr.* и *h. t.* 39 не противрече његовом ставу, већ му иду на руку.⁸⁶⁸

Вотсон указује како Томас сматра да и у D. 47. 2. 37 и у *h. t.* 36. *pr.*, Помпоније има пред очима ситуације у којима је особа – која се има у виду – у споразуму са лицем које је одговорно по тужби. Вотсон ово аргументовано одбацује. Он каже да у овим текстовима ништа не указује на неку везу између првог прекршиоца и онога ко је заиста узео ствар.⁸⁶⁹

Не би се рекло да је Вотсон у праву кад је реч о вези између саучесника и непосредног починиоца крађе у класичном праву. Његове ставове, поред свега што је наведено, на изричит начин побија горе изнета Улпијанова дефиниција облика саучесништва (D. 47. 2. 50. 3).

VII Вотсон истиче како је противправно дирање, као стандард који одликује дефиницију деликта крађе, такав највероватније од средине првог века пре Христа.⁸⁷⁰ Разматрајући пример из D. 47. 2. 21 *pr.*, Вотсон каже да се одавде може видети да је за Офелија и Требација померање дела значило крађу целине.⁸⁷¹ Не само да овај текст, каже Вотсон, показује да одношење више није било суштина фуртума, већ, што је важније, показује да је додиривање окупирано веома посебну позицију. Ако је просто дирање (*meddling*), уз промишљену намеру одузимања имовине од власника, било стандард – онда ће крађа бити комплетирана оним што је лопов узео, или што је намеравао да узме. За ове републиканске правнике, *contrectatio* је било камен темељац крађе, каже Вотсон.⁸⁷²

Опет треба поновити – није *contrectatio* сам по себи означавао неовлашћено долажење у додир са туђом ствари. Једноставно, уз овај појам је морао да иде израз

868 A. Watson (1991 (1962)), 292.

869 *Ibid.*

870 *Ibid.*, 301.

871 Интересантна је Дафова примедба повдом овог примера. Тако он каже да ништа у поглављу *De furtis* није више академско од дискусије о крађи из гомиле., P. W. Duff, 87. По њему, ово је прикладније за филозофе него за правнике. Можда је, сматра Даф, када се појавила, одговорност за ове крађе била широко постављена, и можда ју је зато било тешко дефинисати. Господари су, по њему, предавали своје робове без много буке, остављајући аргументе људима који су волели таква разматрања., *Ibid.*, 87–88.

872 A. Watson (1991 (1962)), 301.

који указује да је то долажење у додир било неовлашћено. Зато није *contrectatio* камен темељац крађе (ни у преткласичном, ни у класичном праву – како у несаучесничким, тако и у саучесничким случајевима).⁸⁷³ Оно је, углавном, морало да буде праћено фуртуозном намером – као својеврсним корелативом противљењу жртве.⁸⁷⁴ Ово противљење (као доминантан елемент крађе у преткласичном праву) пак указује на две ствари: или на непостојање правног основа успостављања нечије контроле над ствари која је предмет крађе; или на поступање супротно постојећем правном основу, који је настао поводом ствари која је касније постала предмет крађе. Стално треба имати на уму да је (у класичном праву), поред противљења жртве – тј. њеног легитимног интереса,⁸⁷⁵ требало да је ствар украдена (однета) из непосредне контроле жртве. Уствари, тада је противправно присвајање ствари имало превагу над осталим елементима фуртума. На то несумњиво указује Гај у коментару провинцијског едикта: поверилац не може да подигне тужбу за крађу уколико су добра његовог дужника украдена. Ово чак и онда када дужник више не би имао других извора да врати дуг. Једино има активну легитимацију уколико су украдена добра која су му била заложена.⁸⁷⁶

873 У сваком случају – не може бити крађе без физичког додира, слаже се Павле са Сабиним и Касијем. Не може бити крађе уколико постоји само намера да се нешто украде: *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem te manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*, D. 41. 2. 3. 18.

874 Ово на извештан начин потврђује и следећи Гајев коментар: *alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur: hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat, quae de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucranda animo (подвукао О. В.) abstulerit, furtum committit.*, D. 41. 1. 9. 8. Овде се, дакле, потенцира да ће онај ко зарад добити (*lucranda animo*) присвоји туђе ствари на које је наишао у мору, бити одговоран за фуртум. Каже се да је то због тога што се власник није одрекао тих ствари, већ је био принуђен да их избаци преко палубе, како би сам брод преживео невреме.

875 Уколико нема никога да се противи, уколико нема легитимног интереса, онда ствар може да буде присвојена без икакве бојазни. О томе најбоље сведочи следећи Павлов параграф о појму закопаног и напуштеног блага: *thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit, alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est Thensaurus: cuius etiam furtum fit.*, D. 41. 1. 31. 1. Уколико неко сакрије нешто у земљи из страха за безбедност те ствари, онда се не ради о благау, па њено присвајање представља крађу. Павле дефинише благо као давно одложени новац, али уз услов да је оно избрисано из сећања и да зато не припада више никоме.

876 D. 47. 2. 49. pr. Када је реч о непосредној контроли жртве, онда треба навести једну Монроову (*Monro*) примедбу, коју је изнео приликом превода овог фрагмента из Дигеста: „Ако је А кредитор лица Б, онда он има очит интерес да добра лица Б не буду украдена; кредитори као и њихови

Пауел каже да *res nullius* може бити стечена окупацијом од стране прве особе, која може стећи ефективну контролу над њом. Ова категорија, наставља он, обухвата дивље животиње, *res hostiles*, острво које настаје из мора, и драго камење нађено на морској обали. Ове ствари, каже Пауел, не могу бити предмет фуртума, мада неки теоретичари, наставља он, одричу право ловокрадици да стекне ловину окупацијом ако је приликом гоњења прекорачио посед који је власник одвојио за лов или за резерват за дивљач.⁸⁷⁷ Пауел закључује да одношење ствари није битан део дефиниције фуртума. Да је био битан део, наставља он, правници и компилатори Јустинијанове кодификације би могли да сматрају да *animus furandi* треба да постоји у тренутку одношења ствари. Али, основни део дефиниција фуртума (мисли на D. 47. 2. 1. 3 и I. 4. 1. 1), каже он, упућује једино на појам *contrectatio*. Пауел га разуме као – руковање. Само понекад, по њему, овај термин представља алтернативу за одношење (мисли на G. 3. 195 и I 4. 1. 6). По Пауелу је налазач имао *contrectare* у било које време пошто је покупио ствар и ако је имао *animus furandi* у било које време током руковања том ствари, сматра он, може се претпоставити да ће бити одговоран за крађу.⁸⁷⁸

Поставља се питање: ако одношење ствари није битан део дефиниције фуртума, када онда настаје крађа? Због потребе да се одреди тренутак настанка крађе, природно је да одношење ствари, или покушај њеног одношења, мора бити битан део дефиниције.⁸⁷⁹ Само што одношење у преткласичном и класичном праву треба схватити мало шире.⁸⁸⁰ Оно би представљало изношење ствари, или покушај изношења, из видокруга власника, а то значи његово фактичко онемогућавање, или

дебитори треба да буду добро стојећи. Ипак, његов интерес је превише индиректан (*too indirect*) да би му дао право да тужи лопова. Наравно, уколико су добра заложена лицу А, онда је ситуација другачија.“, *Digest XLVII. 2. De Furtis, translated with notes by C. H. Monro, Cambridge 1927, 62.*

877 Raphael Powell (1958–1959), 516.

878 *Ibid.*, 519.

879 То се најбоље види из већ навођеног Улпијановог параграфа из Дигеста: *Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet.*, D. 47. 2. 10 (*Ulpianus libro XXIX ad Sabinum*).

880 Као што је широко дефинисано право на активну легитимацију у случају фуртума: *Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet.*, D. 47. 2. 10. Ко год је погођен крађом, има на располагању *actio furti*. Наравно таква особа ће имати право на тужбу само ако је њен интерес частан: *tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest.*, D. 47. 2. 11. Разматрајући проблем крађе заложене ствари, Улпијан наводи како су и кредитор и власник имали право на тужбу за крађу, јер обојица имају легитиман интерес., D. 47. 2. 12. 2. Закупци земље, иако нису власници, имају на располагању *actio furti*, јер имају интерес који је везан за њихов закуп., D. 47. 2. 14. 2.

покушај онемогућавања, у њеном коришћењу.⁸⁸¹ Може се претпоставити да је одношење ствари добијало на значају како је манифестни фуртум губио сакрални карактер. Одношење ствари је добијало на значају јер је акценат сада стављен на крађом угрожени интерес.⁸⁸² У архаичном праву је пак акценат био на угрожавању светости места на коме је причињена крађа. Зато је тада било битно не одношење, него сам упад на туђ посед. Пошто се посед, по природи ствари, не може однети физички, онда се може само закључити да је упад почињен са намером одношења неке од покретних ствари.

Пауел каже да је јасно да су депонент, залогопримац и комодатар (мада су у складу са правом почели да држе туђу ствар која им је заложена), касније – уколико се на њиховој страни појави *fraudulosa contrectatio* – постајали одговорни за фуртум. Али, каже он, мора бити *contrectatio*, јер сама намера да се украде није довољна.⁸⁸³

Џаблин (*Jablon*) каже да је, пошто римско право није познавало утужење за покушај почињења прекршаја, дефиниција кривичних дела била често сасвим уопштена.⁸⁸⁴ Ово је, каже Џаблин, имало за последицу проширење домета глобе.⁸⁸⁵ Тако он наводи да је крађа могла бити почињена простим додиром нечије ствари, и да је казна, због тога, могла бити прилично озбиљна.⁸⁸⁶

Сада се поставља питање: па није ли знак *contrectatio*, који се често користио код фуртума, срачунат само због тога да казни и покушај крађе? *Contrectatio* увек иде уз *invito domino*. Зашто би неко долазио у додир са неком ствари без овлашћења

881 Такав закључак на својеврстан начин потврђује Павле када каже да сама намера да се нешто украде не успоставља крађу: *inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem.*, D. 47. 2. 1. 1. Он затим износи да неће одговорати за крађу онај ко само одриче постојање депозита, већ је потребно и да га прикрије (да онемогући да буде видљив, *intercipiendi causa occultaverit*) у циљу његовог присвајања: *sic is qui depositum abnegat non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id interceptiendi causa occultaverit.*, D. 47. 2. 1. 2.

882 Тако сада и власник ствари може да одговара за њену крађу, уколико је угрозио интерес који неко лице има поводом те ствари. Власник ствари, која је предмет плодуживања одговара плодуживаоцу за њену крађу, уколико је однесе: *dominus, qui rem subripuit, in qua usus fructus alienus est, furti usufructuario tenetur.*, D. 47. 2. 15. 1.

883 *Ibid.*

884 Iian D. Jablon (1998–1999), 253.

885 *Ibid.*, 253.

886 *Ibid.*, 253. Џаблин у том смислу наводи Бурдикову (W. L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Rochester – NY, 1938) дефиницију фуртума: „Any kind of physical appropriation of goods belonging to another, without the consent of the owner either at the time of getting possession or subsequently, is covered by *furtum*“ (I. D. Jablon, 253 фн. 39.)

власника, или лица које поводом те ствари има нека овлашћења, неко право? Јасно је: само због тога да би је присвојио. *Contrectatio* је увек срачунат на *amovere*. Такав контекст никако није уопштен, већ прилично јасан и одређен – ту се ради о фуртуму, крађи покретне ствари.

Наравно, не мора увек бити физичког додиривања ствари. Некада има одступања од тог правила. Чини се да је то омогућено тиме што је сада значајан акценат стављен на заштити интереса које шири круг лица може да има поводом ствари, која је предмет фуртума. О томе је већ довољно тога речено.

VIII Цимерман пак каже да постоје подаци да су *сџари* сматрали да је одговоран за крађу и онај који је другоме избио новчиће из руке – без обзира на судбину новчића. Он каже да они нису захтевали, нити да је такво лице сарађивало са оним које је новчиће покупило, нити су захтевали да то треће лице уопште постоји.⁸⁸⁷ У том смислу, он се позива на интерпретацију параграфа из *Дијесџа* који се приписује Улпијану D. 9. 2. 27. 21. Ради се о Мек Кормаковој интерпретацији.⁸⁸⁸

То значи да су, у тим случајевим, они имали у виду потребу заштите *објективне жрџиве*.

Зато може да се каже да стари правници нису уопште ни назрели категорију посредних починилаца крађе,⁸⁸⁹ па зато тада нема никакве праве категорије саучесништва. Има само *квази саучеснишџива*. Они су само наставили по логици Закона XII таблица – или је фуртум несумњиво утврђен, или није. Пошто је код саучесника било речи о *објективној жрџиви*, онда се ради о његовој несумњивости.

С друге стране, класични правници никако да значајније одмакну од намере за стицањем непосредне имовинске користи као критеријумом за пасивну легитимацију

887 R. Zimmermann, 930.

888 *Ibid.*, 930, фн. 66. Реч је о Мек Кормаковом чланку који је већ коришћен у дисертацији – G. MacCormack (1983).

889 Невенка Богојевић – Глушчевић, приликом превода прве реченице параграфа Јустинијанових *Инсџиџуџија* (I. 4. 11. *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit.*), износи једну примедбу која иде на руку горе изнетом ставу да се саучесник третира као посредни починилац фуртума. Наиме, она у загради ставља следећу напомену: „Ponekad odgovara за *furtum* i osoba koja nije (neposredno) роџинила *furtum*...“; Nevenka Bogojević – Gluščević, *Izvori za rimsko obligaciono pravo* (posebni dio), Podgorica 1996, 239.

код фуртума.⁸⁹⁰ Зато ни они не могу да дођу до неког концепта праве, већ неке условне саучесничке одговорности (непосредна корист указује на *објективної кривца* – непосредни губитак указује на *објективну жртву*).

То је делом због тога што секуларизација прво захвата непосредне, па тек онда на ред могу доћи посредни односи. Секуларизација полази од конкретног, па онда увиђа шире пределе конкретног. С те тачке гледишта јасно је да су *стаари* били под притиском такве инерције. Код сакралних норми, с друге стране, одговара један чувар култа (један патер фамилијас) другом чувару култа (другом патер фамилијасу). Одговара онај који је затечен у туђем домаћинству, онај у чијим рукама је нађена туђа ствар, или онај у чијим просторијама је та ствар пронађена. То је зато што сакрална одговорност прати свете просторије, њима припадајуће ствари и лица која управљају тим просторијама, и, у крајњој линији, и тим стварима. Сакралне вредности копне захваљујући смањењу броја одговорних лица. На почетку тог процеса секуларизације, у жижи су само непосредни извршиоци, јер је старим правилима предвиђен један једини облик фуртума (манифестни фуртум), орјентисан на угрожено домаћинство, на угрожене просторије и на налаз ствари у туђим рукама, или туђим просторијама. Орјентисан је на налажење одговорног патер фамилијаса – *објективної кривца*.

IX Чини се да, када је реч о саучесницима, у суштини, и даље опстаје логика манифестног фуртума – примат објективног над субјективним елементом деликта. То за резултат, у преткласичном праву, има примат *објективне жртве* над *објективним кривцем*.⁸⁹¹ Некада је тај објективни елемент био оличен у месту извршења и месту проналажења ствари, а код саучесништва класичног права – у неопходној чињеници присвајања ствари (примат *објективної кривца* над *објективном жртвом*). Како онда објаснити прекид који је наступио у преткласичном праву?

Па, то опет може да буде под утицајем манифестног фуртума из архаичног периода. Тада се фуртуозна намера необориво претпостављала чим су постојале

890 Види се из Гајевог коментара да чак ни интерес који даје право на тужбу за фуртум – не сме да буде сувише индиректан, вид. фн. 874.

891 Објективна жртва се утврђује преко опште последице – губитка неке ствари. Објективни кривац се утврђује преко конкретне последице – неовлашћеног присвајања туђе ствари (крађа ствари).

објективне околности које су једно лице доводиле у материјалну везу са нестанком неке ствари другог лица – (*објективни кривац*). Иако се могло десити да је та веза била посредне природе, дивља мисао ју је увек посматрала као непосредну. Она није желела да призна да може да постоји ишта друго сем непосредне везе. Зато није битно у чијим је рукама ствар завршила, већ ко је власника (или овлашћеног држаоца) онемогућио у непосредној контроли те ствари. У преткласичном праву (код саучесништва), у суштини, врло је битан неки објективни елемент деликта (објективна, општа последица – губитак ствари). Он, као такав, јесте ближи злој намери, јер акценат ставља на потребу да се заштити жртва. Жртве пак нема без кривца – јер уколико је реч о случају, или вишој сили, онда нема друштвеног односа, а то значи ни кривичноправног ни облигационог.

Х Цимерман сматра да је исти случај (као онај са избијањем новчића) био и са лицем које је, како каже, заталасало црвеним плаштом како би туђе стадо или крдо нагнало на стампедо, без обзира на судбину стада или крда.⁸⁹²

Он каже да, са придавањем карактеристичног значаја појму *contrectatio*, више ни онај ко је другоме избио новчиће из руке, ни онај ко је нагнао туђе стадо, или крдо на стампедо – нису могли бити сматрани лоповима. Уколико је као резултат њихових радњи наступио губитак новчића или нестанак и уништење крда, или стада, онда на сцену ступа аквилијанска одговорност.⁸⁹³ Уколико су учествовали у нечијој крађи, онда су сматрани саучесницима, подвлачи Цимерман.⁸⁹⁴

Овде Цимерман, због своје оријентације на *contrectatio*, не види да тај појам није заслужан зато што се саучесници не могу искључити из круга непосредних лопова и увести у донекле посебан круг посредних починилаца крађе (*ope* и *consilio*). Они, у класичном праву, постају посредни починиоци зато што је тада захтеван *објективни кривац*, за разлику од преткласичног права када је тражена *објективна жртва*. Због тога, такође, у класичном праву бива потребан појам *contrectatio*. Он говори о

892 R. Zimmermann, 930–931.

893 *Ibid.*, 931

894 *Ibid.*

непосредном долажењу у додир са *res*, као што се *објективни кривац* утврђује преко конкретне поведице – неовлашћеног присвајања туђе ствари.

С друге стране, *сџари* су – тиме што су овим лицима приписивали одговорност која је независна од одговорности онога ко је од њихове деликтне радње стекао непосредну материјалну корист – у њима, у ствари, видели самосталне починиоце. Само је, изгледа, код њих та њихова одговорност нешто непосреднија (конкретнија), па и очевиднија и самосталнија, него код саучесника класичног права. Непосреднија је јер је преткласично право тражило општу последицу – губитак ствари (*објективна жртва*).

Све ово значи да је преткласично – *неправо саучесништво* – концепцијски, заправо, могло бити само једна врста манифестног фуртума. Саучесништво класичног права већ спада у неманифестни фуртум, јер зависи од непосредног починиоца који је неманифестни фур. Намерно се увек говори о непосредном починиоцу, јер он не мора увек да буде главни починилац (не мора да буде организатор).

Цимерман пак каже како је услов у виду *contrectatio* представљао како суштински узрок, тако и мерило за разликовање између главног кривца и саучесника. Такође каже да је он заснован на генијалној реинтерпретацији клаузуле *ope consilio Numerii Negidii furtum factum*, која се од старих времена налази у формули *actio furti non manifesti*.⁸⁹⁵ Он каже да је то изворно била сажета фраза која је наглашавала физичке и менталне услове крађе: *it had to be committed "by act and design" of Numeriis Negidius*.⁸⁹⁶ Износи и претпоставку да је Лабееон био први који је бранио ову интерпретацију и који је разумео речи *ope consilio* у смислу: уз помоћ или савет оптуженог.⁸⁹⁷ Сматра да је ова интерпретација нагло успостављена као ауторитивна, јер се може пронаћи у различитим текстовима од краја првог и почетка II века после Христа.⁸⁹⁸ Он каже и да изгледа да је формула врло мало промењена како би се прилагодила новом и другачијем начину гледања на одговорност за крађу. Том приликом, он

895 *Ibid.*

896 *Ibid.*

897 *Ibid.*

898 *Ibid.*

је и наводи: *Si paret Aulo Agerio a Numerio Negidio opeve consilio Numerii Negidii furtum factum esse paterae aerae . . .*⁸⁹⁹ Цимерман каже да је ово стога што, ако је *ope consilio* означавало само саучесништво у крађи, онда је требало унети посебну клаузулу која ће се односити на праву крађу.⁹⁰⁰

Правно разликовање између саучесника и непосредног лопова није постојало никада – ни у преткласичном, ни у класичном праву. И један и други су одговарали за крађу, изричито кажу извори (*Interdum furti tenetur qui ipse furtum non feserit*). Притом не наводе да је постојала било каква разлика у њиховом кажњавању. Зато се може рећи да римско право не познаје саучесништво у правом смислу те речи.

Римско право никада није у првом плану имало у виду радњу деликта фуртум, већ је то било или место, или потреба заштите жртве, или последица овог деликта. Тек последица (која добија на значају у класичном праву) ствара услове за појаву *нейравої саучесништва*.

899 *Ibid.*

900 *Ibid.*

11. ПРЕДМЕТ ФУРТУМА И ЊЕГОВ ЗНАЧАЈ У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

I Јоловиц наводи како је ствар, која је предмет крађе, морала бити *res in commercio*. Непокретности нису могле бити предмет крађе, истиче он.⁹⁰¹ Проневера (*misappropriation*) јавне покретне имовине представљала је *peculates*, а светих религијских покретности *sacrilegium*. Међутим, овде су у основи примењени широки принципи фуртума, каже Јоловиц. Зато, наводи он, ова кривична дела укључују не само физичко премештање (*actual removal*), већ и проневеру јавних фондова и фалсификовање јавних финансијских извештаја (*public accounts*).⁹⁰²

Ствари које припадају напуштеном наследству – *res hereditariae* – не могу бити украдене, каже Јоловиц. Он сматра да је то због тога што нису припадале никоме.⁹⁰³ Тако и Пауел (*Powell*), приликом анализе дефиниције у I. 4. 1. 6 (*Furtum fit generaliter cum quis alienam rem invite domino contrectat*), каже да упућивање на *aliena res* указује да налазач ствари која нема власника не може бити лопов, док услов да власник мора бити *invitus* – значи да не може бити крађе уколико власник да сагласност на *contrectatio*.⁹⁰⁴ У класичном и каснијем праву, наставља Јоловиц, правило да ствари које не припадају никоме – не могу бити предмет крађе, важило је чак и пошто је наследник прихватањем наслеђа постајао власник. То правило је важило све док није и фактички ушао у посед тих ствари. Ово правило је, по Јоловицу, производ новије концепције крађе као прекршаја против државине.⁹⁰⁵

901 Мада се треба присетити да Гај каже како су неки старији правници били мишљења да су и непокретности могле бити предмет крађе (D. 41. 3. 38: ... *abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.*). Том приликом Гај каже да је ово гледиште у његово време одбачено.

902 H. F. Jolowicz, xvi.

903 *Ibid.*

904 Raphael Powell (1958–1959), 509.

905 H. F. Jolowicz, xvi.

Није ту реч о крађи као прекршају против државине, него о угрожавању овлашћене државине. Познато је да нема одржаја украдених ствари. С друге стране, да би ствар могла да буде предмет крађе – потребно је да има власника. У горњем примеру, очигледно је, сматрало се да заоставштина нема власника све док наследник није успоставио државину над њом.

Тако и Улпијан, говорећи о проблему крађе ствари из пекулијума, напомиње како не може бити крађе из напуштеног наследства.⁹⁰⁶

Реч је о томе да је приватна својина увек сматрана релативном. У почетку – крађа није била уперена против приватне својине, већ против светости и мира туђег дома. Касније – она представља деликт неовлашћеног одношења туђе покретне ствари. Није она уперена против државине, већ представља неовлашћено одношење. То је зато што предаја ствари без одговарајућег правног основа, углавном, није могла да успостави својину. О томе, на посредан начин, говори следећи Павлов фрагмент из његовог коментара на едикт:

*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*⁹⁰⁷

Одношење ствари која не припада никоме у ствари представља оригинално стицање својине. Нити има друге стране, нити њене несагласности, па не може бити ни крађе.

Јоловиц наводи да је преовлађује мишљење да само покретне ствари могу бити предмет крађе.⁹⁰⁸ Јоловиц резимира информације из извора, и каже да није наведен разлог за ово ограничење. Он каже да постоји сагласност да крађа подразумева одношење (*asportation*).⁹⁰⁹

II Овај објективни елемент крађе је неодвојив од кривице и обратно. Потврда се опет може наћи у једном од Улпијанових фрагмената:

906 D. 41. 1. 33. 1: *Eadem distinctione quis utetur etiam, si res fuerit subtracta: aut cessare aut non furti actionem dicet, si ex testamento adierit, quoniam hereditati furtum non fit, aut, si non adierit, patri dabitur furti actio.*

907 D. 41. 1. 31. pr.

908 H. F. Jolowicz, xvi.

909 *Ibid.*, xvii.

*...si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere videtur. quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse.*⁹¹⁰

Дакле, уопште није важно да ли је сељак предузео хајку са намером да украде туђу свињу – уколико је не би вратио ако је власник тражи, починио би крађу. То у ствари значи да је намера за присвајањем туђе ствари испољена тек накнадно, преко задржавања ствари и када је њен повраћај захтевао прави власник. Тако је против лица, у чијим је рукама та ствар, могуће поднети и *actio furti* и тужбе за повраћај власништва *rei vindicatio* и *actio ad exhibendum*.

То значи да је код одржаја битна прво фактичка контрола ствари, па тек онда намера. Слично је било и код фуртума. Прво се утврђује да ли је неко неовлашћено дошао у додир са неком ствари, па се онда, преко тога, претпоставља намера да се почини фуртум.

С друге стране, Павле каже како већина старих правника, међу њима и Сабин и Касије, оправдано сматра да не може бити крађе без дирања (*contrectatione*) ствари.⁹¹¹ Тако, проста намера да се присвоји туђа ствар, без овог објективног елемената не значи ништа:

*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem te manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*⁹¹²

Опет Улпијан наводи како је свака деликтна тужба, било цивилна или преторска, почивала на принципу да одговорност прати прекршиоца. Тако наследници

910 D. 41. 1. 44. С друге стране, Гај каже да нема крађе без *affectus furandi*, D. 41. 3. 37. pr: *Furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.*

911 D. 41. 2. 3. 18: *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem te manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.* Овом приликом, Вотсон термин *contrectatione* преводи као *physical meddling*, A. Watson, *The Digest of Justinian Vol 4*, 20.

912 D. 41. 2. 3. 18.

и остали сукцесори нису били подложни пеналним тужбама. Једино су били подложни тужбама за повраћај својине.⁹¹³ Из овога је поново јасно да нема крађе без кривице. Дакле, у преткласичном и класичном праву крађа не прати ствар – није постала део њене природе, као што сматра Беловски. Она, као што то каже Улпијан, прати прекршиоца. Чини се да је могуће бити толико слободан да се закључи да је, у ствари, пратила прекршиочев акт – злонамерно и неовлашћено одношење туђе ствари. Јасно је да ни тада фуртум не утиче на развој приватне својине. Само некако иде упоредо са њом. Да је тако говори и, већ наведени, Павлов фрагмент у коме се он слаже са Касијем да, уколико залогодавац прода заложену ствар, а да претходно није измирио дуг заложном повериоцу, онда је против њега могуће подићи *actio furti*. Међутим, то не смета да ту исту ствар треће лице стекне одржајем. То је због тога што је Атинијевим законом било предвиђено да, уколико украдена ствар буде враћена власнику, само тада може бити стечена одржајем. Дакле, не може се рећи да је сам деликт фуртум био инкорпориран у *res* која је била предмет крађе, него правила о забрани одржаја украдених ствари имају у виду искључиво заштиту власника, тј. његове слободне воље.

III Проблему ствари, које могу бити предмет фуртума, на занимљив начин приступио је Томас Фразел (*Thomas D. Frazel*).⁹¹⁴ Он наводи како је 70. године пре Христа, Цицерон покренуо кривично гоњење против Вера за *repetundae*.⁹¹⁵ Том приликом

913 D. 47. 1. 1. 2 (Ulpianus libro 41 ad Sabinum): *Non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur.* D. 47. 1. 1. pr: *Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt. Sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. Item condictio adversus eos competit.*

914 Thomas D. Frazel, „Furtum and The Description of Stolen Objects in Cicero in *Verrem* 2.4“, *The American Journal of Philology* 3/2005. Фразел напомиње да се у свом чланку наслонио на текст и све преводе D. 47. 2. онако како су они дати код Јоловица, *Ibid.*, 364, фн. 1.

915 Како Фразел истиче, *repetundae* се односи на кривична дела која су починили представници државе. То су били људи који су припадали највишим друштвеним слојевима, наводи он. Лопови, с друге стране, припадају нижим друштвеним слојевима, *Ibid.*, 374. Фразел наводи Момзенов став да присвајање туђе имовине може бити гоњено путем *repetundae*. Међутим, у стварности су се, наставља Фразел да износи ово схватање (при том изгледа да се слаже са њим), рани судови за изнуду фокусирали на илегалне поклоне и изнуду. При том се Фразел слаже са Момзеном у тврдњи да је тешко замисливо да би аристократа починио директну крађу, *Ibid.* Поставља се питање: зашто аристократа не би могао да почини најобичнију крађу? Овде Фразелова аргументација изгледа прилично неуверљиво. Пре би се могло рећи да су аристократе гоњене за изнуду јер су, с обзиром

га је оптужио да је као бивши претор, поред осталих ствари, украо не само *res sacrae* из разних храмова на Сицилији, већ и предмете који припадају поједним Сицилијанцима.⁹¹⁶ Фразел каже: „Доказујем да Цицерон овде слика Вера начинима који су упадљиво слични онима који се користе против лопова у цивилној процедури: он истиче да је Вер однео многа добра, он карактерише Верове куповине као присилне продаје, то су такорећи, слабо маскиране крађе, и, коначно, он описује различите украдене предмете прилично немарно, што је карактеристично за оптужбе за крађу“.⁹¹⁷ По Фразеловом мишљењу, Цицерон је намерно употребио сувопарно правничко инсистирање на чињеницама, иако се овде ради о уметничким делима. На тај начин је, поентира Фразел, Цицерон ставио нагласак на етичке аргументе у овом свом говору.⁹¹⁸

Очигледно да ни за време Цицерона, сама ствар није играла пресудну улогу за питање природе деликта *furtum*. Видело се да је у Закону XII таблица за његово дефинисање од пресудне важности био акт одношења туђе ствари из туђег дома. За време Цицерона нагласак је очито био на етичкој осуди крађе. Очигледно, дом није представљао баш толику светињу као некада, па је сада акценат на моралној одговорности. Преко тога, у првом реду се указује да је прекршилац поступио супротно вољи власника, тј. без адекватног правног основа. Овај Фразелов пример пружа још

на природу римског политичког система, једино оне и могле починити изнуду. Зашто би изнуда за аристократију представљала мање срамно дело од некакве обичне и директне крађе? Ако би се прихватило наведено Фразелово схватање, онда би се могло закључити да аристократија изнуђује да би била још богатија и да такво понашање за аристократе може бити донекле разумљиво. С друге стране, обична крађа је резервисана за обичне грађане, за сиротињу. Међутим, из Гајевог сведочанства о *furtumu* не може се закључити тако нешто. Из чувене дефиниције *furtuma*, дате у *Дигестима*, а која се приписује правнику Павлу, не може се закључити тако нешто. Те дефиниције једноставно уопште не говоре о било каквим социјалним разликама. Гај, по питању *furtuma*, нигде у својим *Институцијама* не спомиње социјално-економске разлике. Познато је како се он, када говори о *furtumu*, чуди древној процедури претраге (*lance et licio*). Никако не може да нађе њену рационалну подлогу. Исто тако, када говори о легисакционом поступку и о томе како је за спорове о слободи требало положити 50 аса опкладе, коментарише како се то чинило – иако је човек врховна вредност (G. 4. 14). Тај манир показује и на многим другим местима. Дакле, Гају није страна да изађе ван правних норми и објашњење потражи у ширим друштвеним условима. Није му страна ни рационалана, а ни хуманистичка критика неких решења. Међутим, он никако не говори о социјалном статусу како лопова, тако и жртве. Да аристократе нису чиниле обичну крађу, он би и то некако напоменуо. Макар му они не би на томе замерили.

916 *Ibid.*, 363.

917 *Ibid.*

918 *Ibid.*

један доказ у прилог става који је заузет по питању циља Атинијевог закона. Наиме, овај закон је донет како би на што адекватнији начин и фактички заштитио слободну вољу власника. Уколико се ствар пре њеног стицаја одржајем врати власнику, онда се стварају фактички и непосредни услови да он слободне воље одлучи о њеној даљој судбини.

Фразел истиче да је, на први поглед, чудно да су теме које се иначе везују за деликт *furtum*, присутне у кривичном поступку за *repetundae*. Он истиче да *repetundae* обухвата и обичну крађу. Тако се, како подвлачи, овај поступак у извесном степену преклапа са фуртумом.⁹¹⁹

Из овога се никако не може закључити да су аристократе ретко чиниле фуртум као неки нижи облик крађе, који је њима био испод сваке части. Аристократе никако не треба представљати као економски унифициран друштвени слој. И међу њима је морало бити разике у богатству, политичкој моћи. И међу њима је морало бити припадника који су банкротирали, који су очајни, и од којих се због тога могло очекивати да почине обичну крађу. Уосталом, и добро стојећи припадници овог слоја могли су из разних разлога да почине обичну крађу, па био то и обичан хир.⁹²⁰

Фразел каже да заједничку основу фуртума и репетундума налази у *lex repetundarum* који је сачуван у Урбино фрагментима, закону за који он сматра да највероватније потиче из времена трибуната Корнелија Граха (из 123. или 122. пре Христа).⁹²¹ Овај закон је, како Фразел истиче, предвиђао тужбу која гласи на дуплу суму новца од вредности имовине преко неког непознатог фиксираног износа који може бити – како преводи Фразел – *teken (ablatum)*, *seized (captum)*, *extorted (coactum)*, *procured (conciliatum)*, *diverted (auorsumue)*. Фразел наводи да данас теоретичари никако нису сагласни око тачног значења наведених глагола, као ни око њихове суштинске међувезе. Једни, тако, кажу да троји речи од ових пет имају кривични смисао, а да су *ablatum* и *captum* неутрални термини који указују

919 *Ibid.*, 363–364.

920 Упор. фн. горе

921 *Ibid.*, 364. Фразел на истом месту напомиње да се ови фрагменти понекад називају *Tabula Bembina*.

на присвајање у било ком облику.⁹²² Други, *ablatum* преводе као *украден (stolen)*, а неки, још неутралније, као *узет* (*taken*), каже Фразел.⁹²³

Он наводи да је и *auferre* био технички термин за деликт *furtum*. „Класични извори, нарочито D. 47. 2, указују на два типа радњи које се квалификују као *furtum*: (1) просто држање неке ствари која правно припада некоме другом, или (2) одношење тог објекта. Оба стандарда су често, у класичним изворима, означавана глаголима: *contrectare* је уобичајено коришћен за први, *auferre* или *tollere* за други“.⁹²⁴ Присуство *auferre* у кривичном *lex repetundae* је оно, каже Фразел, што изазива сложена питања о степену присуства цивилне компоненте у формирању *repetundae*.⁹²⁵

922 *Ibid.*

923 *Ibid.*

924 *Ibid.* 365. Фразел истиче да англо-амерички аутори за ова два облика радњи радије употребљавају именице *handling* и *asportation*, *Ibid.*, фн. 6. Прво би се могло превести као руковање, држање, а друго као одношење.

Фразел каже да се оба стандарда могу наћи у Гајевим *Институцијама* (G. 3. 195). Он сматра и да је упитно који од њих је начињен у Цицероново време. Фразел мисли, без покушаја упуштања у било какво аргументовање (како сам признаје), да је реч о присвајању (*asportation*), *Ibid.*

925 *Ibid.*

12. ACTIO FURTI

О питању ко све и у којим случајевима има право на тужбу за почињени фуртум, много тога је већ речено. Међутим, и поред тога, постоји потреба да се на једном месту да краћи приказ тог проблема и да се том приликом појасне неки од заузетих ставова.

И Гај потврђује да је за настанак крађе битна намера да се фуртум почини.⁹²⁶ Зато малолетник не може бити одговоран за крађу уколико није у стању да схватити значај својих поступака.⁹²⁷ Када је већ реч о намери, онда треба указати и на селдећи Гајев одломак. Ту се каже да се крађом сматрало и разбојништво, јер је ту најочигледнија намера да се против воље њеног власника отме ствар: *Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit?*⁹²⁸ Гај на истом месту каже како је претор овде увео посебну тужбу *quae appellatur vi bonorum raptorum*, којом је захтевана четворострука вредност украдене ствари. Међутим, овде је битно и то што Гај каже да је ова *actio utilis* стајала на располагању и када је у питању ствар минималне вредности: *Quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapiarit.* Из овога је јасно да је потпуно исправан став који је заузет у дисертацији да је манифестна крађа кажњавана тако ригорозно у односу на неманифестну баш зато што је то несумњива крађа. Гај јасно указује да је код крађе најбитнија намера.

926 Нешто слично томе каже и Помпоније, чији став наводи Улпијан у параграфу који је смештен у 41. књизи Дигеста, у првом титулусу, у коме се говори о прибављању својине на ствари. Ради се о принципу који наводи Помпоније да ствари остају наше све док их је могуће повратити. Тако, каже овај правник, што смо изгубили у бродолому – не престаје да буде наше. Онај који присвоји те ствари, одговараће четвороструко, D. 41. 1. 44. Из овога је потпуно јасно да ће налазач таквих ствари одговорати за манифестни фуртум. То може да буде само због тога што је очигледно да су то ствари које је неко невољно изгубио, па је онај ко их присвоји несумњиво испољио фуртуозну намеру.

927 G. 3. 208.

928 G. 3. 209.

Код манифестне крађе и код разбојништва она је потпуно уочљива, и зато непосредно и на лицу места доказана. Колико је римским класичним правницима намера била битна, најбоље сведочи следећи Улпијанов став:

*Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere seivit.*⁹²⁹

Дакле, онај који је додиривао (*atingere*) туђу ствар, мислећи да је власник сагласан с тиме (*qui putat dominum consensurum fuisse*), није могао починити фуртум, па макар био у заблуди. Ово је јасан доказ да је намера да се противправно присвоји туђа ствар, у ствари, најбитнији елеменат фуртума. Бар је тако било у класичном праву.

II Из целине Гајевог извештаја о фуртуму види се да је тек претор издвојио разбојништво из манифестне крађе. С друге стране, то што је подједнако кажњавано и за разбојничку крађу ствари минорне вредности наводи на претпоставку да, ако је тако било за време преторове интервенције – онда је тако морало бити и пре. То пак значи да у старим временима, када је постојао само манифестни фуртум, крађа није била чисто имовински деликт. Она је била, пре свега, сакралне природе.

Када је постала само имовински деликт, онда је право на тужбу добило свако лице које је имало интереса да ствар буде безбедна, како се могло видети из наведених Гајевих параграфа у претходним поглављима. О томе говори и Улпијан: *Cuius interfuit non subripi, is actionem furi habet.*⁹³⁰

III Биркс наводи формулу тужбе за неманифестни фуртум: „Ако се испостави да је златну чинију од АА украо NN, или да је украдена уз помоћ и савет NN, у том случају NN треба да накнади штету као лопов, судија осуђује NN да лицу АА исплати дуплу вредност коју је ствар имала у време када је крађа почињена; ако није, да се ослободи“.⁹³¹

929 D. 47. 2. 46. 7.

930 D. 47. 2. 10.

931 Peter Birks, Review: The Rise of Roman Jurists, Oxford Journal of Legal Studies 3/1987, 447. Биркс за латински изглед ове формуле упућује на Ленела (Lenel, Edictum, 324–330), *Ibid.*, 447, фн. 9.

Код Ленела формула изгледа овако:

*Si paret Ao Ao a No No opeue consilio Ni Ni furtum factum esse paterae aureae. quam ob rem Nm Nm pro fure damnnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Nm Nm Ao Ao condemna: si non paret absolve.*⁹³²

Ова формула је састављена на основу Гајевог извештаја о тужбама код којих постоји неки фингирани елемент:

*... Nam si cum peregrino agatur formula ita concipitur iudex esto. si paret L. Titio ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae quam ob rem eum si civis Romanus esset pro fure damnnum decidere oportet et reliqua...*⁹³³

Као што се може видети, овде нема речи о томе да се ради о манифестном, или неманифестном фуртуму, јер нема речи о санкцији. Међутим, истраживачи су једногласни да је реч о неманифестном фуртуму.

Бакленд подвлачи како се *demonstartio* јавља у неким личним тужбама, а не код *actiones in rem*, ни код *actiones in factum* (са неким изузецима), јер *intentio* садржи приказ стања у питању.⁹³⁴ Нема *demonstartio* код *actio furti manifesti*, као тужбе *in factum*, нити је има, судећи по Гају, код *actio furti nec manifesti*, каже Букланд.⁹³⁵

Биркс истиче како формула коју је навео – оставља многе ствари нерешеним, а тичу се и саме дефиниције крађе. Он почиње од тога како ни један судија неће имати проблема ако је неко потајно однео чинију и продао је. Међутим, пита се, шта ако је *NN* ухваћен пре него што је узео чинију; или да ју је позајмио за вечеру и онда је заложио за обезбеђење недељног кредита. Случај зајмопримца који је неовлашћено употребио позајмљену ствар – рано је решен, истиче Биркс. У касном II веку пре Христа, Брут каже да је нечастан зајмопримац сматран лоповом. Њега следи Квинт Муције, каже Биркс. Друго питање, неопходног акта, коначно је решено путем израза *contrectatio*, али тек дубоко у класичном периоду. У Цицероново време још увек није, наглашава Биркс.⁹³⁶

932 Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1883, 263.

933 G. IV 37.

934 W. W. Buckland (2007), 650.

935 *Ibid.*

936 P. Birks (1987), 447.

Бакленд наводи како у римском праву није било тужби које би гласиле на више од четвороструке вредности ствари. Једино је аквилијанска тужба, каже он, с обзиром на то да је гласила на највећу вредност у току године, могла донети више од четири пута од реалног интереса.⁹³⁷ Четвороструке тужбе су биле бројне, али се *metus* разликује од осталих, каже Бакленд. На пример, *actio furti manifesti* је била *arbitraria*, наводи овај аутор. Казна се примењује само ако је могућност реституције одбачена у тужби.⁹³⁸

IV Хајде да се види шта извори поближе кажу о тужби за фуртум. Ко је имао активну легитимацију, а ко пасивну?

Улпијан каже да ће особа која има интерес да не буде преварена, имати право на *actio furti*.⁹³⁹ Павле каже да ће таква особа добити тужбу само ако је реч о часном интересу.⁹⁴⁰ Из следећег Улпијановог фрагмента је јасно да право на *actio furti* нема онај за кога не постоји никаква опасност да ће му нешто пропасти, да ће нешто изгубити.⁹⁴¹ Ово је само друга страна принципа да право на ову тужбу има особа која има интерес да не буде преварена. С друге стране, само *bonae fidei* држалац има право на ову тужбу зато што је општи принцип да нико не може добити активну легитимацију за прекршај који је сам направио.⁹⁴² Заложни поверилац увек има право на тужбу.⁹⁴³

Особа којој се дугује нека ствар по основу стипулације, нема права на *actio furti* уколико је та ствар украдена, а дужник није крив за непредају ствари.⁹⁴⁴

937 W. W. Buckland (2007), 693.

938 *Ibid.*

939 D. 47. 2. 10 (*Ulpianus libro 29 ad Sabinum*): *Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet.*

Ову реченицу је Вотсон превео на следећи начин: *A person who has an interest in the thing not being stolen will have the action for theft.* Међутим, чини се да овде Улпијан употребљава, не случајно, шири појам од крађе, појам преваре.

940 D. 47. 2. 11 (*Paulus libro 9 ad Sabinum*): *Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest.* Зашто би овде било наведено Павлово мишљење о часном интересу, уколико је горе изричито поменута крађа? Не, ово значи да се у параграфу – који је наведен у претходној фусноти – ради о ширем појму, о превари.

941 D. 47. 2. 12 pr (*Ulpianus libro 29 ad Sabinum*): *... Si autem solvendo non est, ad dominum actio reddit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.*

942 D. 47. 2. 12. 1: *Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.*

943 D. 47. 2. 12. 2: *... et verius est ubique videri creditoris interesse.*

944 D. 47. 2. 13 (*Paulus libro 5 ad Sabinum*): *Is cui ex stipulatu res debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret.* “A person to whom a thing is due under a stipulation does not have the action for theft when the thing is stolen if it was not the debtor’s fault that he did not deliver it”, A. Watson (1985), 252.

Ето најбољег доказа да фуртум подразумева и одговорност за неовлашћено одношење ствари. Пошто се у Риму својина стицала предајом ствари, а не само склапањем уговора, онда поверилац из стипулације нема право на тужбу, јер још нема својину. Међутим, интерес му је повређен само ако је дужник крив за непредају ствари. То је једнако неовлашћеном одношењу ствари. Тада има право на *actio furti*.

Исто тако, Улпијан наводи Целзов став да купац коме ствар још увек није предата – нема права на *actio furti*. Ово право има продавац, као и право на кондикцију и виндикацију. Ризик је на купцу.⁹⁴⁵ Међутим, из претходног параграфа се види да је купац имао право на *actio furti* уколико је продавац крив за неиспоруку ствари.

„У условима натуралне привреде продаја се обавља обично на најједноставнији начин, разменом ствари, касније ствари за сирови метал, и најзад за ковани новац: ‘уговор’ се истовремено закључује и извршава, па нема услова да он за странке створи обавезе које би требало правно заштити“.⁹⁴⁶ Значи, тада („у условима натуралне привреде“) нема временског јаза између склапања и извршења уговора, као што га нема ни код манифестног фуртума између његовог почињења и његове доказаности. Касније, тај јаз постаје несавладив. Може се рећи да је у горњем Улпијановом примеру ризик на купцу баш због постојања тог временског јаза. Код неманифестног фуртума је, због таквог јаза, немогуће бити потпуно сигуран у кривицу осуђеног. Код манифестног фуртума, због непостојања тог јаза, нема ни разлике између оптуженог и осуђеног. У горњем примеру, због постојања јаза, купац нема правом признати интерес који би му дао право на *actio furti*. Јаз не постоји само ако је продавац крив за неиспоруку. Опет доказ да кривица долази из апсолутног света. Зато је овде *actio furti* тужба за неовлашћено одношење ствари. Овде кривица успоставља очигледност – непосредност купчевог интереса.

945 D. 47. 2. 14. pr (Ulpianus libro 29 ad Sabinum): *Eum qui emit si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*

946 М. Милошевић (2005), 336.

С друге стране, код ометања приватне својине није потребна кривица да би се успоставила одговорност. Ту се једино захтева противправност. Зато ту ништа није очигледно. Када није очигледно, није несумњиво.

Када је несумњиво, онда нема временског јаза између почињеног и доказаног деликта, између отпочињања поступка и изрицања пресуде и између доношења пресуде и њеног извршења. Када нема временског јаза, онда је на делу апсолутна одговорност.

Пошто горе поменути фуртум није очигледан, већ само купчев интерес, онда се ради о тужби за неовлашћено одношење ствари, а не о тужби за манифестни фуртум.

Улпијан каже и да су колони, иако нису били власници, имали право на *actio furti* јер им је угрожен интерес.⁹⁴⁷ Он се затим бави питањем да ли је депозитар имао право на *actio furti*. Даје одговор да није, јер он иначе не може да одговара сем ако се није послужио преваром (*si dolo careat*).⁹⁴⁸ Пошто нема интереса, нема ни тужбе. Помпоније каже да је послугопримац, који преварно користи ствар, лишен права на *actio furti*.⁹⁴⁹ Јулијан каже да је интерес да ствар не пропадне, и зато је и право на *actio furti* имао сваки онај који је морао да води рачуна да ствар не буде изгубљена његовом кривицом.⁹⁵⁰ Онај који је изнајмио ствар – има право на ову тужбу, ако је ствар украдена његовом кривицом.⁹⁵¹ Зајмопримац има право на *actio furti* не само с обзиром на позајмљену ствар, већ и с обзиром на ствар која јој на неки начин припада, која јој служи, која следи након ње. То је зато што је био задужен за чување свих ових ствари.⁹⁵² Дакле, одговорност,

947 D. 47. 2. 14. 2: *Praeterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia interest eorum.*

948 D. 47. 2. 14. 3: *is autem apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti actionem: quid enim eius interest, si dolo careat. quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.*

949 D. 47. 2. 14. 8: *item Pomponius libro decimo ex Sabino scripsit, si is cui commodavi dolo fecerit circa rem commodatam agere eum furti non posse.*

950 D. 47. 2. 14. 10: *...neque enim, inquit is cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit...* Вотсон је ово превео на следећи начин: "For, he says, it is not everyone who, in the wide sense, has an interest in the thing's not being lost, who has the action for theft, but the person who is liable in respect of the thing because it has been lost through his fault", A. Watson, Digest, 253–254.

951 D. 47. 2. 14. 12: *Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.*

952 D. 47. 2. 14. 15.

кривица (*culpa*) за чување ствари – била је корен активне легитимације за *actio furti*. Нема интереса без кривице. Кривица није довољна за фуртум, али је неопходна.

С друге стране, право на кондикцију, у случају фуртума, има само власник (*condictio autem ei demum competit qui dominium habet*).⁹⁵³

Вотсон каже да власник за подизање *actio furti*, није морао да има државину. Најочигледнији пример он налази у бацању ствари преко палубе, када се брод налази у олуји. Нема сумње да је ту власник изгубио државину, каже Вотсон. Али, особа која пронађе те ствари и која намерава да их задржи, и која није уверена да су оне напуштене – починиће фуртум.⁹⁵⁴

У случају стицаја деликата, Улпијан каже да ће починилац одговрати за сваки од њих у пуном износу законом предвиђене санкције. Тако, ако неко украде и убије туђега роба, примењују се обе тужбе и за крађу и аквилијанска тужба за *occidere*. Ако је силом отео туђега роба и затим га убио, онда на располагању стоје и *actio vi bonorum raptorum* и аквилијанска тужба за убијеног роба. Затим се Улпијан окреће питању да ли је подигнута *condictio furtiva* поништавала могућност подизања аквилијанске тужбе. Том приликом се ослања на став Папинијана да је власник могао заједно користити ова процесна средства, зато што су се заснивала на различитим проценама. Аквилијев закон је заснивао санкцију на највишој вредности коју је ствар икада имала, а кондикција на вредности ствари у време њеног подношења. У случају да је роб починио деликт и да је по основу неке тужбе ноксално предат жртви, онда све друге тужбе опадају. Уколико неко други украде и ишиба роба, онда је против њега било могуће поднети како тужбу за крађу, тако и тужбу за инјурију. Ако га том приликом убије, онда се против њега подносе три тужбе. Исто тако, ако је неко украо туђега роба и затим га осрамотио (*flagitaverit*), биће доступне обе тужбе, *actio servi corrupti* и *actio furti*. Уколико рани роба којег је украо, онда су подједнако на располагању аквилијанска и тужба за фуртум.⁹⁵⁵

953 D. 47. 2. 14. 16.

954 Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, London 1991, „Acquisition of Ownership by traditio to an extraneus“, 117.

955 D. 47. 1. 2.

Ханбури (*Hanbury*) каже да су творци римског права показали студиозну жељу да га уоквире у складу са обрасцем који поставља *iuris praecepta*. Та њихова доследност је кривац понеких невештих решења, каже он. Безазлен, какав је био *odium furum*, питање је да ли је било какав практичан ефекат постигнут предвиђањем да лопови (неправилно) буду подложни *condictio furtiva*, поврх четвороструке казне за манифестни фуртум, или дупле за неманифестни, које је саме по себи било често немогуће изнудити због уобичајеног сиромаштва лопова који су били слободни људи – пита се Ханбури. Уколико је реч о робовима, онда су њихови господари имали да исплате штету, или да их предају по начелима ноксалне одговорности. Други начини за обесхрабрвање крађе давали су много боље резулте, наставља Ханбури. Он наводи да је римска регулација фуртума, независно од разлике између манифестног и неманифестног фуртума, била мање везана за формалности него енглеска правила о крађи. Он каже како нас константно подсећају да се, они који су морално криви, константно извлаче из мреже закона и, да је, из једног или другог разлога, лаику тешко то да разуме – да неко не може да буде осуђен за крађу због лукавства, или проневере, или стицања путем извртања чињеница, или путем преварне конверзије. Баријера која их безбедно чува од дохвата кривичног права, уобичајено се налази у енглеском праву о државини (*possession*), каже Ханбури. Али, има и других баријера, наставља он, када судови и судије интерпретирају речи које се налазе у закону о крађи, када се инсистира на одсуству сагласности власника за одношење.⁹⁵⁶

Одсуство сагласности власника за одношење ствари управо је елемент који претеже у фуртуму преткласичног права. Ханбури, као што се могло видети, каже да је то нешто чега се ригидно држе енглески судови, и да због тога настају велики проблеми – многи починиоци избегавају одговорност.

Изгледа да је римско право више укоренењено у моралне концепте, каже Ханбури, и да је због тога одговорило на једно важно питање у смислу дијаметрално супротном ономе из енглеског права. *A* наговара *B*, који је роб лица *C*, да му овај дозволи да узме имовину лица *C*; *B* о томе информиса свога господара *C*, који му издаје инструкције

956 H. G. Hanbury, "The Realisation of Ulpian's Juris Praecepta", *Acta Juridica* 1958, 201.

да ово дозволи лицу А. Наравно, наставља Ханбури, римско право које је у време Јустинијана предвиђало одговорност лица А и по *actio furti* и по *actio servi corrupti*, не само да је моралније, већ је и рационалније од енглеског права, које дозвољава лицу А да избегне одговорност, сматра Ханбури. Он закључује да је римско деликтно право било засновано на апстрактној идеји моралности утолико што се није могла поднети аквилијанска тужба, ако нема долуса или кулпе на оптуженичкој страни.⁹⁵⁷

Овако је можда било у време Јустинијана, али никако у преткласичном праву. Тада се, као што је то већ речено, сматрало да у примеру који наводи Ханбури, нема одговорности лица А, јер се не може рећи да нема сагласности власника С, као што се не може рећи да је лопов покварио туђег роба јер је роб већ био покварен.

Аквилијанска одговорност је, с друге стране, изједначила долус и тешки нехат. Ту нема неке апстрактне идеје моралности о којој Ханбури говори, него је на делу концепт *објективне жриве*.

VI) Даглас (*Douglas*) прво наводи Пагзлијев став по коме *legis actio sacramento in rem* штити само власништво над *res mancipi*. Затим износи да се власништво на *res nec mancipi* могло бранити путем *actio furti nec manifesti*, која је, како истиче, чинила део римског раног права.⁹⁵⁸

Треба поћи од онога што о овом питању кажу Дигеста:

D. 47.2.9 *pr. Ei, qui furti actionem habet adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest ne in id quidem in quod crevisset postea res subrepta.*

Пагзли пак каже да се у Дигетсама у D. 47. 2, под насловом *De Furtis*, налази пажљиво и систематски изложена материја која се односи на крађу.⁹⁵⁹ Он сматра да D. 47. 2. 9 изненађујуће прекида лепо изложену материју о фуртуму. Овај фрагмент, каже он, као да се односи на нешто потпуно другачије. Пагзли наводи и да изгледа да је Помпоније одбацио могућност да накнада обухвати и накнадно повећање вредности украдене имовине, које се десило од тренутка крађе. Пагзли каже да Помпоније то чини без икаквог објашњења.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ Nichols Douglas, „Publician Action“, *Tulane Law Review (TLR)* 69/1994/1995, 229 фн. 84.

⁹⁵⁹ D. F. Pugsley, „The Plaintiff in the *Actio Furti*“, *Acta Juridica* 1971, 143.

Све ово што је изложио, Пагзлија наводи на претпоставку да се у овом принципу јавила грешка приликом писања. Зато он сматра да би оригинални текст требало овако да изгледа:

*Ei, qui furti actionem (non) habet adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest ne in id quidem in quod crevisset postea res subrepta.*⁹⁶⁰

Пагзли, затим, ово преводи на следећи начин: „Ако жртва није могла да тужи за крађу, она неће захтевати ни било које веће право, колико год да је лопов починио *contrectatio*, чак не ни за производ у који је украдена имовина прерасла“.⁹⁶¹ Дакле, Пагзли уводи једну једину реч – *non* – која потпуно мења смисао овог фрагмента, и, по његовом мишљењу, уподобљује га контексту овог поглавља у Дигестама.

Он напомиње да не може бити права на подизање ове тужбе само због тога што је неко починио *contrectatio*. Сматра и да овај текст исправно избегава фразу *res furtive* (уместо ње користи фразу *res subrepta*, која је адекватнија), опет због контекста.⁹⁶² Након овог увода, каже Пагзли, Дигеста износе општи принцип. Тај принцип је он изразио у следећем: „*actio furti* стоји на располагању свакоме *cuius interest*“.⁹⁶³ Пагзли не поставља себи за задатак да каже било шта поводом вечите контроверзе коју изазива овај принцип, него жели да истражи неке аспекте његове примене.⁹⁶⁴

За сада ће бити довољно навести само Пагзлијево мишљење о праву на тужбу у случају насилног упада у туђи дом. О томе се говори у D. 47. 2. 86. Пагзли сматра да је овај фрагмент у ствари корумпиран. Он каже да се то може закључити из тога што прва реченица одриче право на тужбу *bona fide* држаоцима, зато што они не држе ствари *domini voluntate*.⁹⁶⁵ Међутим, напомиње Пагзли, управо је познато да су они могли да поднесу тужбу, што је чак и Павле јасно изразио у D. 47. 2. 20. 1. У додатку, наставља Пагзли, *domini voluntate* је супротно од *invito domino*. Будући да је *invito domino* увек било везано за оптуженог, каже Пагзли, чудно је да *domini*

960 *Ibid.*

961 *Ibid.*

962 *Ibid.*

963 *Ibid.*

964 *Ibid.*

965 *Ibid.*, 144.

voluntate треба да указује на тужиочеву контролу добара.⁹⁶⁶ Зато он предлаже следећи изглед прве реченице у D. 47. 2. 86:

*Is cuius interest non subripi fruit actionem habet, etsi reus rem tenet domini voluntate.*⁹⁶⁷

Пагзли затим даје превод: „Жртва може да тужи за крађу, чак иако оптужени држи добра уз пристанак власника“. Тако, наставља он, *bona fide* држалац може да тужи за крађу иако лопов држи ствари уз пристанак правог власника.⁹⁶⁸

Дакле, уколико се до краја изведу закључци из ове Пагзлијеве концепције, испаде да се путем *actio furti* штитила државина савесног држаоца. То значи да фуртум, у суштини, није био везан за неко вечито – апсолутно право.

12.1. Тужба и остала процесна средства

Улпијан наводи следеће:

1. *Furti actio poenam petit legitimam, conditio rem ipsam ea res facit, ut neque furti actio per factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.* 2. *Conditio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si deceserit: sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, descendum est condictionem adversus heredem durare: quoe in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus.*⁹⁶⁹

Из првог параграфа је потпуно јасно да је лице које је имало интереса да ствар буде сачувана, имало право на *actionem furti et condictionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem*. Путем виндикације и кондикције тражи се повраћај украдене ствари, а путем *actio furti* тражи се законом прописана казна за кривца.

966 *Ibid.*

967 *Ibid.*

968 *Ibid.*

969 D. 13.1.7.1–2.

Улпијан наводи и да је само власник имао право на кондикцију:

*In furtiva re soli domino condictio competit.*⁹⁷⁰

Потпуно је јасно да је само власник имао право на виндикациону тужбу.

Цимерман истиче да пенална *actio furti* није једино правно средство које је жртва крађе стајало на располагању. Власник је могао подићи *actio rei vindicatio* како би повратио украдену ствар.⁹⁷¹ Он каже да је код ове тужбе, судећи по њеној формули, од оптуженог прво било тражено да врати украдени објекат, а ако то одбије – онда је осуђиван да плати *quanti ea res erit, tantam pecuniam*.⁹⁷² Из овога је јасно, каже Цимерман, да је *rei vindicatio* била реиперсекуторне природе. Он каже да се исто може рећи за контрактне тражбине. Тако, ако би депозитар користио депоновани предмет – починио би фуртум. У исто време, његово понашање значи кршење уговора, и због тога против њега може бити поднета *actio depositi*. Ако зајмопримац, наставља Цимерман, узме зајмодавчевог коња за дуже коришћење него што је уговорено, против њега је било могуће поднети *actio commodati*. У другим случајевима, каже Цимерман, било је могуће поднети *actio locati*, па наводи пример израђивача сукна који користи одећу коју је требало да очисти.⁹⁷³ Поред свих ових средстава, жртва крађе је имала право и на *condictio ex causa furtiva*, која је – исто као и *rei vindicatio* – била средство на располагању власнику украдене ствари, каже Цимерман.⁹⁷⁴ Она се од осталих кондикција разликује с обзиром на једну битну ствар, напомиње Цимерман: „*Si paret Nm Nm A° A° . . . dare oportere*’ (интенција кондикције) уобичајено упућује на ситуације у којима је оптужени (без ваљаног основа) стекао власништво и сада је обавезан да га врати тужиоцу“.⁹⁷⁵ Лопов није могао стећи власништво преко крађе, каже Цимерман. Он наводи како је већ Гај препознао ову аномалију.⁹⁷⁶ Цимерман подсећа да је *condictio ex causa furtiva* била реиперсекуторне природе, а за разлику од тужбе за фуртум. Она је стајала на располагању и у случају манифестне и у случају неманифестне крађе,

970 D. 13.1.1

971 R. Zimmermann, 940.

972 *Ibid.*, 940–941.

973 *Ibid.*, 941.

974 *Ibid.*

975 *Ibid.*

976 *Ibid.*

под претпоставком да је лопов лишио власника и да овај није, у међувремену, поново стекао посесију над украденом ствари.⁹⁷⁷ Ова кондикција се могла поднети против лопова и онда када је он изгубио украдену ствар, или ако је она била случајно уништена. Ово су запазили већ стари правници, истиче Цимерман.⁹⁷⁸ Он наводи како је сматрано да се лопов увек налази у доцњи, и да су све последице доцње биле примењиве на њега. У томе је највећа предност ове кондикције, каже Цимерман, упоређујући је са виндикацијом. Ова тужба је, истиче Цимерман, осуђена на неуспех где год више нема предмета парнице.⁹⁷⁹

Ово се може узети као потврда ставу који је заузет у дисертацији да је универзална одлика фуртума да он представља угрожавање туђег интереса који је везан за однету ствар. Дакле, намерно се каже само интереса – јер, реч је о интересу шире природе него ли је то имовински интерес.

Цимерман подсећа да је било која пенална тужба могла бити поднета заједно са било којом реиперсекуторном тужбом. Тако је *actio furti* могла бити поднета заједно са *actio rei vindicatio*, или са *condictio ex causa furtiva*, или са тужбом из контракта.⁹⁸⁰ Као резултат тога тужилац је имао прилику да у случају неманифесног фуртума добије троструку вредност укарадене ствари, а у случају манифесног фуртума – њену петоструку вредност.⁹⁸¹

Букланд наводи како је у случају крађе од зајмопримца, Јустинијанова одредба – која стоји на самом почетку рада компилатора – власнику давала могућност избора: или да поднесе *actio commodati*, или *actio furti* против лопова.⁹⁸² Том приликом он мисли на С. 6. 2. 22.⁹⁸³ Букланд указује да постоји пар текстова у којима се каже да зајмопримац може да тужи за крађу, а да при том ни реч није наведена о било каквом праву власника.⁹⁸⁴ Он наводи како је у h. t. 72. *pr.* реч о крађи коју почини зајмопримац. Види се да

977 *Ibid.*, 942

978 *Ibid.*

979 *Ibid.*

980 *Ibid.*

981 *Ibid.*, 942–943.

982 W. W. Buckland, „Digest XLVII. 2 (De Furtis) and the Methods of the Compilers”, *TDR* 10/1930, 119–120.

983 *Ibid.*, 120, фн. 1.

984 *Ibid.*, 120.

је власник могао поднети две тужбе, *actio furti* и *commodati*. Том приликом, једна онемогућава другу. Ако је поднета прва, онда је друга апсолутно немогућа. Ако је пак поднета друга, онда се прва одбија путем приговора. Букланд каже да за ово нема разлога. *Actio furti* је чисто пенална тужба, каже он, док је друга чисто *ad rem persequendam*.⁹⁸⁵ Не би требало, каже он, да једна забрањује другу као што ни *actio furti* не онемогућава виндикациону тужбу. Он наводи да се најједноставније и најубичајније решење овој нелогичности може наћи у томе да се текст изворно односио на *condictio furtiva*, а не на *actio furti*. Ово би, по Букланду, било у савршеној сагласности.⁹⁸⁶ Међутим, наставља Букланд, сваки други преживели текст из *liber 15* има у виду баш *actio furti*. Букланд претпоставља да се ради о непромишљеној употреби Јустинијановог избора за крађу од комодатара за случај, за који се, иначе, не може употребити за крађу коју почини комодатар.⁹⁸⁷ По њему, могуће је да су компилатори усвојили застарелу доктрину без икаквог размишљања, што је и у другим случајевима био њихов манир.⁹⁸⁸

Што се одредби о залози тиче, Букланд наводи како се у *h. t. 12. 2.* каже да и власник и залогопримац имају право на тужбу и да је овај други може поднети против власника који је продао и испоручио ствар.⁹⁸⁹ Он каже да залогопримац има право на ту тужбу на сонову његове одговорности за *custodia*, што је несагласно са било којим правом власника на тужбу.⁹⁹⁰ Он каже да се овде може видети да је залогопримац имао ово право ако је крив за *culpa*, и да је ту власник искључен. Такође, наводи да власник има право на тужбу само ако је ствар вреднија од дуга.⁹⁹¹

Највећи ауторитет је Улпијан и највећи део његове доктрине је кохерентан, каже Букланд. Павле има другачија схватања, и схватања оба ова аутора заступљена су у поглављу о фуртуму. Букланд наводи и интерполације које се налазе у овом поглављу.⁹⁹² Независно од тог проблема, Букланд каже да право на тужбу може да

985 *Ibid.*

986 *Ibid.*

987 *Ibid.*

988 *Ibid.*, 121

989 *Ibid.*, 122

990 *Ibid.*

991 *Ibid.*

992 *Ibid.*

буде засновано или на одговорности за *custodia* (ако је та одговорност постојала) која искључује власника, или на правилима за *fiducia* – где кредитор може да тужи као власник.⁹⁹³ Букланд наводи како компилатори нису узимали у разматрање све различите ставове, и како нису имали намеру да испитују њихову усклађеност са другим правилима која су наводили. Нису показивали тежњу за систематизацијом, у модерном смислу те речи. Тако он изводи закључак да компилатори, у овом случају, не само да нису претерали са интерполацијама, него да нису довољно интерполисали. Он такав закључак извлачи и по питању неких других правила.⁹⁹⁴

993 *Ibid.*

994 *Ibid.*, 123.

13. НА ПОЧЕТКУ

На почетку људске заједнице постоји само апсолутна вредност (макар када су у питању најважнији друштвени односи који захтевају нормирање: власт, својински односи и облигације). Тада уопште нема услова за признавање неког већег значаја некаквим чисто приватним интересима. Тек постепено се јавља релативна вредност. Ове две вредности (апсолутна и релативна), затим, стоје једна поред друге. Наравно, прва дуго има примат. Норме леже на једној, или на другој од тих вредности. Оне које су на првој – припадају сакралном, а оне које су на другој – световном. Ове сфере, ипак, никада нису тако идеално одвојене. То је зато што ни ове вредности никада не живе паралелно и потпуно независно једна од друге.

Какав карактер имају поједине правне норме: да ли су претежно религијом обојене, или претеже њихова секуларност?

Теоретичари су, по свој прилици, полазећи од научне потребе да буду потпуно јасни, неоправдано и немилосрдно засекли у некадашњу друштвену стварност, покушавајући да пронађу или једно, или друго – по принципу црно-бело: или је норма сакрална, или је световна (изгледа да то, по њима, пре свега, значи приватна). Тако се дошло до теорије *йраделикѿа*. Кренуло се на атомизацију друштва, на издвајање појединца из скупине, па се тако дошло до закључка да све што повређује само његове интересе – чини праделикт, који је пак по тој концепцији, рационална категорија (у сваком случају донекле посебна, донекле независна у односу на сакрални свет) и као таква стоји поред сакралног (*ајсо-луѿноі*). Некада сакрална санкција апсорбује приватну, али праделикт остаје приватни прекршај.

Међутим, норме су прво морале бити апсолутне, јер су иза њих стајале апсолутне вредности. Тек постепено оне постају релативне, јер је човек релативизовао вредности, одговорност и норме. У почетку ништа не може бити третирано као приватно (барем не ништа што је значајније за живот појединца).

Зато је излаз пронађен у концепцији пракримена.

Заштитни објекат је, на почецима људског друштва, могао бити само нераздвојиво вишеслојан. Тек постепено, језичка и правно техничка конкретизација, удружена са процесом секуларизације (релативизације вредности), и уз узајамно потпомагање, доводе до световне инјурије. Непосредно практични ум никада није могуће одвојити од сакралног, јер је веровање неизбежно својство човека.

Питање је само шта код конкретне норме претеже: сакрално, или *нейосредно њпрактично*. Од тога и зависи одговор на питање коме свету припада норма: да ли сакралном, или правном. Конкретизација, удружена са језичко-правном стандардизацијом, почиње да релативизује вредности. То је зато што је непосредно практични ум сконцентрисан на ефикасно решавање непосредних проблема, непосредних последица. Тако, чини се, постепено почиње да се из оптике губи сакрално, које пак изворно стоји иза свега.

Не може се накнада појединцу одвојити од накнаде која иде на конто сакралног. Њих изворно није могуће одвојити. Због тога, корен процеса секуларизације норми не треба тражити у санкцијама. Њега треба тражити у рутини. Она је та која доводи до тога да човек почиње да губи из вида оно што стоји пре сваке његове акције, да губи из вида сакрални свет. Када му се учини да је освојио неки проблем, онда га човек почиње језички и правно стандардизовати. Настаје готов рецепт за решавање проблема. Онда се јавља и уверење како почиње да се господари својом судбином. Забораве се апсолутне вредности, а на сцену ступа релативизација, конкретизација. На престо се уздижу непосредна практичност и непосредно практични ум. *Прво видљиво* постепено постаје једини ослонац и настаје *прво релативно*.

Када се сусретну искључиво (мисли се на једини ослонац) и конкретно, онда настаје *прво релативно*. Апсолутно остаје са колективним (са апстрактним).

Кривица је сада апсолутно конкретна, а то значи *прво релативна*. Индивидуализовање одговорности и индивидуализовање кривице, као једини ослонац, доводе до *првој релативној*.

Затим се, даљим одвијањем процеса конкретизације и језичке и правне стандардизације, дошло до додатно релативне индивидуалне одговорности (оборива претпоставка одговорности). Тако је уведена *дружа степен релативности*. Пре тога је, као што је речено, постојала само манифестна (несумњива) кривица и *први степен релативности* у виду индивидуализовања одговорности. *Дружа релативно* затвара круг апсолутном индивидуализованом одговорношћу (кривицом) онога ко је предметна ствар. Тиме се поступак враћа на *прво релативно*.

Дакле, конкретизација води секуларизацији друштвених норми и, самим тим, стварању правних норми. Међутим, правне норме захтевају корекцију у виду апсолутизације коју са собом носи правда. Пошто правда сада исправља неправност, а не неправду, онда санкције више не могу бити апсолутне, већ релативне. Иако након интервенције правде више нема права жалбе, санкција не може бити апсолутна, јер је црв сумње створио (неко ће рећи да је само отворио) временски јаз између почињеног и доказаног деликта.

Неко ће приговорити да термин *дружа релативно* није адекватан с обзиром на то да је довео до прелома, до релативне санкције насупрот претходно искључиво апсолутне. Међутим, потпуно је исправан будући да је до револуције дошло индивидуализацијом одговорности, што је означено као *прво релативно*.⁹⁹⁵ Пре тога искључиво је постојала колективна одговорност породице, рода, или племена, која би се свакако могла окарактерисати као потпунија од индивидуално апсолутне.⁹⁹⁶

995 Санкције су само симптом дубљих, тектонских промена индивидуалне и друштвене свести.

996 Да би се дошло до корена приватноправног, свакако треба поћи од сужавања броја одговорних лица. Што мањи број одговорних, то је заштићена вредност мање значајна за заједницу, а то значи мање значајна за божанства, па тиме и мање сакрална. Онда се постепено долази до потпуног ослобађања појединих вредности од сакралног. Тада истовремено настају световна инјурија и облигационо право. То је зато што тада настају релативне вредности ослобођене апсолутних вредности.

Тако се долази до породичне задруге. Патер фамилијас има две основне групе овлашћења. Једна се односе на чланове породице, а друга на породични дом. Фуртум угрожава ово друго.

У архаичном периоду, фуртуозна намера се необориво претпостављала кад год су постојале објективне околности које су једно лице доводиле у материјалну везу са нестанком неке ствари другог лица – (*концејџи објективної кривца*). Иако се могло десити да је та веза била посредне природе, *дивља мисао* ју је увек посматрала као непосредну. Она није желела да призна да може да постоји ишта друго сем непосредне везе. Зато није битно у чијим је рукама ствар завршила, већ ко је власника (или овлашћеног држаоца) онемогућио у непосредној контроли те ствари. У преткласичном праву је, код саучесништва, у суштини, врло битан објективни елемент деликта (објективна последица – губитак ствари). Он, као такав, јесте ближи злој намери, јер акценат ставља на потребу да се заштити жртва.

У преткласичном праву, у први план избија недостатак сагласности овлашћеног држаоца да фур дође у додир са *res*, која је била предмет фуртума. Овај недостатак сагласности (као субјективна категорија) раније је био сублимиран од стране места (као објективне категорије). Како је оно изгубило превасходни сакрални карактер, тако је добило на значају питање сагласности. Сада су битнија лица, чланови домаћинства, те зато и њихова државина. Тек када је непоништиви временски јаз еродирао објективну и апсолутну одговорност, ето државине. Дакле, није државина старија од института својине. Можда треба претпоставити да је институт одржаја настао тек у време доношења Закона XII таблица, јер је тек тада настала неманифестна крађа.

О свему томе, у суштини, говори и Атинијев закон. Крећући се том линијом, он доноси и једну новину, тачније измену у односу на Закон XII таблица. Он врши даљу релативизацију одговорности за фуртум, и дозвољава одржај ствари које су биле предмет овог деликта – али, само ако се врате под контролу власника и ако је он са тиме упознат. Релативизације одговорности, дакле, не може бити не само без њене индивидуализације, него ни без индивидуализације угроженог интереса.

Res furtiva, на почетку, нису могле бити предмет узупације, јер су сматране припацама, или пак деловима домаћинства од кога су неовлашћено одвојене.

Домаћинство, као такво, испрва, није могло бити предмет крађе, већ једино предмет рата међу породицама и родовима. Покретни припаци, или делови домаћинства, исто тако, испрва, нису могли бити предмет крађе, већ предмет фуртума.⁹⁹⁷

У преткласичном праву, одговорност је (и по питању крађе) могла да буде успостављена због изједначавања тешког нехата са долусом, а не због саучесништва (ту и нема правог саучесништва). Зато је ту реч о *неправом саучесништву*.

У класичном праву постоји *условно саучесништво*. С тим што је сада за настанак саучесничке крађе битна и фуртуозна намера, јер је код аквилијанске одговорности тешки нехат изједначен са злом намером. То у ствари значи да је код класичног фуртума битна последица – битно је да је ствар украдена, па је свако ко је на неки начин помогао (само да није нехатно) у томе, сматран саучесником. Зато постоји *објективни кривац*, а не *објективна жртва*.

Код аквилијанске одговорности је пак било битније питање *објективне жртве*, а не *објективног кривца*. Зато та одговорност подсећа на одговорност за манифестни фуртум.

997 Овде је нужно указати на следеће: код Казера, увек је потајно присутна његова концепција праделикта. Чини се да, у суштини, по њој, у архаичном римском праву нема, нити може бити, појма противправности (иако он каже да се из општег имена инјурије може закључити да је она првобитно представљала прекршај сваког приватног права, дакле била је праделикт који је даљим диференцирањем сведен на његов коначни садржај као и да је, као деликт, успостављала право на освету, која се извршавала убијањем, које касније бива замењено блажим санкцијама, К. Мах (1949), 23), вид. фн. 27 и фн. 28. Међутим, пошто је то право знало само за очигледне деликте (очигледне инјурије и очигледни фуртум), онда је морало бити и знака противправности као што је било знака фуртум. Пошто се код противправног виндицирања радило о проблему правног основа (по коме се неко лице налази у поседу неког патер фамилијаса), а не о проблему идентитета ствари (као код фуртума), онда је морало бити речи о проблему постојања или непостојања знака противправности.

Зато није толико битно што је спор у случају виндикације заоденут у деликтно питање. Битно је што је реч о релативном, секуларном спору, где, додуше, има тежње да се поништи временски јаз између почињеног и доказаног деликта, али нема тежње да се поништи сам деликт, као у случају манифестног фуртума. Да је поништавала сам деликт, политичка заједница не би имала права на износ опкладе коју је положила поражена страна. Када се поништава сам деликт, онда се поништава његов починилац. Код виндикационе инјурије, казна је примењивана на починиоцевој имовини (судећи по изворима), што значи да њома није била угрожена светост дома, већ само покретна имовина породице. Зато ту не може бити речи о сукобу заклетви, већ о сукобу релативних тврдњи. Ту није реч о конфликту неповредивих породичних домаћинстава, па не може бити ни апсолутног, већ релативног поверења у пресуду. Ту не може бити речи ни о било каквом заодавању неманифестног фуртума, него само о посебном деликту – противправном виндицирању. То јесте манифестни деликт, али деликт противправног виндицирања (упор. са фн. 27, фн. 28, фн. 91). У почетку је код противправног виндицирања вероватно примењивана смртна казна, али то је могло бити не због угрожене светости дома, него због угрожене светости прородице.

Класични правници никако да значајније одмакну од намере за стицањем непосредне имовинске користи као критеријума за пасивну легитимацију код фуртума. Зато ни они не могу да дођу до неког концепта праве, већ неке условне саучесничке одговорности (непосредна корист указује на *објективної кривца*, а непосредни губитак на *објективну жртву*).

Римско право никада није у првом плану имало у виду радњу деликта фуртум, већ је то било или место, или потреба заштите жртве, или пак последица овог деликта. Тек последица (која добија на значају у класичном праву) ствара услове за појаву *условної саучесништва*.

ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

Извори:

1. A. Watson, *The Digest of Justinian*, Vol 4, Philadelphia 1998.
2. Aulus Gellii, *Noctium Atticarum, Libri XX*, ex recensione Martini Hertz, Lipsiae 1871.
3. Библија или Свеѿо ѿисмо Сѿароѿа и Новоѿа завјеѿа (превод Ђуре Даничића и Вука Караѿића), Београд 1990.
4. Carolus Georgius Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, Lipsae 1893
5. *Digest XLVII. 2. De Furtis*, translated with notes by C. H. Monro, Cambridge 1927.
6. Frederic De Forest Allen, *Remnants of Early Latin*, Boston 1880
7. Nevenka Bogojević – Gluščević, *Izvori za rimsko obligaciono pravo* (posebni dio), Podgorica 1996.
8. Obrad Stanojević, *Gaj i njegove Institucije*, Beograd 1982
9. Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1883.
10. *The Attic Nights of Aulus Gellius*, translated into english, By the Rev. William Beloe, f.s.a., Vol III, London 1795.
11. W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law, from Augustus to Justinian – third Edition revised by Peter Stein*, Cambridge 2007.

Литература:

12. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Clark, New Jersey 2004
13. A. Watson, „Contrectatio Again“, *Studia et Documenta Historia et Iuris (SDHI)* 28/1962.
14. A. Watson, „Si adorat furto“, *Labeo* 21/1975.
15. Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, London 1991.
16. Alan Watson, *Slave Law in The Americas*, Athens 1989
17. Alan Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London 1991.

18. Alan Watson, „The Law of Action and the Devalopment of Substantive Law in the Early Roman Law“, *Law Quarterly Review* 1973.
19. Alan Watson, *Society and Legal Change* (2nd edition) Philadelphia 2001.
20. Alan Watson, „Si adorat furto“, *Labeo* 21/1975.
21. Alan Watson, „Acquisition of Possession per Extraneam Personam“, *TDR* 29/1961.
22. Alan Watson, „The Definition of Furtum and The Trichotomy“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 28/1960.
23. Alan Watson, *Studies in Roman Private Law, Contrectatio as an Essential of Furtum*.
24. Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, London 1991, „Acquisition of Ownership by traditio to an extraneus“.
25. Albanese I., „La nozione del furto fino a Nerazio“, *Annali Palermo* 23/1953.
26. Александар Замуровић, *Митолоџија Грка и Римљанља*, Београд 2003.
27. Ana Messuti, *Time as Punishment*, Aurora 2008.
28. Christopher D. Stanley, Who’s Afraid of a Thief in the Night?, *New Testament Studies*, 4/2002.
29. D. Daube, „Greek and Roman Reflections on Impossible Laws“, *Natural Law Forum* 12/1967.
30. D. Daube, „*Furtum proprium* and *furtum improprium*“, *The Cambridge Law Journal (CLJ)* 6/1937.
31. D. T. Oliver, „Roman Law in Aulus Gellius“, *Cambridge Law Journal* 5/1933–1935.
32. David Pugsley, „On The Style of Paul’s and Ulpian’s Commentaries on The Edict“, *Acta Juridica* 1973
33. David Daube, „Some Comparative Law – Furtum Conceptum“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 15/1937.
34. David Daube, „Nocere et Noxa“, *Cambridge Law Journal (CLJ)* 7/1939
35. David S. Bogen, „Ignoring History: The Liability of Ships’ Masters, Innkeepers and Stablekeepers Under Roman Law“, *Am. J. Legal Hist* 36/1992.
36. David Pugsley, „On the Style of Paul’s and Ulpian’s Commentaries on the Edict“, *Acta Juridica* 1973.
37. Dragomir Stojčević, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd 1960
38. Dorothea Wayand, „Owners Beware: Themes and Variations in Property Law“, *University of New Brunswick Law Journal* 28/1979.
39. D. F. Pugsley, „The Plaintiff in the *Actio Furti*“, *Acta Juridica* 1971.
40. Džemjs Džordž Frejzer, *Zlatna grana*, Beograd 2003.

41. Цон Дрејн, *Увођење у Цијари завей*, Београд 2003.
42. E. C. Marchant, "On The Ancient Law of Searching for Stolen Property", *The Classical Review*.
43. E. Polay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986.
44. Emerton Wolseley, „Stoic Terminology in Roman Law“, *Law Quarterly Review (LQR)* 3/1887
45. Erich Fromm, *Anatomija ljudske destruktivnosti*, druga knjiga, Zagreb 1989.
46. Fernand de Visscher, „La Procedure d'enquete 'lance et licio' et les actions 'concepti' et 'oblati'“, *TDR* 6/1925.
47. Francesco Lardone, „A Note on Plagium (Kidnapping in Roman Law)“, *University of Detroit Law Journal*, 1/1931–1932.
48. G. D. MacCormack, „Definitions: *Furtum* and *Contrectatio*“, *Acta Juridica* 1977.
49. G. MacCormack, „Revenge and Compensation in Early Law“, *American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.)* 21/1973.
50. George P. Fletcher, „The Metamorphosis of Larceny“, *Harvard Law Review (HLR)* 3/1976.
51. G. MacCormack, „Ope Consilio Furtum Factum“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 51/1983.
52. H. G. Hanbury, „The Realisation of Ulpian's Juris Praecepta“, *Acta Juridica* 1958.
53. H. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historicall Introduction to the Study of Roman Law-third edition*, Cambridge University Press 1972.
54. Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De furtis*, 1893.
55. Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De Furtis*, Cambridge 1940.
56. Herbert Hausmaninger, Richard Gamauf (translated with Introduction, Supplementary Notes, and Glossary by George A. Sheets), *A Casebook on Roman Property Law*, New York 2012.
57. Ivana Jaramaz Reskušić, „Krađa u rimskom pravu: *Delictum publicum* i *Delictum privatum*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Zbornik PFZ)* 2/2007.
58. Iian D. Jablon, „Civil Forfeiture: A Modern Perspective on Roman Custom“, *California Law Review (CLR)* 27/1998–1999.
59. Ivana Jaramaz Reskušić, Mario Krka, „*Furtum* u rimskom privatnom pravu: pojam i pravna zaštita“, *Pravnik* 84/2007.
60. J. A. C. Thomas, „*Rei hereditariae furtum non fit*“, *TDR* 36/1968.
61. J. A. C. Thomas, *The Institutes of Justinian*, Cape Town 1975.
62. J. A. C. Thomas, „*Contrectatio*, complicity and *furtum*“, *Rivista internazionale di diritto Romano e antico (IURA)* 13/1962.

63. J. A. C. Thomas, „Furtum Pignoris“, *TDR* 38/1970.
64. J. N. Adams, „Two Latin Words for ‘Kill’“, *Glotta* 3/4/1973.
65. J. N. Adams, „The Uses of neco I“, *Glotta* 3/4/ 1990.
66. J. Mira Seo, „Plagiarism and Poetic Identity in Martial“, *American Journal of Philology* 130/2009.
67. Joseph Georg Wolf, „Zur legis actio sacramento in rem“, *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker (Hrsg. Okko Behrends, Malte Diesselhorst, Wulf Eckart Voss), Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1985.
68. James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, revised and edited by Henry Goudy, third edition revised and edited by Alexander Grant, New Jersey 2009.
69. Joseph Georg Wolf, „Lanx und licium, Das Ritual der Haussuchung im altrömischen Recht“, *Sympotica Franz Wieacker, sexagenario sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen 1970.
70. John Crook, „Some Essays in Roman Law Symptotica Franz Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata“, *The Classical Review, New Series* 3/1971.
71. K. Levi Stros, *Divlja misao*, Beograd 1978.
72. K. Kagan, „Furtum and Usufructus“, *Tulane Law Review* 21/1946–1947
73. Карен Армстронг, *Крайња историја митиа*, Београд 2005.
74. Klod Levi Stros, *Divlja Misao*, Beograd 1978.
75. Клод Леви – Строс, *Раса и историја, Раса и култура*, Београд 2011
76. Klod Levi Stros, *Tužni tropi*, Beograd 1999.
77. *Латински речник*, приређивач Alba Avis, Београд 2001.
78. Larissa Bonfante, „Nudity as a Costume in Classical Art“, *American Journal of Archaeology*, 4/1989.
79. Laurens Winkel, „Quintus Mucius Scaevola Once Again“, *Fundamina* 11/2005.
80. M. A. Fenocchio, Il momento genetico e l'evpluzione del concetto di furtum in dritto Romano.
81. M. D. Blecher, „Aspects of Privacy in The Civil Law“, *TDR* 43/1975.
82. Mario Bretone, „Adquisitio per procuratorem?“, *Labeo* 1/1955.
83. Max Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949
84. Max Kaser, *Roman Private Law, third edition, a translation by Rolf Dannenbring*, Pretoria 1980

85. Max Radin, „Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis Pertinentes Julio Christiano Van Oven Dedicatae by M. David; B. A. van Groningen; E. M. Meijers“, *The American Journal of Philology* 4/1948.
86. Мирослав Милошевић, „Макс Вебер и неки правни аспекти античког града“, *Архив за љравне и друштвене науке* 4/1996
87. Мирослав Милошевић, *Римско љраво*, Београд 2005.
88. Мирослав Милошевић, „*Ius quiritium* и постанак римске виндикације“, *Анали ПФБ* 1995.
89. Мирослав Милошевић, „Проблеми Аграрног закона из 111. године п. Х.“, *Анали Правној факултету у Београду (Анали ПФБ)* 2/2007.
90. Nichols Douglas, „Publician Action“, *Tul. L. Rev* 69/1994–1995.
91. Nichols Douglas, „Publician Action“, *Tulane Law Review (TLR)* 69/1994/1995.
92. Nuno Garoupa, Fernando Gómez Pomar, „Paying the Price for Being Caught: the Economics of Manifest and non-Manifest Theft in Roman Criminal Law“, *InDret Revista Para el Analisis del Derecho* 1/2005.
93. O. E. Tellegen-Couperus, Sacred law and civil law, in: *Law and religion in the roman republic*, Mnemosyne Supplements History and Archaeology of Classical Antiquity, Leiden – Boston – Brill 2012. Доступно на интернет адреси <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122100>.
94. Огњен Вујовић, „Магија и клевета“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу* 59/2012
95. Огњен Вујовић, „Инјурија као деликт“, *Анали Правној факултету у Београду (Анали ПФБ)* 2/2011
96. Olga Tellegen – Couperus, „Pontiff, Praetor, and *Iurisdictio* in The Roman Republic“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 74/2006.
97. P. G. Maxwell-Stuart, „Per Lancem et Licium: A Note“, *Greece & Rome*, Second Series 1/1976.
98. Petr Belovsky, „*Usucapio* of Stolen Things and Slave Children“, *Revue internationale des droits de l' antiquité (RIDA)* XLVIX/2002.
99. Peter Stein, „Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law“, *Chicago-Kentucky Law Review* 70/1994–1995
100. Peter Birks, Review: „The Rise of Roman Jurists“, *Oxford Journal of Legal Studies* 3/1987.
101. P. W. Duff, „Furtum and Larceny“, *The Cambridge Law Journal*, 12/1954.
102. Paul – Lois Huvelin, „Etudes sur le furtum dans le tres ancien droit romain I Les sources“ *Annales de l'Université de Lyon II Droit, Lettres* 29/1915.

103. R. E. Mitchell, *Patricians and plebeians, The origin of the Roman State*, Ithaca, New York – London 1990.
104. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996
105. R. VerSteeg, „The Roman Law Roots of Copyright“, *Maryland Law Review* 59/2000.
106. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1866.
107. Reuven Yaron, „Si adorat furto“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TDR)* 34/1966.
108. Reuven Yaron, „Wrongful Acts and Reduced Sanctions: A Comparative Survey“ y *Devalopments in Austrian and Israeli Private Law*, edits Herbert Hausmaninger, Helmut Koziol, Alfredo M. Rabello, Israel Gilead, Springer Rechtswissenschaft, Springer – Wien – New York 1999.
109. Reuven Yaron, „Reflections on Usucapio“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 35/1967.
110. Raphael Powel, „Furtum by a Finder“, *Tulan Law Review* 33/1958–1959.
111. Ross Barber, „Usucapion and Theft at the Time of the Twelve Tables“, *Sidney Law Review* 8/1977–1979.
112. Roscoe Pound, „The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines“, *Harvard Law Review* 27/1914.
113. Richard Bauman, „The interface of Greek and Roman Law: Contract, Delict and Crime“, *Revue internationale des droits de l'antiquite* 43/1996.
114. Scott McGill, „Plagiarism or Imitation? The Case of Abronius Silo in Seneca the Elder's *Suasoriae* 2.19–20“, *Arethusa* 43/2010
115. Сима Аврамовић, „Религија и право – Заклетва у античком грчком судском поступку“, *Зборник Мајице српске за класичне студије* 13/2011.
116. Сретен Петровић, *Српска митологија – Антропологија српских ритуала*, III књига, Ниш 2000.
117. *The Works of Jeremy Bentham, now first collected; under the superintendence of his executor*, John Bowring, Part IX, Edinburgh – London – Dublin 1839.
118. Томас Мор, *Ушоуиуја*, Београд 2002.
119. Wieslaw Mossakowski, „The Problems of the Templum Asylum Genesis in the Ancient Rome“, *Pomoerium* 2/1996.
120. Theodor Mommsen, *Romisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.
121. *The Roman Law tradition*, edited by A. D. E. Lewis, D. J. Ibbetson, Cambridge 1994.
122. Thomas D. Frazel, „Furtum and The Description of Stolen Objects in Cicero in *Verrem* 2.4“, *The American Journal of Philology* 3/2005.

123. Van Der Merwe Derek, „Juridical Institutions in the Civil Law: Towards a Theory for Common-Law Adjudication“, *Journal of South African Law* 1993.
124. W. L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Rochester – NY, 1938.
125. William L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New Jersey 2007.
126. W. W. W. Buckland, „Digest XLVII. 2 (De Furtis) and the Methods of the Compilers“, *TDR* 10/1930.

БИОГРАФИЈА

Огњен Вујовић је рођен 14. X 1977. године у Приштини, где је завршио основну школу и Гимназију. Дипломирао је на Правном факултету Универзитета у Приштини.

У звање асистента приправника је изабран и засновао је радни однос 2003. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Магистарски рад са називом *Iniuria* је одбранио са одликом 2010. године на Правном факултету Универзитета у Београду.

Исте године је изабран у звање асистента на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Ожењен је и отац је Растку и Видаку.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Олегија Рјобук

број индекса _____

Изјављујем

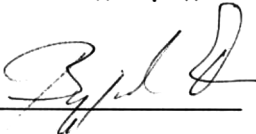
да је докторска дисертација под насловом

„Римски деликт *furtum* у старом и класичном праву“

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 8. XI 2013.



Прилог 2.

**Изјава о истоветности штампане и електронске
верзије докторског рада**

Име и презиме аутора Огнен Вуловић

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада ___"Римски деликт *furtum* у старом и класичном праву"

Ментор ___проф. др Мирослав Милошевић

Потписани/а Огнен Вуловић

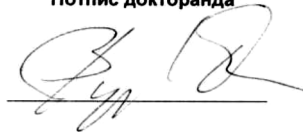
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 8. XI 2013.



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Римски деликт *furtum* у старом и класичном праву“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

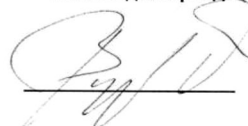
Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

У Београду, 8. XI 2015.

Потпис докторанда



1. Ауторство – Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. Ауторство – без прераде. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. Ауторство – делити под истим условима. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.

