

Izv. prof. dr. sc. Tomislav Karlović*

O PRAVNOJ NARAVI I KONSTRUKCIJI FORMULE *ACTIO FIDUCIAE*

UDK: 34 (37)

347.27 (37)

DOI: 10.31141/zrpf.2022.59.144.229

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 8. 4. 2022.

Predmet analize pravna je narav *actio fiduciae* te konstrukcija formule ove tužbe u rimskom pravu. Prvo su izložene te kritički obrađene suprotstavljene teze o tome je li formula *actio fiduciae* bila in ius ili in factum concepta, ili su postojale dvije formule. Nakon iznošenja argumenata u korist teze postojanja samo formule in ius koncipirane, obrađeni su primjeri konstrukcije same formule, odnosno različiti temeljni koncepti formule. Slijedi iznošenje vlastitog prijedloga konstrukcije formule *actio fiduciae*.

Ključne riječi: *fiducija, actio fiduciae, formula, in ius concepta, in factum concepta*

1. UVOD – POSTAVLJANJE PROBLEMA

Analiza sadržaja formula tužbi u rimskom pravu jedno je od centralnih pitanja istraživanja pojedinih instituta s obzirom na procesnu uvjetovanost prava u Rimu sve do postklasičnog perioda, odnosno konačne prevage kognicijskog postupka nad formularnim.¹ Naime, prvotno je tek postojanje pravne zaštite putem određene legisakcije, a kasnije određene formule, značilo priznanje određenog odnosa kao pravnog, jer je jedino uvođenjem točno predviđene tužbe za određeni institut bilo moguće ostvariti svoj zahtjev iz njega pred sudom.² Pretorova pravnostvaralačka djelatnost koja je realizirana uvođenjem novih formula u ediktu pritom se, kako

* Dr. sc. Tomislav Karlović, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 3, 10000 Zagreb. E-adresa: tkarlovi@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1846-1318>.

¹ Opširnije, primjerice, vidi u: Kaser, M.; Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996., str. 4 i sl.

² Vidi šire npr. u: Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1948., str. 545 i sl.; Kaser, M., *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. izd., München 1971., str. 20 i sl., 196 i sl.

navodi Gaj u svojim *Institucijama*, IV, 47, očitovala u dva osnovna oblika.³ Jedno su bile tužbe koje su se temeljile na civilnom pravu, *formulae in ius conceptae* koje su sadržavale riječ *oportere*, te drugo, tužbe koje je pretor uvodio oslanjajući se na ovlast *ius edicendi* i koje su proizlazile iz njegova imperija, no koje nisu sadržavale uputu na civilnopravnu dužnost (*oportere*), čije su formule bile *in factum conceptae*.⁴

Glede *actio fiduciae*, kao jedne od najstarijih tužbi, i njezine naravi, tj. je li njezina formula bila *in ius* ili *in factum concepta*, ili su pak postojale obje formule, u romanistici postoje različita mišljenja.⁵ Ona se u velikoj mjeri temelje na različitim interpretacijama Ciceronovih navoda u vezi s *actio fiduciae* koji su sadržani u djelu *De officiis*, uz druge tekstove kao potporu i pomoć pri argumentaciji određenih rješenja. Specifične gradivne elemente formule *actio fiduciae* koji bi proizlazili iz dijela teksta *De officiis*, 3, 17, 70 i njihovo značenje već smo detaljnije raščlanili na drugom mjestu,⁶ te ćemo stoga u ovom radu, oslanjajući se i na zaključke u vezi s njihovom funkcijom koje smo iznijeli tom prilikom, razložiti daljnja pitanja oko utemeljenja formule i njezina oblika.

Početna je točka prijepora glede pitanja pravne prirode formule odnos prve rečenice odlomka *De off.* 3, 17, 70 „*Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim!*” *quam illa aurea: “Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!” Sed, qui sint ‘boni’ et quid sit ‘bene agi’, magna quaestio est.*“, i drugog dijela teksta: „*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur “ex fide bona”, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret...*“.⁷ Činjenica da je Ciceron u ovom tekstu naveo prvo punu formulu „*ut inter bonos...*“, a nakon toga dodao da su sučeve ovlasti najšire u svim tužbama u kojima su dodane riječi „*ex fide bona*“, navodeći pritom konkretne pravne odnose, među kojima i fiduciju, izazvala

³ Gai. Inst. IV,47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. SI PARET AVLVM AGERIVM APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQVE DOLO MALO NVMERII NEGIDII AVLO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.*

⁴ Primjerice vidi u: Kaser, *op. cit.* u bilj. 2, str. 198; Horvat, M.; Petrak, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 2022., str. 245, 397-398, 401.

⁵ Vidi *infra*.

⁶ Vidi Karlović, T., „Neka razmatranja o *actio fiduciae* (Cic. De off. 3, 17, 70)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67, br. 3-4, 2017., str. 465 i sl.

⁷ Za detaljniju analizu teksta usp. Carcaterra, A., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964., str. 18 i sl.

je sumnje da su kod fiducije postojale dvije formule, jedna u kojoj su u formuli bile sadržane riječi „*ut inter bonos...*“ i druga sa „*ex fide bona*“. Problem je, međutim, to što u izvorima nema jasnih naznaka da bi se riječi „*ex fide bona*“ doista koristile u okviru *actio fiduciae*. Ako bi se pak prihvatilo shvaćanje – s obzirom na sadržajnu i funkcionalnu podudarnost dvaju sintagmi – da je bila samo jedna formula, i to s riječima „*ut inter bonos...*“ koje bi davale sucu uputu kako ocijeniti obveze stranaka, postavlja se pitanje kako tu sintagmu uskladiti s Gajevim navodima formula *in ius* i *in factum concepta* (kod *actio depositi*) iz Inst. IV, 47.

U obradi navedenih pitanja fokusirat ćemo se na stavove o vrsti formule i njezinu oblikovanju od strane autora koji su pisali krajem 19. te tijekom 20. i 21. stoljeća. Premda su i raniji autori iznosili različita mišljenja u vezi s ovim pitanjima,⁸ temelj od kojega većina kasnijih autora polazi Lenelove su rekonstrukcije pretorskog edikta koje je iznio u različitim izdanjima svojega *Edictum perpetuum*, gdje je izložena teza o pravnoj prirodi *actio fiduciae* i shodno predložen tekst formule.⁹ Nakon raščlambe osnovnog pitanja i stavova o tome je li formula *actio fiduciae* bila *in ius* ili *in factum concepta*, bit će kritički analizirani neki od tipičnih pokušaja rekonstrukcije formule *actio fiduciae*, nakon čega će biti dan vlastiti prijedlog te iznesena zaključna razmatranja.

2. LENELOVI PRIJEDLOZI FORMULA – TEMELJ KASNIJH RASPRAVA

Lenel je u prva dva izdanja *Edictum perpetuum* interpretacijom navedenog slijeda kod Cicerona u *De off.* 3, 17, 70 izveo zaključak da su postojale dvije formule, jedna *in factum concepta* koja je sadržavala riječi „*ut inter bonos...*“ i druga, *in ius concepta*, koja je uključivala dodatak „*ex fide bona*“.¹⁰ Temeljna mu je premisa bila da je kod *bonae fidei iudicia* dodatak „*ex fide bona*“ bio nužni dio *in ius concepta* formule, dok bi svako odstupanje od toga bilo rezultat opisa situacije koju je pretor priznavao kao pravnu putem *actio in factum*. Tako bi kod fiducije, a s obzirom na spominjanu sintagmu „*ut inter bonos...*“ koja prema Lenelu nije mogla biti dio formule *in ius* već samo *in factum*, postojala još i formula kod koje je bilo

⁸ Prije Oertmanna, koji daje najpotpuniji pregled radova nastalih tijekom 19. st., kao najznačajniji može se uzeti Rudorffov pokušaj rekonstrukcije pretorskog edikta i formule *actio fiduciae*, istovjetne *actio pigneraticia*, no koji je vremenski prevladan, a već ga je i Savigny odbacio. Radi referentnih razloga, a posebno što se Oertmannovi suvremenici uz Lenelovu rekonstrukciju najviše pozivaju na Rudorffovu, ovdje navodimo njezin osnovni dio: „*Quod A^oA^o N^oN^o ob pecuniam q.d.a. illam rem fiduciae dedit eaque omnis pecunia A^oA^o soluta eoue nomine satisfactum aut per N^oN^o factum est quo minus solveretur, quidquid ob eam rem N^oN^o A^oA^o dare facere repromittere oportet ex fide bona, et. rel.*“ Naime, u njoj je Rudorff pošao od toga da je do Julijanova doba zaporka „*ut inter...*“ izašla iz uporabe te zamijenjena općom *ex fide bona*, što je zastupao primjerice i Savigny. Usp. Savigny, C. F. von, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. V, Berlin 1841., str. 473, 490; Rudorff, A., *De iuris dictione edictum: Edicti perpetui quae reliqua sunt* (dalje u tekstu: EP), Leipzig, 1869., str. 110; Oertmann, P., *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890., str. 222 i sl.

⁹ Usp. Lenel, O., *Edictum Perpetuum*, 1. izd., Leipzig 1883. (dalje u tekstu: EP¹), str. 233.

¹⁰ *Ibid.*

pridodano „*ex fide bona*“, na što bi upućivalo Ciceronovo navođenje *actio fiduciae* među *bonae fidei iudicia*.

Kao dodatan argument ovoj tezi, koju je vrlo skoro nakon iznošenja prihvatio, Jacquelin je uputio na dvostruke formule za *depositum* i *commodatum*, pri čemu bi stariji oblici također bile formule *in factum conceptae*, što bi pretpostavljeno bio slučaj i kod fiducije.¹¹ Međutim, nedostatak izvora koji bi potvrdili postojanje formule s dodatkom „*ex fide bona*“ te nepostojanje posebnih razloga zbog kojih formula s „*ut inter...*“ ne bi mogla biti dio *bonae fidei iudicia*, na što je upozoravala onodobna kritika,¹² potaknuli su Lenela na promjenu mišljenja. Naknadno, u 3. izdanju *Edictum perpetuum* iz 1927. godine, on je tako odustao od dvije formule, no nije promijenio stav u vezi s položajem riječi fiducijarne klauzule „*ut inter bonos...*“, te je ustvrdio da bi postojala samo jedna formula s riječima „*ut inter bonos...*“ koja je bila *in factum concepta*.¹³

Tekst navedene formule, svrstane u 19. titul edikta među *bonae fidei iudiciae*, prema Lenelu je glasio:

Si paret A^mA^m N^oN^o fundum q. d. a. ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per N^mN^m stetisse quo minus solueretur eumque fundum redditum non esse negotiumue ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam, [iudex, N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret, absoluto.]^{14, 15}

U njoj se razlikuju dva bloka, jedan koji čine posebni uvjeti donošenja presude i drugi koji sadržava osnovu intencije s formulom „*ut inter...*“. Prvi dio Lenel je uveo

¹¹ Usp. također Jacquelin, R., *De la fiducie*, Paris 1891., str. 133 i sl.

¹² Tako Pernice, Rotondi i Arangio-Ruiz. Usp. Pernice, A., *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. 3, Halle 1892. (repr. Aalen 1963.), str. 124, n. 4; Rotondi, G., *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, RISG, vol. 45, 1908., str. 3 i sl. (= *Scritti Giuridici*, vol. II, Milano 1922., str. 3 i sl.); Arangio-Ruiz, V., *Formule con „demonstratio“ e la loro origine*, Studi economico-giuridici (Cagliari), vol. 4, 1912., str. 75 i sl. (= *Scritti di diritto romano*, vol. I, Napoli 1974., str. 23 i sl.).

¹³ Usp. Lenel, O., *Edictum Perpetuum*, 3. izd., Leipzig, 1927. (dalje u tekstu: EP³), str. 292.

¹⁴ Lenel zadnji dio u zagradi daje samo sa *et rel.* s obzirom na jasan slijed ovih riječi koje su već navedene i kod formule *actio depositi* koja je prikazana u prethodnom poglavlju EP, no stavljene su ovdje radi potpunosti i preglednosti. *Ibid.*

¹⁵ Kod formule za fiduciju *cum amico* bile bi izbačene sve riječi koje se odnose na dug i njegovo vraćanje te bi glasila: „*Si paret A^mA^m N^oN^o fundum q. d. a. fiduciae causa mancipio eumque fundum redditum non esse negotiumue ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam*, et rel.“ U vezi s tim, poslije su izrečene sumnje bi li ove riječi same bile dovoljne s obzirom na vrlo iscrpan opis činjeničnog stanja kod osiguranja tražbine. Prihvaćanje ove formule po principu pariteta svakako bi zahtijevalo nadopune. Ili bi obje formule zahtijevale potpun opis činjeničnog stanja ili bi ga trebalo zabaciti kod obje. Također, treba upozoriti na jedinstvenu obradu *actio fiduciae* u izvorima što smatramo da čini vrlo upitnim postojanje različitih formula kod posebnih oblika fiducije. Također, kako smatramo nedostatno dokazanim postojanje *in factum concepta* formule, a formula *in ius* bila bi jednaka za sve, pitanje posebne formule za fiduciju *cum amico* čini se bespredmetnim. Usp. Lenel, EP¹, str. 233; Kaser, M., *Studien zum römisches Pfandrecht II, Actio pignoratitia und actio fiduciae*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (dalje u tekstu: TR), vol. 47, 1979., str. 195-234, 319-345 (= *Studien zum römisches Pfandrecht*, Napoli, 1982., str. 59-125), posebno vidi str. 102 i sl.; Noordraven, B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999., str. 314.

uglavnom po primjeru kako je koncipirao i *in factum intentio* kod *actio pigneraticia*.¹⁶ Naime, u skladu s Gajevim objašnjenjem *in factum* formule *actio depositi* u Inst. IV, 47,¹⁷ u njemu su sadržane faktične pretpostavke presude, odnosno opis činjeničnog stanja na temelju kojeg se sucu nalaže da donese presudu. Kod fiducije bi prema Lenelu prva stavka bila da je stvar predana radi osiguranja plaćanja dužne svote novca,¹⁸ dok bi daljnje pretpostavke bile da je dug morao biti plaćen ili na neki drugi način zadovoljen,¹⁹ odnosno da tužitelj nije prouzročio njegovo neispunjenje,²⁰ te da stvar nije već vraćena fiducijaru.²¹

Drugi dio odnosi se na način integracije „*ut inter...*“ u formulu. Lenel je smatrao da je jedini način za to bio u negativnoj formi, odnosno „*si paret...ita negotium actum non esse*“, koju izvodi iz Ciceronova citata provincijskog edikta za Aziju Q. M. Scevole, *ad Atticum* VI, 1, 15: „... *ex Q. Muci P. f. edicto Asiatico, 'extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona,...*“²² te iz D. 18, 2, 10 (*Iulianus lib. 13 digestorum*): „*Sed si proponatur a creditore [pignus] <fiduciam> in diem addict[um] <am>, non potest videri bona fide negotium agi, nisi adiectio recipiatur...*“²³ U objašnjenju ovog izbora, koje je u potpunosti dano tek 1909.,²⁴ Lenel je iznio stav da postoje samo dvije mogućnosti integracije „*ut inter...*“. Prva bi bila pozitivno orijentirana, u formi „*S.p. A^mA^m N^oN^o rem q.d.a. fiduciae causa mancipio dedisse, quam ob rem N^mN^m ita negotium agere oportet, ut inter bonos...*“, koja bi uslijed obveze određene s *oportere* bila dio formule *in ius concepta*.²⁵ Međutim, Lenel je zabacio ovu formu smatrajući da u skladu s pravilom

¹⁶ U vezi sa samim pitanjem pripadaju li navedene pretpostavke u *intentio in factum*, što je zastupao Lenel, ili *demonstratio in ius concepta actio pigneraticia*, što je smatrao Rudorff u svom pokušaju rekonstrukcije pretorskog edikta, vidi Rudorff, EP, str. 110; Lenel, EP¹, str. 201.

¹⁷ Vidi bilj. 3.

¹⁸ Prema D. 13, 7, 9 pr.-2. *Ibid.*

¹⁹ Kao podloga za preuzimanje ovog dijela formule kod fiducije upućeno je na tekst D. 46, 3, 32 (*Iulianus lib. 13 digestorum*). Usp. Lenel, O., *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (dalje u tekstu: SZ), vol. 3, 1882., str. 104 i sl.

²⁰ Na temelju teksta D. 12, 2, 40 (*Iulianus lib. 13 digestorum*). Također se kao dodatna pretpostavka izvodi i D. 46, 2, 12 (*Ulpianus lib. 31 ad edictum*). *Ibid.*

²¹ Izravnu potvrdu Lenel uglavnom pronalazi u tekstovima koji se odnose na *pignus*. Iznimno, za zadnji dio koji govori o tome da zemljište već nije vraćeno, ne postoji poseban navod izvora prema kojem ga je Lenel uveo u formulu. Vidi D. 13, 7, 9, 3-5; D. 13, 7, 20, 2. Usp. Lenel, EP¹, str. 201.

²² Cic. *ad Atticum* VI, 1, 15: „... iz provincijskog edikta za Aziju Q. Mucija: „osim toga ako posao nije izvršen na način kako je dužnost u skladu s dobrom vjerom“. Usp. Kaser, M., „Zum Ediktsstil“, u: *Festschrift Fritz Schulz*, vol. II, Weimar, 1951., str. 30; Cardilli, R., „*Bona fides*“ *tra storia e sistema*, Torino 2010., str. 3 i sl. (s uputom na vrlo opširnu literaturu u kojoj je tekst komentiran str. 4, bilj. 4); Talamanca, M., „La bona fides nei giuristi romani: „Leerformeln“ e valori dell’ordinamento“, u: Garofalo, L. (ur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, Padova 2003., str. 152 i sl.

²³ D. 18, 2, 10: „Ako je vjerovnik prodao stvar uz uglavak da stvar može prodati drugome u slučaju ponude više cijene, smatra se da nije postupio u dobroj vjeri, ako nije prihvatio višu ponudu...“

²⁴ Usp. Lenel, O., *Der Prätor in der legis actio*, SZ, vol. 30, 1909., str. 348 i sl.

²⁵ U tome se može iščitati i posredan utjecaj Oertmanna koji je ponovio Savignyjevu tvrdnju prema kojoj je *oportere* postojao samo kod *in ius concepta* i samo su se *iudicia s in ius* formulama ubrajale među *iudicia bonae fidei*. Usp. Savigny, *op. cit.* u bilj. 8, str. 473; Oertmann, *op. cit.* u bilj. 8, str. 231; Pernice, *op. cit.* u bilj. 12, str. 124.

da sudac kod formula *in ius* odlučuje prema stanju u trenutku litiskontestacije ona ne bi bila prikladna. Dok *dare, facere* ili *praestare* označavaju obvezu naknade već nastale štete, „*ita agere ut...*“ označavalo bi trajno stanje, pri čemu u formuli, prema Lenelovom mišljenju, „*passt diese Wendung außerordentlich schlecht*“.²⁶ Stoga se 1909. još zauzimao za redovnu formu *in ius* formule, sa zaporkom *ex fide bona*, no koju je 1927. odbacio kao nedovoljno dokazanu, te je ostao samo pri formuli *in factum*.

Drugi oblik, formula *in factum* koju nije mijenjao, prema Lenelu savršeno odgovara i lingvistički i pravno.²⁷ Izvore koji su naprijed navedeni, *ad Atticum* VI, 1, 15 i D. 18, 2, 10, sam nije posebno objašnjavao, već ih je očito smatrao kao samorazumljivu potporu vlastitoj konstrukciji.

3. PRIHVAT I KRITIKE LENELOVIH TEZA

Lenelovu argumentaciju postojanja dviju formula, iako s varijacijama u pogledu teksta formula i korištenih sintagmi u njima, prihvatili su vrlo rano već Oertmann²⁸ i Jacquelin.²⁹ Nešto kasnije, priključili su im se i Manigk i Longo, prvi oslanjajući se

²⁶ Pritom je napao i Jacquelinovu rekonstrukciju smatrajući jezično i stvarno neodrživom formu „*dare facere ut inter bonos...*“: Usp. Jacquelin, *op. cit.* u bilj. 11, str. 153 i sl.; Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 349, bilj. 5.

²⁷ Usp. Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 349.

²⁸ Oertmann je ponajprije izvršio otklon od Lenelove jezgre glede kronološkog tijeka, ustvrdivši da je u edikt ranije uvedena *in ius* formula koja je sadržavala riječi „*ut inter...*“ (za koje je smatrao da su bile najlakši način prilagodbe dotada korištene *legis actio per conductionem*, pritom slijedeći Lenelovu negativnu koncepciju njezine integracije). Ta formula glasila bi: „*Quod A. Agerius N. Negidio fundum... mancipio dedit, et quod id negotium non ita egit, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, tantam pecuniam...*“. Tek naknadno je prema Oertmannu bila stvorena i formula *in factum*. S obzirom na to da u kasnijoj formuli nije bio prihvatljiv, a nije imao ni smisla, dodatak *ex fide bona*, kao ni „*ut inter...*“ koji je imao jednako značenje, u njoj bi samo bilo navedeno činjenično stanje s skladu sa sadržajem *pactum fiduciae*. Završetak *in factum* formule bi u skladu s Inst. IV, 47, nakon *reddatum non esse* glasio: „*... quanti ea res erit, tantam pecuniam,...*“. Opširnije vidi u: Oertmann, *op. cit.* u bilj. 8, str. 225 i sl., 247 i sl.

²⁹ Jacquelin je kod formule *in factum* jedino preuzeo *demonstratio* kako je predložio Rudorff, pozivajući se na sličnosti formula kod ostavne pogodbe, te se koncentrirao na sadržaj formule *in ius*. Smatrajući da je zaporka „*ut inter...*“ bila njezin sastavni dio, kao i kod *actio rei uxoriae* zaporka *melius aequius*, rekonstruirao ju je na sljedeći način: „*Quod A^oA^o N^oN^o ob pecuniam q.d.a. illam rem fiduciae dedit eaque omnis pecunia, soluta eoue nomine satisfactum, aut per N^mN^m factum est quominus solueretur, quidquid ob eam rem N^mN^m A^oA^o dare facere ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione, condemna nisi restituat, si non paret absolve.*“ Međutim, na njezinu jezičnu neodrživost ukazao je već Lenel (Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 349), dok su glede stvarne podloge argumenti koji su poslije upereni protiv Lenelovih konstrukcija jednako primjenjivi. Usp. Jacquelin, *op. cit.* u bilj. 11, str. 134 i sl., 146 i sl.

više na Oertmanna,³⁰ drugi u potpunosti ostavši vjeran Lenelovim argumentima,³¹ te konačno Watson³² i Fuenteseca.³³

Sljedbenici Lenelove ideje u kasnijem izdanju, uzimajući formulu *in factum concepta* kao jedini oblik, uz što su preuzeli u cijelosti i njezin sam tekst, bili su Erbe i Frezza.³⁴ Oni nisu predložili nikakve izmjene, već su uglavnom u svojim radovima branili Lenelovu rekonstrukciju od kritika koje su se pojavile u međuvremenu.³⁵ Pri tome su većinom reproducirali i tumačili, napose opširnije Erbe, izvore koji su poslužili kao argumenti i Lenelu, uz dodavanje pokojeg novog teksta uvjetovanog odgovorom zastupnicima teze o *in ius* formuli.³⁶ Glede koncepcije tužbe, iako oba autora odbacuju Rabelovu interpretaciju Paulova teksta D. 44, 7, 9 koja bi pružila dokaz postojanja formule *in factum*,³⁷ Erbe je puno angažiraniji u kritičkom osvrtu na interpolacije tekstova predložene od pojedinih predstavnika protivne teorije, prilikom čega je ustvrdio, s pozivom na Lenelovo tumačenje D. 41, 1, 36,³⁸ da fiducija kao pakt a ne ugovor ne bi mogla ni imati *in ius* formulu.³⁹

³⁰ Manigk u skladu s predmnijevanom prvotnom zaštitom u legisakcijskom postupku daje prvenstvo *actio in ius* kao i Oertmann, dok formulu *in factum* drži obrazloženu Lenelovim argumentima, posebno zbog bliskosti fiducije s ostavom i posudbom. Usp. Manigk, A., „Fiducia“, u: *Pauly-Wissowa, R.E.*, VI, 2, Stuttgart 1909., str. 2309 i sl.

³¹ Longo se oslanja na raniji Lenelov stav o dvije formule te smatra pogreškom Lenelovo kasnije odustajanje od formule *in ius*. Također drži ranijom tužbu *in factum* koja se javlja *iuris civilis supplendi gratia*. Usp. Longo, C., *Corso di diritto romano, La fiducia*, Milano 1933., str. 30 i sl.

³² Watson pritom smatra ranijom formulu *in ius* koja je proizlazila iz legisakcije. Usp. Watson, A., *The Origins of fiducia*, SZ, vol. 79, 1962., str. 333 i sl.

³³ Fuenteseca je iznio mišljenje da je izvorna bila *in factum* formula usmjerena na sankciju dolusa koji se očitovao u izostanku povratka stvari na što je fiducijar obvezivala *fides*, no nije postojala *vinculum iuris*. Formula *in factum* bi prema njemu glasila na „*dolo malo redditam non esse, quanti ea res erit*“, dok bi *in ius* formula bila: „*Si paret Am Am No No rem q.d.a. fiduciae causa mancipio dedisse ob pecuniam creditam et negotium ita gestum non esset ut inter bonos...*“. Usp. Fuenteseca, P., „Líneas generales de la ‘fiducia cum creditore’“, u: Paricio, J., (ur.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994., str. 396 i sl. (posebno na str. 402 intencije obaju formula).

³⁴ Usp. Erbe, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940., str. 93 i sl.; Frezza, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, vol. II, Padova 1963., str. 65 i sl.

³⁵ Erbe polazi od stava da napadi nisu uspjeli uzdrmati osnove postojeće teze o formuli *in factum* pristupajući detaljnoj analizi razloga kroz pojedine dijelove formule; *ibid.*, str. 93.

³⁶ U obradi formule Erbe se orijentirao prema pojedinim činjeničnim pretpostavkama navodeći tekstove čiji bi im sadržaj odgovarao, iako bez izričite potvrde. Posebno se orijentirao na nedokazani blok „*eamque rem redditam non esse*“ za što potvrdu nalazi u D. 13, 7, 24, 3 (*Ulpianus lib. 30 ad edictum*) i D. 23, 3, 50, 1 (*Africanus lib. 8 quaestionum*). Glede istog dijela formule Frezza je dopustio da on ne bi bio sadržan u formuli jer bi bio pojmovno obuhvaćen s „*ut inter...*“ s obzirom da je to ionako preduvjet zahtjeva kod *actio fiduciae directa*. Vidi Erbe, *op. cit.* u bilj. 34, str. 103 sqq.; Frezza, *op. cit.* u bilj. 34, str. 74.

³⁷ Usp. Rabel, E., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Berlin 1915., str. 415, bilj. 4 (nedostupno djelo – citirano prema *Index Interpolationum*, III, str. 358 i Erbe, *op. cit.* u bilj. 34, str. 104; u drugom izdanju iz 1955. koje je dostupno nije bilo moguće naći referencu na navedeni fragment i zaključak); Frezza, *op. cit.* u bilj. 34, str. 75; Erbe, *op. cit.* u bilj. 34, str. 104.

³⁸ Usp. Lenel, *op. cit.* u bilj. 19, str. 178 i sl.

³⁹ Vidi Erbe, *op. cit.* u bilj. 34, str. 105 i sl.

Ova su dva autora, međutim, ostala relativno usamljena u svojim promišljanjima utemeljenja formule *actio fiduciae*.⁴⁰ Argumenti protiv Lenelove teze javljaju se vrlo brzo nakon njezine pojave, a prve je dao, iako u vrlo sažetom obliku, Pernice.⁴¹ Njegov osnovni prigovor odnosio se na nepostojanje nedvosmislenih dokaza o sadržaju koji Lenel uvrštava u formulu. Ni „*ita negotium...*“ niti bilo koji od činjeničnih elemenata, osim „*quasi soluta pecunia*“ iz kojega je Lenel izvukao daljnje pretpostavke, ne spominju se u vezi s formulom *actio fiduciae*, odnosno u tekstovima komentara pretorskom ediktu. Prema tome, ne bi postojali ni dovoljni razlozi za njihovo uključanje u tužbu. Nadalje, zaporka „*ut inter...*“ i uputa na *aequitas* sadržana u njoj, ne samo da su „*eigentiümlich*“, već u svakom slučaju nisu vjerojatni u formuli *in factum*. Takva formula upućuje na činjenice, a ne na pravna načela, što bi „*ut inter...*“ svakako predstavljao.

Puno šire kritike i razloge za postojanje samo *in ius* formule iznijeli su kasniji autori, Rotondi, Arangio-Ruiz i Grosso.⁴² Njihova mišljenja uglavnom su prihvaćena u novijoj literaturi, posebno Grossova s obzirom na vrlo detaljnu argumentaciju, te čine jezgru teze o nemogućnosti postojanja *actio fiduciae* koja bi bila *in factum concepta*.⁴³ U većoj mjeri možemo i sami pristati uz navedenu kritiku, pri čemu će, radi izbjegavanja ponavljanja, uz njezin prikaz biti izložen i vlastiti stav s dodatnim razlozima za prihvrat *in ius* formule. Općenito se argumenti protiv Lenelovih teza mogu podijeliti u dvije skupine. Prvu čine argumenti opće naravi, pozitivno definirani u cilju dokaza postojanja *in ius* formule koja bi bila alternativna, a ne komplementarna formuli *in factum*, dok bi druga obuhvaćala kritiku pojedinih dijelova Lenelove predložene rekonstrukcije.

Afirmativni pristup temelji se na Ciceronovim tekstovima iz *De officiis* 3, 15, 61 i 3, 17, 70 i *Topica* 17, 66.⁴⁴ Uzima se da bi iz njih dosta jasno proizlazilo da je zaporka „*ut inter bonos bene agier oportet*“, karakteristična za fiduciju, bila jednake važnosti kao i „*melius aequius*“ kod *actio rei uxoriae* te „*ex fide bona*“ kod ostalih

⁴⁰ Nakon njih, samo je iznimno zastupan isti stav, npr. kod Mantovanija i Fercije, pri čemu Mantovani kritizira Noordravena, a priključuje mu se s odobravanjem Fercia. Fercia je pritom puno neodređeniji jer, iako smatra Lenelovu formulu vrlo razumnom, u smislu da odgovara funkcionalno intencijama *bonae fidei iudicia*, ističe da bi formula *actio fiduciae* bila prva među formulama, te da se za to doba još ne mogu tako strogo razgraničavati *in ius* i *in factum* formule, pa niti onda svrstavati u jednu ili drugu skupinu. *Actio fiduciae* tako bi bila uvedena na temelju *ius civile* od strane pretora za rimske građane, a zatim bi po njezinu uzoru bile uvedene druge formule iz jurisdikcije peregrinskog pretora. Usp. Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999., str. 66 i sl. (pod br. 64); Usp. Fercia, R., „*Fiduciam contrahere*“ e „*contractus fiduciae*“, *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012., str. 240 i sl.

⁴¹ Usp. Pernice, *op. cit.* u bilj. 12, str. 124, bilj. 4.

⁴² Usp. Rotondi, *op. cit.* u bilj. 12, str. 3 i sl.; Arangio-Ruiz, *op. cit.* u bilj. 12, str. 25; Grosso, G., „*Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*“, *Annali dell'Università di Camerino*, vol. 3, 1929., str. 81 i sl. (= *Scritti storico giuridici*, Torino 2001., str. 275 i sl.).

⁴³ Grossovu argumentaciju *contra* Lenela u najvećoj mjeri prihvaćaju svi kasniji zastupnici teze o *in ius* formuli uz eventualne manje dodatke i tumačenja pojedinih tekstova, pri čemu Segre uz određene rezerve, s obzirom na to da se on nije konačno odlučio za formulu *in ius*, već mu se činila samo vjerojatnija. Usp. Segre, G., *Corso di diritto romano, Le garanzie personali e reali delle obbligazioni II: Le garanzie reali*, Torino 1935., str. 62 i sl.; Bellocci, N., *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974., str. 52 i sl.; Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 320 i sl.

⁴⁴ Sadržaj prvih dvaju tekstova detaljno je analiziran u Karlović, *op. cit.* u bilj. 6, str. 468 i sl.

bonae fidei iudicia. Ona je definirala sučevu obvezu izraženu kroz *oportere* koja se javlja samo kod civilnih tužbi.⁴⁵ Štoviše, zaporaka izražava objektivni kriterij odlučivanja ključan za civilnu obvezu. Prema njoj je *actio fiduciae* višekratno i uvrštena među *iudicia bonae fidei*, kojim su pojmom označavane samo civilne tužbe koje su imale formulu *in ius*. Bilo bi stoga sasvim nelogično da je kroz sva razmatranja u kontekstu civilnih *b. f. iudicia*, samo *a. fiduciae* iznimka od ostalih s drukčijom formulom.⁴⁶ Također, kompozicija Ciceronovih tekstova bila bi ozbiljno narušena, da ne kažemo promašena,⁴⁷ ako bi ona bila suprotne naravi, za što ne postoji nikakva uputa niti opravdani razlog, s obzirom na to da su sve cjeline u kojima se spominje *formula fiduciae* definirane civilnopravnom obvezom. Također, *formula in factum* i njome predviđena presuda na „*quanti ea res erit, tantam pecuniam*“, proturječe pojedinim tekstovima o fiduciji kod kojih se vidi dužnost naknade unaprijed neodređenog iznosa.⁴⁸

Opće naravi, ali ipak u sferi čistih pretpostavki, argumenti su u vezi s kronološkim slijedom uvođenja formula.⁴⁹ Naime, Lenelovu stavu o ranijem uvođenju formule *in factum*, a tek kasnije *in ius*, postavljena su dva prigovora. Arangio-Ruiz je pošavši od Scevoline reference stavio pod pitanje smislenost postojanja dvije formule ako bi druga bila unesena u edikt već oko 30 godina kasnije, što bi bio period između *lex Aebutia* i *Scaevole*.⁵⁰ Grosso je pak, pretpostavivši položaj *actio fiduciae* kao najstarije *bonae fidei iudicia*, otklonio potrebu za dvije formule jer bi već ranija bila *in ius*, za razliku od *actio depositi* i *commodati* gdje bi *in ius* bila tek kasnije uvedena.⁵¹ Već bi prvom bila ostvarena njezina inkorporacija među civilnopravne tužbe te bi druga bila nepotrebna. Oba argumenta mogla bi se prihvatiti na načelnoj razini, uz izloženu rezervu *petitio principii*.

U tekstualnoj analizi, Grosso je bio možda i najkonkretniji u kritici Lenelove formule. Pojedinačne faktične pretpostavke presude navedene u formuli smatrao je suvišnjima, čak i ako se prijeđe preko nedostatka dokaza da su bili sadržani u formuli, jer bi sučevo utvrđivanje svakog od pojedinih elemenata bilo u izravnoj suprotnosti s pretpostavljenom širinom sučevih ovlasti i *bonae fidei* naravi posla. Upravo je sučeva mogućnost uzimanja u obzir svih okolnosti posla, prema Gaju,

⁴⁵ Primjerice usp. Bellocci, N., *op. cit.* u bilj. 43, str. 51.

⁴⁶ Usp. Arangio-Ruiz, *op. cit.* u bilj. 12, str. 26.

⁴⁷ U ovom dijelu Arangio-Ruiz upućuje na didaktičku narav *De Officiis* te potencijalno zbunjivanje čitatelja ako bi se tu doista vršio prijelaz između dvije formule, jer iz svega proizlazi jednaka a ne različita pravna vrijednost zaporke fiducije i ostalih *bonae fidei iudicia*. *Ibid.*, str. 26-27.

⁴⁸ Noordraven pri tome navodi tekstove D. 13, 7, 22 pr.-2 te Paul. Sent. 2, 13, 1 koji navode dužnost kompenzacije te naknadu za plodove koji nisu mogli biti obuhvaćeni točno određenom naknadom u formuli *in factum*. Navedenu slabost ove formule Kaser je pokušao relativizirati povezivanjem „*ut inter...*“ i „*quanti ea res est*“. Usp. Kaser, M., *Quanti ea res est: Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935., str. 65; Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 323 i sl.

⁴⁹ Ovdje se nećemo zadržavati na pitanju eventualne *legis actio fiduciae* jer smatramo da pitanje formule ne ovisi o pozitivnom odgovoru glede legisakcije, već se može samostalno riješiti. Usp. Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 301 sqq.; Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 53.

⁵⁰ Usp. Arangio-Ruiz, *op. cit.* u bilj. 12, str. 25.

⁵¹ Posljednji dio pokušao je relativizirati Noordraven, iako ne baš uspješno. Usp. Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 289 i sl.; Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 321, bilj. 110.

Inst. IV, 61, i ovlast kompenzacije kod *b. f. iudicia*, čija je tekstualna korelacija s krajem teksta *De officiis* 3,17,70 vrlo bitna, ključna za navedenu karakterizaciju posla.⁵² Ako bi sudac bio dužan utvrđivati svaku od pojedinačnih pretpostavaka, onda bi bile suvišne riječi „*ut inter...*“. Međutim, one predstavljaju bit formule, a odlučivanje u skladu s njima po prirodi stvari uključuje razmatranje svih elemenata od nastanka posla do ispunjenja, odnosno neispunjenja. Ako je stvar vraćena, ne bi ni bilo mjesta tužbi, te je normalno da sud ispituje sve činjenične okolnosti, no bez ikakve posebne upute. U tom je pogledu sasvim dobro ocijenio Noordraven da riječi „*redditam non esse*“ ne bi nikako odgovarale u slučaju fiducije *manumissionis causa* gdje je postojala dužnost daljnje, a ne nazadpredaje.⁵³ Tekstovi koji svjedoče primjenu tužbe i kod toga oblika fiducije stoga idu jasno protiv uključanja riječi „*redditam non esse*“ u formulu. Isti autor također je s pravom upozorio na tekst D. 23, 3, 50, 1 u kojem bi postojanje elementa „*eamque pecuniam debitam eove nomine satisfactum esse*“ spriječilo ostvarenje fiducijantovog zahtjeva.⁵⁴ Kako se ove pretpostavke ne spominju u tekstu, odnosno *Africanus* ih uopće ne uzima u razmatranje, vjerojatnije je stoga da nisu ni postojale u formuli.

Protiv navođenja pojedinih preduvjeta kondemnacije govori i jedinstvenost formule koja proizlazi iz izvora. Pretpostavka od koje polazi Lenel, o postojanju posebne tužbe za fiduciju *cum creditore* i *cum amico*, prema kojoj bi u potonjoj ove pretpostavke bile isključene, osim da stvar nije vraćena, u proturječnosti je s tekstovima koji ne upućuju na nikakve razlike u tužbi kada je ona korištena za jednu od postojećih svrha fiducije.⁵⁵ Tužba, a prema tome i formula, uvijek se navodi bez posebne kvalifikacije svrhe posla, što bi bio jasan indikator jedinstvenog teksta. Uvijek se navodi samo jedna *actio fiduciae*, ne više njih, kao npr. kod Gaja, neovisno o svijesti autora o primjeni forme radi postizanja različitih ciljeva.

Jezgra Lenelove formule, negativna procjena dužnosti stranaka s „*ita negotium actum non esse*“, napadnuta je posebno kroz diskreditaciju uloge teksta D. 18, 2, 10. Prema Grossu, iz ovog se teksta ne može sigurno izvesti dio „*ita negotium...*“ kao sadržaj formule jer se riječi odnose na *bona fides* kao interni element formule, a ne na samu zaporku.⁵⁶ One objašnjavaju unutrašnji sadržaj formule, prožete s *bona fides*, a ne njezinu gramatičko-semantičku strukturu. No, čak i kad bi bio u formuli, lako se može uzeti da bi predloženi tekst označavao pozitivni, a ne negativni kriterij ocjene ponašanja, što se može zaključiti iz D. 19, 2, 45, 1 (...*utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum...*), u kojem se izraz „*bona fide*

⁵² Usp. Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 294.

⁵³ Glede navedenog može se istaći i Grossovo shvaćanje prema kojem se *actio fiduciae* mogla podići samo kod povrede dužnosti povratka stvari. Kritički usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 318.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Usp. Kaser, *op. cit.* u bilj. 15, str. 322.

⁵⁶ Grosso je kritizirao rekonstrukciju glede glagolskih vremena, odnosno relaciju oblika „*ita negotium...*“ i „*ut inter...*“, tvrdeći da bi u Julijanovu tekstu onda trebalo biti „*ita negotium actum non esse*“, a ne „*non agi*“ što bi upućivalo na ocjenu samo okolnosti u prošlosti, zanemarujući da je Lenelov glavni prigovor pozitivnoj rekonstrukciji upravo odnos na sadašnjost, tj. vrijeme litiskontestacije, a ne na vrijeme prije toga u kojem je došlo do povrede obveze. Usp. Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 349; Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 285 i sl.

actum“ javlja u vezi s pozitivnom obvezom na *dare facere oportere* kod *locatio conductio*.⁵⁷

Drugi konkretniji argument protiv negativne formule bio bi Ciceronov tekst *De officiis* 3, 15, 61 iz kojeg sasvim jasno proizlazi sankcija dolusa kroz pozitivnu formu.⁵⁸ Također, sudac bi bio suočen s posebnim problemom u postupku donošenja presude ako bi dužnost ocjene ponašanja stranaka bila negativno određena.⁵⁹ Naime, kako je riječ o općem standardu,⁶⁰ nefiksiranog sadržaja, gdje bi teško bilo za suca utvrditi da stranka nije postupala u skladu s njim, on bi morao osloboditi štetnika ako to nije mogao učiniti, dokazati odstupanje od apstraktnog, neodređenog pravila ponašanja utvrđenje čijeg sadržaja tegotnim označava već Ciceron. Prema navedenoj formuli, moralo bi se dokazati da se stranka nije ponašala na određeni način, a ne da jest, što ne bi bilo u skladu niti sa Ciceronovim opservacijama o samoj tužbi niti sa zaporkom „*ut inter...*“.

Izložena kritika u najvećem broju instanci pogađa bit problema te možemo reći da ima jaču podlogu u izvorima od stava koji su iznijeli Lenel i zagovornici njegove teze o formuli *in factum*. Naime, sam uvid u izvorne Lenelove tekstove daje sliku vrlo šturih objašnjenja. Praktički glavni motiv prilikom rekonstrukcije formule bila je konzekventna primjena modela formacije formule *actio pigneraticia*. Po tom *a priori* pristupu traženi su tekstovi koji bi približno bili jednaki, međutim ni tu se nije moglo u potpunosti ostvariti jednak rezultat. Naime, iako je Lenel, za razliku od Rudorffa, odvojio *actio fiduciae* od *actio pigneraticia* u ediktu, i on je pošao od njihove vrlo bliske veze za što pretklasični izvori ne daju dovoljnu osnovu. Kod Cicerona vidimo vezu s drugim *bonae fidei iudicia* – *actio tutelae*, *actio mandati*, *actio rei uxoriae*, no među njima se ne nalazi *actio pigneraticia*. Povezanost s *actio pigneraticia* uslijed uvrštenja u isti titulus Digesta i interpolacija nije morala značiti i bliskost glede teksta formule, posebno s obzirom na vjerojatnu razliku u vremenu uvođenja.⁶¹

Lenelov izbor između dvije samopredložene formule ne može se okarakterizirati važnim razlogom izbora jedne alternative te stoga i čudi snažna privrženost kasnijih autora Lenelovoj tezi i rekonstrukciji.⁶² Štoviše, ne samo da su njegove kritike formula Jacqueline i Pernicea dosta površne, ni Lenel 1927. godine niti sljednici ideje o isključivoj primjeni *in factum* formule nisu iznijeli jasnije prigovore protiv *in*

⁵⁷ Također valja spomenuti i Burdesea koji je ustvrdio da se *negotium agi* u D. 18, 2, 10 odnosio na kupoprodaju, a ne fiduciju, no čiji je stav ostao izoliran i bez većeg utjecaja. Usp. Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 287; Burdese, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949., str. 179.

⁵⁸ Usp. Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 294 i sl.; Bellocci, N., *op. cit.* u bilj. 43, str. 61 i sl.

⁵⁹ Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 322 i sl.

⁶⁰ Da se poslužimo terminologijom čiju mogućnost primjene pojašnjava Giannozzi. Usp. Giannozzi, E., *L'emploi des standards en droit romain*, Fundamina, vol. 22, br. 2, 2016., str. 209 i sl.

⁶¹ Glede uvođenja *actio pigneraticia* mišljenja uglavnom upućuju na razdoblje 1. ili 2. st. n. e. glede *in ius*, odnosno 1. st. pr. Kr. za *in factum* formulu. Usp. Kaser, *op. cit.* u bilj. 15, str. 214 i sl.; Braukmann, M., *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008., str. 67 i sl.

⁶² Usp. Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 348 i sl.; Erbe, *op. cit.* u bilj. 34, str. 90 i sl.; Frezza, *op. cit.* u bilj. 34, str. 70 i sl.

ius formule, osim osnovne teze da „*ut inter...*“ ne odgovara sadržaju takve formule.⁶³ Obrnuti redosljed u postupku rekonstrukcije, od mogućeg teksta formule prema njezinoj naravi, ne prateći logičan slijed stvari, čini upitnim konačni rezultat.

Ciceronovi tekstovi prema kojima je *actio fiduciae* spadala među *bonae fidei iudicia* i Gajeva potvrda istoga, znajući da su *b. f. iudicia* bile *in ius conceptae*, ne ostavlja puno prostora za rasprave o njezinoj naravi. Iako je to Erbe pokušao relativizirati, lakonska primjedba da je uputa na *boni viri* kao mjerilo ponašanja mogla imati istu ulogu u *in factum* formuli svrstavši je među *b. f. iudicia* čini se sasvim nedovoljnom, a i u sebi je proturječna.⁶⁴ Ako Erbe pristaje da bi „*ut inter...*“ imalo značenje jednake snage *ex fide bona*, nije jasno zašto onda ova zaporka ne bi mogla biti dio *in ius* formule, što je i prirodnije prema kontekstu.

Konačno, iz teksta *De officiis* 3, 15, 61, ali i iz Gajeva pojašnjenja *in factum* formula, *Inst. IV*, 45 i dalje, kao i iz samih formula koje se mogu razabrati iz tekstova u *Digestama*, može se uočiti antinomija *in ius* formula kod kojih je *dolus* sankcioniran zakonima ili dodatkom *ex fide bona*, odnosno dodatkom „*ut inter...*“, i *in factum* formula u kojima se kod većine izričito navodi doložno ponašanje kao temelj za donošenje presude.⁶⁵ Dok je u prvoj skupini već prema civilnom pravu ponašanje u skladu s *bona fides* predvidjelo i mogućnost kazne za prijevaru, kod potonjih formula *dolus* je bio posebno istaknut iz čega se može izvesti da se time davala uputa na Akvilijevu sankciju dolusa u pretorskom ediktu.⁶⁶ Upravo neizravno obuhvaćanje sprečavanja doloznog ponašanja zaporkom kod fiducije stoga dodatno upućuje na njezino porijeklo i potvrdu u okvirima *ius civile*, a ne *ius praetorium*.

4. MODELI FORMULE *ACTIO FIDUCIAE IN IUS CONCEPTAE*

4.1. Prvi koncept – „*Si paret... negotium ita actum non esse, ut inter bonos...*“

Nakon odbacivanja ideje o *in factum* formuli potrebno je dati i odgovor na pitanje rekonstrukcije formule *actio fiduciae* koja je bila *in ius concepta*. U literaturi je ponuđen niz rješenja, a skoro je svaki autor iznio vlastito viđenje njezine konstrukcije. Radi preglednosti, među njima se ipak može prepoznati nekoliko modela s obzirom na neke karakteristične elemente.

Prvi model koji se u najvećoj mjeri naslanja na Lenelovu konstrukciju prema načinu inkorporacije zaporka u formulu ističe se prema dva segmenta *intentio* –

⁶³ Usp. Frezza, *op. cit.* u bilj. 34, str. 71 i sl.

⁶⁴ Usp. Erbe, *op. cit.* u bilj. 34, str. 92.

⁶⁵ Upućujemo na Philonenkovu analizu tekstova *in factum* formula kod tužbe protiv oslobođenika koji pozove patrona na sud bez pravne osnove, tužbe protiv agrimenzora, kod ostavne pogodbe te kod silovitog oštećenja stvari (prema Ciceronovu govoru *pro Tullio*, II i X), koje se pozivaju na *dolus* štetnika. Usp. Philonenko, M., „‘Intentio’ dans les Formules ‘in Factum conceptae’“, *Revue internationale des droits de l’antiquité* (dalje: RIDA), vol. 3, 1949., str. 231 i sl.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 242, 246 i sl.

a) početak u formi „*Si paret...*“, s odgovarajuće oblikovanim kondemnacijskim nalogom koji glasi na „*tantam pecuniam...*“, i b) objekt sučeve procjene jest ponašanje stranaka u odnosu označeno s *agere*, mjereno prema zaporci „*ut inter...*“. S obzirom na drugi element, postoje dvije varijacije njegove inkorporacije, negativna koju su potvrđenu od Lenela prihvatili Kreller i Kaser, a uz koje je u najnovije vrijeme pristao i Dunand,⁶⁷ te pozitivna koju su zastupali Pernice i Grosso.⁶⁸

Glavna razlika prema Lenelovom prototipu, a s obzirom na to da su ovi autori formulu shvatili kao *in ius*, jest da su odbačene sve faktične pretpostavke presude osim one da je stvar fiducijarno predana, a koja bi nesumnjivo proizlazila iz dokumenata prakse.⁶⁹ Njezino uključanje u *intentio* međutim stvara problem jer je ipak riječ o činjenici kojoj nije mjesto u osnovnom dijelu formule gdje se navodi zahtjev osnovan na pravnom odnosu, već bi eventualno ona mogla biti dio *demonstratio* kod *in ius* formule.⁷⁰ Uvrštenje u *intentio* odgovaralo bi jedino formuli zasnovanoj na opisu činjenica i tu se vidi poteškoća u prihvatu izvorno činjenične osnove kao pravne. Iako su pravnici tvrdili da je formula *in ius*, njezina izvorna koncepcija u stilu *in factum* formule izvor je problema u njezinu razmatranju kao takve. Kaserovo objašnjenje za ovaj postupak preuzimanja, da se početak razlikovanja civilnih i pretorskih formula veže tek uz *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, dok ranije nije postajala ta razlika,⁷¹ čini nam se nedovoljnim u svjetlu tekstova Gajevih Institucija o konstrukciji *b. f. iudicia*. Suprotnost u prihvaćanju predloženog Lenelovog teksta te vlastitog shvaćanja uloge zaporke „*ut inter...*“ pokušalo se tu riješiti izvana, na temelju širih razmatranja o građanskom postupku, no bez ikakve veze s fiducijom.⁷²

Negativne formule Krellera i Kasera skoro su u cijelosti podudarne uz iznimku Kaserove primjene pretpostavljene promijenjene, klasične forme zaporke, pri čemu

⁶⁷ Usp. Kreller, H., *Formula fiduciae und Pfandedikt*, SZ, vol. 62, 1942., str. 143 i sl., 207; Kaser, M., *op. cit.* u bilj. 15, str. 319 i sl.; Dunand, J.-P., *Le transfert fiduciaire: „donner pour reprendre“*. *Mancipio dare ut remancipetur*, Bâle, Genève, Munich 2000., str. 181 i sl.

⁶⁸ Ona zapravo proizlazi iz konstrukcije koju je Lenel naveo kao mogući, no ne vjerojatni primjer *in ius concepta* formule. Od nje su također polazili i De Martino i Arangio-Ruiz iako ne dajući vlastite rekonstrukcije. Usp. Pernice, *op. cit.* u bilj. 12, str. 124; Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 310; De Martino, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937., str. 90 i sl.; Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14. ed., Napoli 1960., str. 308.

⁶⁹ Također usp. D. 41, 1, 31 pr. (*Paulus lib. 31 ad edictum*) i D. 41, 1, 36 (*Iulianus lib. 13 digestorum*). Vidi detaljnije Kreller, *op. cit.* u bilj. 67, str. 184 i sl.; Kaser, M., *op. cit.* u bilj. 15, str. 326 i sl.

⁷⁰ Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 326 i sl.

⁷¹ Usp. Kaser, *op. cit.* u bilj. 15, str. 321.

⁷² Teza proizlazi iz shvaćanja da je s *lex Aebutia* sankcioniran formularni postupak samo za kondikcije te da je konsumptivna uloga litiskontestacije kod *bonae fidei iudicia* nastupila tek od *lex Iulia iudiciorum privatorum*, dok se prije toga ostvarivala prigovorom u postupku. Isto glede uloge *lex Aebutia* kojom je sankcioniran novi oblik postupka za kondikcije ustvrdio je i Magdelain. Usp. Kaser, M., „Die ‘lex Aebutia’“, u: *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. I, Milano 1953., str. 25 i sl. (= *Ausgewählte Schriften*, vol. II, Camerino 1976., str. 443 i sl.); *idem*, *op. cit.* u bilj. 15, str. 101, bilj. 239; Frezza, P., „Storia del processo civile in Roma fino alla età di Augusto“, u: Temporini, H. (ur.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, I, Von den anfangen Roms bis zum Ausgang der Republik*, vol. 2, Berlin, New York 1972., str. 173 i sl.; Magdelain, A., *Gaius IV, 10 et 33: Naissance de la Procédure Formulaire*, TR, vol. 59, str. 249, 252.

bi umjesto „*ut inter bonos bene agier oportet*“ u formulu bilo umetnuto „*ut bona fide agi oportet*“.⁷³ Njezin bi tekst prema ranijoj, Krellerovoj rekonstrukciji, glasio:

„*Si paret A^mA^m N^oN^o fundum q.d.a. fiduciae causa mancipio dedisse negotiumque ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit...*“.⁷⁴

Ona je određivala zadatak suca koji bi bio utvrditi je li stvar prenesena fiducijarno i je li se tuženi tijekom trajanja odnosa, tj. u izvršenju posla, ponašao drukčije nego bi to činili *boni viri*. Ako bi utvrdio postojanje obaju elemenata, morao bi fiducijara osuditi na iznos vrijednosti fiducijarno prenesene stvari.

Uz prijepore koji su već izneseni u vezi s Lenelovom rekonstrukcijom, kao prednost ovakve formule lingvistički naveden je usklađen tekst jer je predmet procjene određen s *agere* koji odgovara zaporci „*ut inter bonos bene agier oportet*“, čime je također obuhvaćen cjelokupan posao, *negotium*, od početka do kraja odnosa, dok bi *dare, facere, praestare* imali preuzak doseg.⁷⁵ Problem je međutim da se *agere* ne javlja niti kod jedne od *b. f. iudicia*, dok su predloženi izvori koji se ističu još od Lenela u korist primjene izraza nekonkluzivni.⁷⁶

Uz primjenu *agere* usko je vezan i početak *intentio* u formi „*si paret*“, koju bi pratila odgovarajuća *condemnatio* s „*quanti ea res erit, tantam pecuniam...*“.⁷⁷ Naime, način uvrštenja *agere* u klasičnu formulu koja se javlja kod ostalih *b. f. iudicia*, „*quidquid dare, facere, praestare oportet*“, prema ovim bi autorima bio problem jer je teško reći da je tuženi dužan dati onoliko koliko god bio iznos onoga kako, ili koliko, je dužan djelovati. Stoga je kao mjerilo određenja kondemnacijske svote utvrđena vrijednost stvari što se izvodi iz osnovnog zahtjeva fiducijanta na povrat stvari.⁷⁸ S aspekta izvora koji predviđaju tužbu i za druge slučajeve, poput povratka *superfluum* ili naknade troškova, ovaj dio je problematičan. Iako je Kaser relativizirao slične primjedbe iznesene od Bellocci tvrdnjom da je sudac mogao

⁷³ Za navedeni oblik Kaser je smatrao da je bio u primjeni najkasnije od doba Julijana dok je raniju formu držao neprikladnom u okvirima Edikta. Osnova za ovaj oblik jest tekst D. 18, 2, 10, čemu je Kaser dodao i D. 23, 3, 50 pr. (*Africanus lib. 8 quaestionum*) i *Paul. Sent.* 1, 9, 8, iako ne možemo vidjeti u čemu potonji predstavlja potporu za navedeni izričaj. Jedino što se iz njega može izvući jest forma „*ut... oportere*“. Kaser međutim nije prvi predložio ovu formu, već bi se ona prema Lenelu javila već ranije u radovima romanista 19. stoljeća, Kellera i Rudorffa, iako uvidom u same tekstove može se uočiti da oni samo kažu da je „*ut inter*“ bila prvotna formula, *olim*, međutim ne predlažu rekonstrukciju koja bi to sadržavala. Rudorff dodaje redovnu sintagmu *ex fide bona* te stoga proizlazi da je sam Lenel iznio novu sintagmu ili ju je susreo u drugim radovima koje nije citirao. Usp. Keller, F. L., *Der römische Civilprocess und die Actionen*, 2. Auf., Leipzig 1855., str. 95; Rudorff, EP, str. 110; Lenel, EP¹, str. 233; Kaser, *op. cit.* u bilj. 15, str. 100, bilj. 233.

⁷⁴ Usp. Kreller, *op. cit.* u bilj. 67, str. 207. Formulu je prema opasci u bilježci glede prvotne forme ostvarenja ostave i posudbe prihvatio i Wubbe. Usp. Wubbe, F.B.J., *Gaius et contrats réels*, TR, vol. 35, 1967., str. 507, bilj. 16.

⁷⁵ Usp. Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 348, bilj. 5; Kreller, *op. cit.* u bilj. 67, str. 207; Kaser, *op. cit.* u bilj. 15, str. 102.

⁷⁶ Vidi Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 55 i sl., 82; Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 333 i sl.

⁷⁷ Navedeni se prigovor javlja primarno u novijoj literaturi s obzirom na odustajanje od *agere* kao predmeta činidbe. Usp. Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 83 i sl.; Noordraven *op. cit.* u bilj. 15, str. 326 i sl.

⁷⁸ Usp. Kreller, *op. cit.* u bilj. 66, str. 190 i sl.

smanjiti ili općenito promijeniti iznos, sama forma „*Si paret...*“ i kondemnacija ne ostavljaju puno prostora za odluku.⁷⁹ Sudac je prema ovoj formuli imao utvrditi je li se stranka ponašala u izvršenju posla kao *bonus vir* ili nije te je prema tome osuditi, a nije imao ovlast prilagoditi visinu osude. „*Ut inter...*“ se prema ustrojstvu ove formule ne odnosi na procjenu visine, već na utvrđenje opstojnosti zahtjeva, te je stoga cijeli koncept u suprotnosti s krajem *De officiis* 3, 17, 70 gdje Ciceron kao posebnu značajku *b. f. iudicia* navodi upravo mogućnost uzimanja u obzir međusobnih zahtjeva stranaka i odgovarajućeg prilagođavanja visine naknade. „*Quanti ea res erit*“, riječi na koje se Kaser poziva kao faktor koji ostavlja slobodu određenja konačne svote, nema utjecaja na protuzahtjeve stranaka i mogućnost kompenzacije, već bi samo, kao i kod *rei vindicatio*, ostavljao mogućnost naknadne procjene vrijednosti fiducijarno prenesene stvari.⁸⁰

Isti prigovor, koji pogađa srž formule, vrijedi i glede pozitivno koncipirane formule koju je predložio Pernice:

„*Si paret A^mA^mN^oN^o hominem Stichum fiduciae causa n. I mancipio dedisse, quam ob rem uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit...*“⁸¹

Nalog sucu da utvrdi je li stvar predana fiducijarno, s ulogom *demonstratio*,⁸² te je li se tuženi ponašao u skladu s pravilima ponašanja *boni viri*, ima više formu *in factum*, nego *in ius* formule. Ako se doslovno tumače riječi formule, sudac bi imao samo utvrditi je li stvar predana *fiduciae causa*, a ako je tako predana, s njome se treba ponašati na određen način, te ako ustvrdi da je došlo do prijenosa, ima osuditi tuženog na iznos visine vrijednosti stvari. Sama zaporka praktički postaje irelevantna za odluku o zahtjevu i njegovoj visini.⁸³

Iz svega navedenog vjerujemo da proizlazi neodrživost ovog modela uvrštenja zaporke u formulu pri čemu je na prvom mjestu izvorima neodgovarajući način određenja visine zahtjeva, u suprotnosti sa zahtjevima *bona fides* i naravi *b. f. iudicia*. Bez obzira na to kako se shvati njihovo izvorište i prvotna uloga zaporke *bona fides*, ili „*ut inter...*“, jasno je da je ona svakako u klasičnom pravu, u kojem se nesumnjivo primjenjivala, u normalnoj ili „klasičnoj“ formi, imala ulogu procjene visine vrijednosti činidbe i protučinidbe, što prema ovom modelu nije bilo ostvarivo. S te strane je i začuđujuć Kaserov prihvrat ove formule s obzirom na njegovu ulogu

⁷⁹ Glede prigovora usp. Belloci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 85, te također Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 236; *contra* Kaser, *op. cit.* u bilj. 15, str. 102 (posebno bilj. 242).

⁸⁰ U dijelu posvećenom upravo zaporci „*quanti ea res est*“ Kaser se ogradio od obrade fiducije s obzirom na razliku spram ostalih tužbi iz realnih kontrakata koje su išle na povrat stvari s obzirom na to da nema dualiteta formula te je problem sadržaja formule kod *actio fiduciae* obradio u drugim radovima. Usp. Kaser, *op. cit.* u bilj. 48, str. 65.

⁸¹ U većem dijelu ju je preuzeo i Grosso. Razlika je samo u riječima „*quidquid ob eam rem...*“. Usp. Pernice, *op. cit.* u bilj. 12, str. 124; Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 310 i sl.

⁸² Proširenje formule s naznakom fiducijarnog prijenosa kreira u izvorima nespojivu konstrukciju, početak formule sa „*si paret*“ te objašnjenje prijenosa sa *demonstratio*. Usp. Grosso, *op. cit.* u bilj. 42, str. 311; za kritiku vidi detaljnije Belloci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 76 i sl.

⁸³ Do istog rješenja došao je i Noordraven s konačnim zaključkom da je Perniceova formula zapravo *in factum concepta*. Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 325 i sl.

u raspravama o naravi i temeljima *bonae fidei iudicia*,⁸⁴ čak i usprkos stavu da do strožeg odvajanja *in ius* formula kod *bonae fidei iudicia* dolazi tek nakon *lex Iulia de iudiciorum privatorum*.

4.2. Drugi model – „... *quidquid ob rem N^mN^m A^oA^o praestare oportet ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*“

Drugi model je više usklađen s Gajevim prikazom formula *bonae fidei iudicia* te se zasniva na *intentio* koja je glasila na „*quidquid*“ te koja je sadržavala zaporku „*ut inter...*“.⁸⁵ Sam početak obilježava *demonstratio* s naznakom predmeta fiducije i objašnjenjem da je prijenos izvršen *fiduciae causa*, nakon čega je slijedila intencija u kojoj se jedina razlika među pojedinim autorima odnosila na činidbu koja je predmet procjene prema zaporci.

Jacquelin ju je tako odredio s „*dare facere ut inter bonos bene agier oportet*“ polazeći od striktno analogije zaporka s *bona fides*.⁸⁶ Problem koji se pri tome javlja jest da je sama zaporka ovom integracijom razbijena te je izgubila originalni smisao jer bi se prvi dio, „*ut inter bonos bene agier*“, odnosio na „*dare, facere*“, kao i *oportet*,⁸⁷ što se iz izvora ne može iščitati.⁸⁸ Zaporka je skoro uvijek izvođena u cjelini paralelno s *ex fide bona* prema čemu se može zaključiti da se prvi dio do *oportet* ne može izdvojeno promatrati kao kvalifikacija za *dare* ili *facere*, već se zaporka samo u cijelosti može postaviti prema predmetu obveze. Drugi autor, Carcaterra pak u samoj zaporci nalazi predmetnu činidbu, koja bi glasila na *agere*, s obzirom na to da se *quidquid* odnosi na „*ob eam rem ut inter...*“,⁸⁹ čemu se mogu uputiti iste primjedbe kao kod ranijeg modela gdje se *agere* redovno predlagao, no za koji ne postoje dokazi koji bi uputili na njegovu opstojnost kao zasebnog predmeta obveze.

⁸⁴ Pri tome se može istaknuti da je Kaser bio zastupnik stava o uvođenju *bonae fidei iudicia* kao rezultata pretorskog imperija prema čemu je prvotna uloga zaporka bila ustanovljena obveze, koja ideja se očito prelila i u sferu *actio fidei*. Usp. Kaser, M., *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, SZ, vol. 59, 1939., str. 52 i sl.; kritički Wieacker, F., *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, SZ, vol. 80, 1963., str. 3 i sl.

⁸⁵ Usp. Jacquelin, *op. cit.* u bilj. 11, str. 153 sq.; Carcaterra, *op. cit.* u bilj. 7, str. 34; Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 80 i sl.

⁸⁶ Usp. Jacquelin, *op. cit.* u bilj. 11, str. 153.

⁸⁷ Kao jedan od argumenata protiv formule Lenel je naveo jezični nesklad. Usp. Lenel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 349.

⁸⁸ Jedino se kod Cicerona u *De officiis* 3,15,61 zaporka javlja bez *oportet*, no kako se na druga tri mjesta, u istom djelu 3, 17, 70, te u *Topica* 17,66 i *ad familiares* 7, 12, 2, javlja u punom opsegu, može se zaključiti da je puna zaporka redovna forma, dok je navedena iznimka rezultat konteksta u kojem se raspravlja o represiji dolusa, načelom dobre vjere, kojem odgovara i dužnost ponašanja kao *bonus vir*, a ne izravno o samom obliku formule. Usp. Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 77 i sl.

⁸⁹ Carcaterrina formula glasi: „*Quod A^oA^o N^oN^o ob pecuniam debitam fundum Cornelianum fiduciae causa mancipio dedit, quidquid ob rem ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, eius iudex condemnato, si non paret, absolvito.*“ Pri tome je bitno uputiti na autorovo shvaćanje prema kojem je „*ut inter bonos bene agier*“ imalo istu svrhu kao „*dare, facere*“ u redovnoj formuli, dok je samo „*sine fraudatione*“ odgovaralo zaporci „*ex fide bona*“ što smatramo neodrživim s obzirom na izvore. Usp. Carcaterra, *op. cit.* u bilj. 7, str. 34, 37 i sl.

Konačno, najrecentniji primjer ovog modela iznijela je Bellocci koja je kao predmet činidbe predložila *praestare*, sa sljedećim tekstom:

„*Quod A^sA^s N^oN^o fundum Capenatem fiduciae causa mancipio dedit, qua de re agitur, quidquid ob rem N^mN^m A^oA^o praestare oportet ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, eius iudex N^mN^m A^oA^o condemnato.*“⁹⁰

Obrazloženje za izbor *praestare*, s obzirom na to da *dare* i *facere* ne bi odgovarali prema zaporci, prema Bellocci, u primarnoj je obvezi koja je predmet fiducijarnog odnosa, a to je bilo ponašanje stranaka u skladu s *fides*. Jedna stranka bila je vezana drugoj na vjernost i poštenje, a takav zahtjev jedino se moglo ostvariti kroz *praestare*. U tom je smislu potporu svom stavu pronašla u završnim riječima *De officiis* 3, 17, 70, „*quid quemque cuique praestare oportet*“ i *Topica* 10, 42, „*Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*“⁹¹ Problem je, međutim, što se ovim tekstovima može objasniti dužnosti stranaka u odnosu, no smatramo da se ne može u potpunosti opisati ovlast suca u donošenju osude koja bi svakako morala sadržavati barem *dare*, ako ne i *facere*. Naime, ako je glavni zahtjev bio onaj za povratom stvari nakon plaćanja duga, on bi imao biti predstavljen s *dare*, a ne *praestare*, stoga je i formula u ovom elementu preusko postavljena.

Iz istih, ali i drugih Ciceronovih tekstova autorica je također došla do zaključka da je zaporka „*ut inter...*“ u cjelini odgovarala ulozi i značenju *ex fide bona* prema čemu bi i bila u integralnom obliku sastavni dio tipične formule *bonae fidei iudicia*. Iz toga proizlazi i specifičnost ove formule da je cijela zaporka postavljena nakon *praestare oportet*, tj. da formula sadrži dva puta glagol *oportere*, koji je kod drugih autora samo kao dio zaporke bio jedini i temeljni nositelj civilne obveze. Glede toga, iznesen je i drugi prigovor ovoj rekonstrukciji, uz uobičajeni o neslaganju *praestare s agier*,⁹² jer bi prema dostupnim izvorima bila riječ o jedinstvenom slučaju dvostrukog navođenja izričitog izvora civilne obveze. Međutim, ovaj model jest svakako prihvatljiviji i s manje poteškoća moguće ga je uskladiti s ukupnošću izvora od prvoga. On predstavlja solidan temelj za pokušaje rekonstrukcije, no prije toga treba ukazati i na karakteristike zadnjeg karakterističnog modela.

4.3. Treći pristup – „*ut inter bonos...*“ kao dio *demonstratio*

Treći primjer oblikovanja formule jest ujedno i posljednji detaljnije elaborirani model, no također i najslabije zastupljen u literaturi. Pojavio se prvi put kod

⁹⁰ Usp. Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 85 i sl.

⁹¹ *Ibid.*, str. 71 i sl., 79, 85.

⁹² Drugi prigovor koji je protiv ove formule iznio Noordraven, a to je da zaporka u ovom obliku uključenja ne bi predstavljala dovoljan izvor obveze jest isključivo stvar njegova pogleda na izvornu ulogu dodatka *ex fide bona*. Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 333.

Oertmanna, a ponovno ga je iznio i obrazložio Noordraven.⁹³ Njegova osnovna značajka jest to da su riječi „*ut inter...*“ dio *demonstratio*, a ne *intentio*, dok se u ostatku podudara s redovnom formulom *bonae fidei iudicia* (*Quod, ... quidquid ob eam rem N^mN^m A^oA^o dare facere praestare oportet ex fide bona, eius iudex...*).

Razlog za prebacivanje zaporke u *demonstratio* kod Noordravena je primarno rezultat potrebe slaganja glavne činidbe s *agier*. Stoga je, pošavši od položaja poveznice „*ob eam rem*“, koja ograničava suca prilikom odlučivanja uputom na sadržaj *demonstratio*, pokušao na taj način uključiti zaporku u formulu da ne kolidira s glavnom činidbom. Zaporka bi u okviru *demonstratio* imala istu ulogu kao *ex fide bona* jer bi njome bio definiran fiducijarni odnos i međusobne obveze stranaka koje su bile predmet ispitivanja.

Formula bi glasila:

„*Quod A^sA^s N^oN^o fidi fiduciae causa fundum, qua de agitur mancipio dedit, quam ob rem ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid ob eam rem N^mN^m A^oA^o dare facere praestare oportet, eius iudex N^mN^m A^oA^o c.s.n.p.a.*“⁹⁴

U ovoj rekonstrukciji glavni je kriterij bio točno odrediti položaj suca u postupku, odnosno dopustiti mu da na temelju formule odredi što je svaka strana dužna izvršiti drugoj u skladu s običajnim i moralnim načelima *bona fides*.⁹⁵ S obzirom na to da bi on pri tome polazio od pravnog odnosa utvrđenog u *demonstratio*, u istoj bi bilo navedeno pravilo prema kojem bi se stranke trebale ponašati tijekom odnosa, odnosno ispitivanje istog od strane suca, prema ovom autoru, imalo bi na kraju isti učinak kao da su riječi bile umetnute u *intentio* formule.⁹⁶

Problem je, međutim, što se posljednji zaključak prema objektivnim mjerilima ne može izvući iz navedene konstrukcije. Prvo, prigovor koji je sam Noordraven postavio Bellocci, da zaporka u formuli ne može imati istu ulogu kao *ex fide bona*,⁹⁷ sukladno tezi da je *ex fide bona* prvotno imala ulogu temelja obveze, ovdje još i više važi jer je navedeno mjesto u intenciji ostavljeno prazno. Autor govori kako je sudac dužan odlučivati s obzirom na *fides* kao temelj (utuživosti) posla, no prema svom položaju ona to nije. Prema smještaju ona se samo uvjetno može pojaviti kao mjerilo ponašanja stranaka, no ni pri tome ne odgovara shvaćanju

⁹³ Primjer ćemo izložiti prema Noordravenovoj rekonstrukciji s obzirom na recentnost, relevantnost s obzirom na ranija istraživanja i isključivu primjenu samo ove formule. Također, kod Oertmanna ne postoji posebno pojašnjenje ovakvog oblika formule, već je u ranijem tekstu samo izložena kritika rješenja njegovih prethodnika. Usp. Oertmann, *op. cit.* u bilj. 8, str. 248; Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 335 i sl.

⁹⁴ Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 338.

⁹⁵ Što je autor izrazio riječima: „Die funktion des Ausdrucks besteht darin, dem *iudex* bei der Festlegung der Leistung, zu welcher der Beklagte verpflichtet ist, eine Handhabe zu geben. Dem *iudex* wird mitgeteilt, aufgrund welcher moralischen Norm er die Leistung festsetzen muss.“ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, str. 335

fides kao dopunskog elementa koji je dao sucu slobodnije ruke pri odlučivanju.⁹⁸ Prema toj tezi, uloga zaporke *ex fide bona* kod *bonae fidei iudicia* bila bi omogućiti kompenzaciju tužbenih zahtjeva, što ovdje ne proizlazi iz formule. Dodatak kod fiducije, „*ut inter...*“, prema Noordravenovoj formuli, definira fiduciju i dužnost ponašanja kod posla, no ne daje ništa šire ovlasti sucu glede donošenja odluke o *intentio* i uzimanja u obzir protuzahjteva stranaka. Također, prema ovoj koncepciji bilo bi logično pretpostaviti da je zaštita već postojala u okvirima legisakcijskog postupka, s obzirom na to da bi pravni temelj tužbe već ranije postojao i da bi uputa glasila samo na modalitet ponašanja, no isto je sam Noordraven kategorički odbio.

Nadalje, *demonstratio*, kako je definira Gaj, Inst. IV, 40, „*ea pars formulae quae ... ut demonstretur res de qua agitur*“, sadržavala bi samo uputu na odnos koji je predmet spora, ne i na njegove karakteristike. Kada se navodi pravni posao na temelju kojeg se traži osuda, točno se znalo o čemu je riječ – u tome je i smisao ograničenog, nominatnog sustava poslova i tužbi u civilnom pravu. Kada se traži osuda jer je stvar bila predana u fiduciju poznato je koje su dužnosti stranaka te bi ih bilo suvišno ponovno navoditi u *demonstratio*. No, praktički prema ovoj formuli upravo bi došlo do dupliciranja *demonstratio*. Jednom bi bilo rečeno da je stvar predana u fiduciju, za koju se zna kakav je posao, a drugi put bi se opet reklo isto, samo opisno. Također, sam Noordraven je priznao da se paralela s *quam ob rem* ne može naći u drugim formulama s *demonstratio*, već da ju je uveo po uzoru na Lenelove rekonstrukcije *actio legis Aquiliae* i *actio furti*, tužbe sasvim drukčijeg izvora obveze.⁹⁹

Usprkos lingvističkom skladu glede pozicije zaporke, uslijed svega navedenog, te ponovno ističući da je „*ut inter...*“ u svim instancama kod Cicerona postavljen na istoj razini s *ex fide bona* što bi zaporku smještalo u *intentio*,¹⁰⁰ ne bismo prihvatili ovaj prijedlog.

5. VLASTITI PRIJEDLOG FORMULE *ACTIO FIDUCIAE*

Na temelju raščlambe iznesenih teza, te s uputom na analizu značenja pojedinih elemenata zaporke „*ut inter bonos...*“ koju smo ponudili u ranijem radu, smatramo da se prvo može potvrditi pripadnost ove zaporke, u ulozi i pravne osnove i mjerila ponašanja, kao dijela *intentio*. Pravilo prema kojem se stranke trebaju ponašati u izvršenju ugovora kako dobri, poštteni ljudi (*boni*) dobro (*bene*)

⁹⁸ Usp. Wieacker, *op. cit.* u bilj. 83, str. 29 i sl., 40; Schmidlin, B., *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß*, u: Harder, M., Thielmann, G. (ur.), *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1980., str. 360 i sl.; Dajczak, W., *Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex fide bona in Klageformeln*, RIDA, vol. 46, 1999., str. 241 i sl.

⁹⁹ Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 339.

¹⁰⁰ Noordraven je sam pokušao relativizirati navedeni prigovor, svjestan istoga, da ne vidi razloge protiv drukčijeg rješenja, tj. zašto bi zaporka bila dio *demonstratio* ako bi imala istu ulogu. Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 338. Za kritički stav vidi i Paricio, J., „Apuntes sobre la *actio fiduciae*“, u: Garofalo, L. (ur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. III, Padova 2003., str. 55.

postupaju, obuhvaćala bi i dužnost povrata stvari nakon plaćanja duga, jer će pošten čovjek vratiti stvar nakon što mu je dug plaćen, kao i dužnost priznati da postoje protuzahjevni druge strane te se suzdržati od traženja pune vrijednosti. Prva dužnost je, dapače, samorazumljiva jer je riječ o osnovnom i najčešćem zahtjevu, no i druga se može iščitati iz tekstova kada se mogla primijeniti *actio fiduciae contraria*, u prvom redu radi naknade troškova.¹⁰¹

Pri određenju sadržaja formule stoga smatramo da uz već ustanovljene parametre kroz kritiku ranije predloženih formula treba ostvariti konvergenciju dvaju čimbenika – zaporke i zahtjeva koji se tužbom ostvarivao. Pri tome treba odgovoriti na pitanja što je tužitelj tvrdio da mu je tuženi dužan; što je bio temelj njegova zahtjeva; što je on htio dobiti tužbom; te kako se to sve moglo pomiriti s „*ut inter...*“. Ona odgovaraju elementima uobičajene formule *actio in personam* koja je bila *in ius concepta* i *bonae fidei* te je sadržavala *demonstratio*. Odgovori su već djelomično dani u ranijem izlaganju te ćemo ih u nastavku teksta nadopuniti i zaokružiti.

Afirmaciju ovih karakteristika pruža uska veza *actio fiduciae* s tužbama s kojima se najčešće javlja zajedno – *actio rei uxoriae*, *actio mandati*, *actio tutelae* i *actio pro socio*.¹⁰² Iako izvori u kojima se one zajedno spominju, Cic. *De officiis* 3, 17, 70, Cic. *De natura deorum* 3, 30, 74, Cic. *Topica* 10, 42, Cic. *Pro. Q. Roscio Comoedo* 6, 16, Cic. *Pro Ceacina* 3, 7, ne daju konkretniji prilog u određenju njezina teksta s obzirom na razlike u objektu glavne činidbe, prema svom koordiniranom položaju i ustrojstvu upućuju na to da su se na fiduciju primjenjivala ista pravila kao i na ostale tužbe.¹⁰³ Jedina razlika, prema onome što saznajemo od Cicerona, sastojala bi se u zaporci. Međutim, njezina uloga u uređenju društvene svakodnevice, jer u njima „*vitae societas contineretur*“, prema Cic. *De off.* 3, 17, 70 (generalno za sve) i *Pro. Q. Roscio Comoedo*, 6, 16 (specifično samo za fiduciju), opet bi bila ista.

Glede točnijeg definiranja elemenata tužbe, za početak može se uputiti na *Gai. Inst. IV, 33*.¹⁰⁴ Iz zadnjeg dijela ovoga teksta može se razaznati da *actio fiduciae* spada u tužbe koje „*sua vi ac potestate valent*“, prema čemu su iste naravi kao i

¹⁰¹ Prema Paul. Sent. II, 13, 7 za naknadu troškova i D. 13, 7, 24 pr. glede mogućnosti prijeboja protutražbina.

¹⁰² Višekratno zajedničko navođenje ovih tužbi potaknulo je Frezza i Belloci na unutrašnju podjelu *bonae fidei iudicia* na one koje se odnose na obiteljske odnose, odnosno društvene odnose u užem smislu, gdje pripadaju fiducija, *dos* i *tutela* (Frezza), odnosno fiducija, *mandatum*, *tutela* i *societas* (Belloci), te one s trgovačkim predznakom (*emptio venditio*, *locatio conductio*). Ona glede formule nema posebnog značenja, no može se iskoristiti kao argument u vezi s izvorom *bonae fidei iudicia* – jurisdikcija gradskog ili peregrinskog pretora. Usp. Frezza, *op. cit.* u bilj. 34, str. 64; Belloci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 63 i sl.; Wieacker, *op. cit.* u bilj. 84, str. 9 i sl. Vidi također Corbino, A., *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, RIDA, vol. 60, 2013., str. 118 i sl.

¹⁰³ Pri tome treba primarno uputiti na *actio mandati*, *tutelae* i *pro socio* o kojima je više poznato od *actio rei uxoriae*. Za razliku od toga, ne može se povući paralela s posudbom i depozitom jer njih nema kod Cicerona te su dobili civilne tužbe vjerojatno tek u principatu. Usp. Paricio, *op. cit.* u bilj. 100, str. 53 i sl.

¹⁰⁴ Gai. Inst. IV, 33: „*Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Siue enim pecuniam siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*“

formule kondicija. Pritom je glavna razlika to da kod kondicija *intentio* glasi na „*certam pecuniam aut rem dare oportere*“, dok bi za ostale tužbe, pa tako i fiduciju, vrijedilo samo „*aliquam pecuniam aut rem*“. Iz toga se može nadalje izvesti, prema Gajevom razlikovanju vrsta *condemnatio*, Inst. IV, 49 i dalje, da *condemnatio* formule *fiduciae* ne bi glasila na *certa pecunia*, već kao i drugih *bonae fidei iudicia* na *incertum* što podrazumijeva početak *intentio* s *quidquid*. To dodatno potvrđuje i Ciceronov naziv *arbitria* za tužbe navedene u *De officiis* 3, 17, 70.¹⁰⁵

Glede činidaba smatramo da bi bile navedene sve tri, *dare, facere, praestare*, tj. da samo jedna ili dvije ne bi pokrivala sve mogućnosti u kojima se tužba mogla primijeniti. Glavna obveza bila bi ostvariva s *dare*, dok bi supsidijarno bila predviđena i mogućnost primjene *facere*, iako zapravo s vrlo suženom ulogom. Odgovornost za štetu zbog umanjenja vrijednosti stvari, primjerice prema D. 13, 7, 24, 3 (*Ulpianus lib. 30 ad edictum*), bila bi pak obuhvaćena s *praestare*.¹⁰⁶ Glede *restituere*, koju kao poseban oblik obveze prema c. 22 *lex Rubria*, „*d(are) f(acere) p(raestare) restituereue oportere*“, Magdelain povezuje posebno s fiducijom, smatramo da tekst ne daje dovoljnu osnovu za navedenu tvrdnju s obzirom na to da termin *restituere* nije ni na kakav način izravno spojen s fiducijom, već je općenito postavljen.¹⁰⁷ Riječ je mogla biti izvorno dio formule, no za konačan oblik edikta to ne bi bilo potrebno.

Prigovor koji je iznio Noordraven o konfliktu „*dare, facere, praestare*“ s „*agier oportet*“ smatramo da je rješiv ako zaporku shvatimo kao cjelinu koja je nastala u rano doba razvoja formula, puno prije formiranja konačnog edikta i formula kako ih prenosi Gaj, te u određenoj uzmemu u paraleli sa Cic. *ad Atticum* VI, 1, 15: „*extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona,...*“. Slično s pasivnim *gestum est* iz 1. st. pr. Kr. koji se ravna prema *bona fides*, tj. da treba donijeti presudu u skladu s intencijom na *dare facere oportet*, osim ako je posao tako vođen, sklopljen, izvršen (što bi se sve moglo obuhvatiti s *gestum*) da to ne bi bilo u skladu s *bona fides*, tako bi se starija formula „*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*“ odnosila na to da obveze iz fiducijarnog posla treba izvršiti, *dare facere oportet*, kako bi to trebalo biti izvršeno među dobrim ljudima.

¹⁰⁵ Ovdje se može upozoriti na Brogginijevu teoriju o porijeklu *bonae fidei iudicia* iz privatne arbitraže, glede čega vidi Broggin, G., *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, Graz, 1957., str. 199 i sl.

¹⁰⁶ U skladu s Cic. *De officiis* 3, 16, 66. Pri tome smatramo da Ciceronovi tekstovi jasno ukazuju na pripadnost *praestare* u *bonae fidei iudicia*, kao što je to prisutno i u *Lex Rubria*, c. 22, glede čega je Magdelain postavio tezu da je *praestare* dodan kao opći izvor obveze tek kasnije. Usp. Kaser, *op. cit.* u bilj. 22, str. 44 i sl.; Magdelain, *op. cit.* u bilj. 72, str. 256. Na opću ulogu *praestare* kod *bonae fidei iudicia* u klasičnom pravu jasno ukazuje Ulpijan u D. 19, 1, 11, 1 (*Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*). Vidi šire s uputom na daljnju literaturu Mayer-Pritzl, R., „Pactum, conventio, contractustr. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht“, u: Dufour, A.; Rens, I.; Meyer-Pritzl, R.; Winiger, B. (ur.), *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1998., str. 105 i sl.

¹⁰⁷ Usp. Kaser, *op. cit.* u bilj. 22, str. 45 i sl.; Magdelain, *op. cit.* u bilj. 72, str. 256.

Pritom nam se čini i logičnim da bi za aktivnu obvezu između stranaka mjerilo bilo pasivno ali također određeno u prezentu, ponašanje ideal-tipa *bonus vir*.¹⁰⁸

Činiti, raditi, kao općeniti glagol koji obuhvaća najšire djelovanje u tehničkom i u netehničkom smislu,¹⁰⁹ logični je sastavni dio zaporke, no ne i njezin centralni element. Sudac ne procjenjuje ništa prema samom činjenju, već prema tome je li fiducijarni odnos nastao i izvršen u skladu s ponašanjem poštenog čovjeka. Kada govori o supresiji dolusa, *De officiis* 3, 15, 61, Ciceron stavlja u opreku *dolus* s *bona fides*, odnosno *inter bonos bene*, dok se *agere* može upotrijebiti u oba slučaja. Konačno, *agere* je dio zaporke jer se *oportere* isključivo odnosio na neki glagol, radnju, te se ne bi mogao odnositi samo na „*ut inter bonos*“. Zato vjerujemo da je i stavljanje naglaska na problematičnost *agere* u intenciji formule promašeno. Također, želimo uputiti na dio Katonovog teksta u kojem se susreće slična kombinacija, iako ne u pravnom značenju, koja svjedoči o jeziku vremenu početka 2. st. pr. Kr. Riječ je o rečenici iz prvog poglavlja *De agricultura* 1, 2: „*Vicini quo pacto niteant, id animum advertito: in bona regione bene nitere oportebit.*“¹¹⁰ Iako je Katonov tekst pun konstrukcija *boni* i *bene*, ova rečenica je uočljiva zbog sličnosti s karakterističnim dijelom formule fiducije. Štoviše, ona bi se mogla uzeti kao argument prema kojem drugo *oportere*, kod „*ut inter*“, ne bi značilo pravnu obvezu, već bi imalo opće značenje te stoga niti ne dolazi u konflikt, u pogledu duplikacije, s osnovnim *oportere* uz *dare, facere, praestare*.

Kao što je ranije navedeno, sve tri činidbe bile bi uključene u formulu dajući time i odgovor na pitanje što je fiducijant tvrdio da mu je fiducijar dužan. Uz osnovni zahtjev za povratom stvari, fiducijant bi mogao tražiti i *superfluum*, posebno ako je dužnost povrata viška predviđena *pacto convento*, te za naknadu štete ako je ovaj stvar uništio ili oštetio.¹¹¹ No, fiducijant je morao računati i na protuzahtjeve, primarno korisne troškove koje je fiducijar poduzeo na stvari dok se nalazila kod njega.¹¹²

¹⁰⁸ U vezi s odnosom *boni-mali* za pretpostavljeno doba uvođenja *actio fiduciae* te značenje *boni* u smislu moralnih osobina građana usp. Falcone, G., „L’attribuzione della qualifica “vir bonus” nella prassi giudiziaria d’età repubblicana (a proposito di Cato, or. fig. 186 Sblend. = 206 Malc.)“, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, vol. 54, 2010.2011., str. 57 i sl.; *idem*, *La formula „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“ e la nozione di „vir bonus“*, *Fundamina*, vol. 20, br. 1, 2014., str. 258-274.

¹⁰⁹ Na njegovu sveobuhvatnost uputio je i Labeon, prema onome što je Ulpijan prenio, kod definiranja što je *contractus* u D. 50, 16, 19 (*Ulpianus lib. 11 ad edictum*): „*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione:...*“ Usp. Diódsi, G., *Contracts in Roman Law*, Budapest 1981., str. 88 i sl.

¹¹⁰ *Cato, De agricultura* 1, 2: “Usmjeri pogled na to kako susjedi drže zemlju: na dobrom području trebalo bi sve biti dobro obrađeno (bogato).”

¹¹¹ Ovdje se može spomenuti Wubbeova teorija da su tužbe kod ostave i posudbe uvedene prvo samo za slučaj uništenja stvari, odnosno kada osoba ne bi mogla vratiti predanu stvar. Usp. Wubbe, *op. cit.* u bilj. 74, str. 508 i sl.

¹¹² Vidi npr. početak fragmenta D. 13, 7, 25 (*Ulpianus lib. 31 ad edictum*): „*Si servos [pigneratos] <fiduciae mancipatos> artificio instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria...*“ Vidi opširnije u: Marra, P., *Fiduciae causa*, Milano 2018., str. 203 i sl.

U konkretnom slučaju, obrnutim postupkom izvođenja iz poznate zaporke, početna točka bila bi najjednostavniji fiducijantov zahtjev da se na temelju fiducije predani rob Stih vrati (da, preda), kao što bi dobar, pošten čovjek trebao pošteno izvršiti ono što je obećao drugom poštenom čovjeku. No, kako je rečeno, zahtjev nije uvijek išao na povrat stvari, te je spor bio prosuđivan kao *arbitrium*. Stoga bi početni zahtjev morao biti proširen. Uz *dare* bi bile dodane i ostale činidbe, dok bi umjesto stvari određene vrijednosti opseg zahtjeva bio prepušten procjeni suca. Konačno, i samo pravilo ponašanja moralo bi biti postavljeno tako da obuhvati obje strane. Ista bi ostala tek pravna osnova, fiducijarni prijenos, posao čije postojanje i okolnosti njegove realizacije sudac mora ispitati.

Navođenje pravne osnove u *demonstratio* bilo je ključno za sučev položaj kod *arbitria*, odnosno *iudicia bonae fidei*, jer je upravo ona određivala smjer djelovanja. Glede same forme upute na fiduciju, prema dokumentima iz prakse može se zaključiti na prisutnost složenice *fid(e)i fiduciae causa* u formuli, iako vjerojatno samo u njezinu prvotnom obliku.¹¹³ Izvorni duplicitet u formuli, koja bi obuhvatila element *fides* obje strane, *fides* u smislu povjerenja fiducijanta koje ima u ponašanje druge strane i *fides* kao pouzdanost, izvršenje zadane riječi, bio bi opravdan i u skladu s kompozicijom „*ut inter bonos*“ koja izražava bilateralnu narav odnosa. Prema tekstovima iz Puteola moguće je da bi on bio zadržan još tijekom 1. stoljeća nove ere, no kroz usporedbu s Gajevim tekstovima i Probusovom bilješkom, vjerojatnije je da bi zbog razloga praktičnosti u *Edictum perpetuum* bila preuzeta kraća forma *fiduciae causa*.¹¹⁴ Sama zaporka „*ut inter bonos bene agier oportet*“, vjerujemo da je na isti način, no možda ipak nešto ranije, ostala bez dodatka „*sine fraudatione*“.¹¹⁵ Kako je izneseno na drugom mjestu, smatramo da je ona bila dio formule u njezinoj izvornoj verziji, no da je poslije, širenjem ovlasti i interpretacijom od strane pravnika, postala nepotrebna.¹¹⁶

Prije samog prijedloga formule, iako je pitanje već dijelom odgovoreno uz kritiku rekonstrukcija Bellocci i Noordravena, te glede problema odnosa „*dare, facere, praestare*“ s *agere*, kratko se možemo osvrnuti na položaj zaporke. Naime, pitanje je može li se prema izvorima zaporka kontekstualno izjednačiti u položaju s *ex fide bona*. Može li se *addere* koji Ciceron spominje u vezi s potonjim primijeniti i na zaporku fiducije? Dva su izvora u kojima se spominju sva tri pojma – *De officiis* 3, 15, 61 i *Topica* 17, 66. U prvome se očito *addere* ne odnosi na zaporku fiducije već

¹¹³ Uz *Tabula Baetica* i *TPSulp.* 85, 87, 90, 91, 92, složenica *se* također susreće u Plautovim komedijama. Usp. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 15, str. 339; Peppe, L., „La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione“, u: Lupoi, M. (ur.), *Le situazioni affidanti*, Torino 2006., str. 41 i sl.

¹¹⁴ Gai. *Inst.* II, 59-60, II, 220, III, 201. Probus, objašnjavajući kratice iz ranijih razdoblja, navodi kraći naziv u poglavlju o onima korištenima u pretorskom ediktu – *De litteris singularibus fragmentum*, V, 13 (*In edictis perpetuis haec*): „*F.C. fraudare creditores vel fiduciae causa vel fidei commissum*“. Prema: Keil, H., *Grammatici latini*, vol. IV, Leipzig 1864., str. 274. Usp. Peppe, *op. cit.* u bilj. 113, str. 43, bilj. 134. Također glede uloge Probusova komentara u proučavanju edikta usp. Girard, P. F., „Un document sur l'édit antérieur a Julien, Valerius Probus, De litteris singularibus, 5, 1-24“, u: *Aus Römischen und Bürgerlichem Recht: Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907 überreicht*, Weimar 1907., str. 21 i sl.

¹¹⁵ Usp. Karlović, *op. cit.* u bilj. 6, str. 483 i sl.

¹¹⁶ *Ibid.*

se samo kaže da riječi „*maxime excellent*“, no u drugom se može izvesti analogija – „*In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, ..., parati eis esse debent.*“ Pri tome je vrlo bitno uočiti poveznicu s *etiam*, „također“, kojim je povezana zaporka fiducije, ali i *ubi*, što bi ukazivalo na jednak položaj dodatka. Stoga bi se „*est additum*“ odnosio jednako i na „*ex fide bona*“ i na „*ut inter bonos bene agier oportet.*“¹¹⁷

Konačno, kao što je ranije ukazano na promjene koje bi bile nužne da bi sudac mogao cjelovito sagledati slučaj i donijeti presudu, u tom izmijenjenom, ali smatramo i obliku koji je predviđen u finalnoj redakciji pretorskog edikta, formula *actio fiduciae* glasila bi:

„*Titus iudex esto. Quod A^sA^sN^oN^o fiduciae causa fundum Baianum (/hominem Felicem)¹¹⁸ mancipio dedit, qua de re agitur, quidquid N^mN^m ob eam fiduciam A^oA^o dare facere praestare oportet, ut inter bonos bene agier oportet, eius iudex N^mN^m A^oA^o condemnato,¹¹⁹ si non paret absolvito.*“

Njome bi pretor, nakon sumarnog ispitivanja činjeničnih navoda stranaka i određenja da predmet spora proizlazi iz fiducije, davao nalog sucu prema kojem je on trebao odlučiti o zahtjevu tužitelja. Sudac je prema formuli imao ispitati je li među strankama došlo do fiducijarnog prijenosa, odnosno opravdanost *demonstratio*, te nakon toga osnovanost tužiteljeva zahtjeva i njegov opseg. Točnije, na temelju iznesenog i dokazanog činjeničnog stanja i zahtjeva stranaka sudac bi odlučio je li tužitelj odgovoran i ako jest, koliki je iznos presuđene svote. Pri tome bi ponašanje stranaka u odnosu i njihove dužnosti procjenjivao u skladu s kriterijem *boni viri*, objektiviranog modela poštenog čovjeka. Pritom smatramo da ova formula odgovara po svojoj koncepciji činjenici jednovrsnosti formula kod *bonae fidei iudicia*, koje „*sua vi ac potestate valent*“, te zajedničkom modelu. Također, ista formula je mogla bez problema biti upotrijebljena i kao *actio fiduciae contraria*, samo s promijenjenim imenima, što bi bio i daljnji argument u korist njezina predloženog oblika.

6. ZAKLJUČAK

Dugotrajne rasprave o pravnoj naravi i sadržaju formule *actio fiduciae* opravdane su ne samo općenitim razlozima koji važe za sve formule, već napose i pretpostavljenom pozicijom *actio fiduciae* kao jedne od najstarijih *bonae fidei iudicia*. Dok pretpostavke uvođenja idu u 3. i 2. stoljeće prije Krista, izvori na temelju kojih se izvode teze i zaključci o ovim pitanjima potječu iz Ciceronovih

¹¹⁷ Isti stav zastupa i Bellocci. Drukčije, *etiam* u smislu navođenja slične formule druge naravi tumači Longo, dok u smislu izražavanja iste ideje, ali ne i strukture, Carcaterra. Usp. Longo, *op. cit.* u bilj. 31, str. 35; Carcaterra, *op. cit.* u bilj. 7, str. 13 i sl.; Bellocci, *op. cit.* u bilj. 43, str. 67 i sl.

¹¹⁸ Prema *Tabula Baetica* ili *TPSulp.* 85.

¹¹⁹ Ovdje bi se u slučaju uključenja arbitrarne klauzule ubacilo: *nisi restituat.*

govora, dok su konkretni modeli formula dani tek u Gajevim Institucijama. To je ujedno i razlog širine spektra ponuđenih rješenja.

Glede pravne naravi tužbe, smatramo da se u prvom redu iz Ciceronovih govora može ustvrditi da bi formula tužbe bila *in ius concepta*. Zajedničko postavljanje *actio fiduciae* s drugim *bonae fidei iudicia* te višekratno navođenje u istoj funkciji zaporke „*ut inter bonos bene agier oportet*“ s „*ex fide bona*“, bilo bi jasan indikator, a i dokaz u korist ove teze. Za razliku od *actio depositi, commodati* i *pigneraticia* koje se spominju kasnije, *actio fiduciae* je konstantno od strane Cicerona svrstana među *bonae fidei iudicia*, koje su imale *in ius* koncipirane formule. Također, i sam kriterij „*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*“, iako s natruhom kazuizma kao naznakom ranog uvođenja, označavao je objektivni kriterij, kao što je i *bonus vir* bio pravni standard vrlog rimskog građanina, paralelno dodatku *ex fide bona*.

Prihvatajući formulu *in ius concepta*, sljedeći korak bio je definirati mjesto specifične zaporke *actio fiduciae*. Od iznesenih prijedloga najbliži smo bili prijedlogu Bellocci te onome Noordravena, no glede oba postoje problemi. Glede Bellocci, to je prvenstveno ograničavanje dužne činidbe na *praestare*, dok je kod Noordravena svrstavanje riječi „*ut inter...*“ u okvire *demonstratio*. Iako je potonja formula lingvistički skladna i uvjerljivo složena, prema izjednačavanju uloga „*ut inter bonos bene agier oportet*“ i „*ex fide bona*“, vjerujemo da bi „*ut inter...*“ bila dio *intentio*, pri čemu se čini kao najprikladnije mjesto ono koje zauzima i „*ex fide bona*“. U skladu s navedenim, predložena je formula pripadna finalnoj redakciji pretorskog edikta, koncipirana u skladu s redovitom formulom *bonae fidei iudicia*.

LITERATURA

1. Arangio-Ruiz, V., „Formule con „demonstratio“ e la loro origine“, *Studi economico-giuridici (Cagliari)*, vol. 4, 1912., str. 75-144 (= *Scritti di diritto romano*, vol. I, Napoli 1974., str. 23-121).
2. Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14. ed., Napoli 1960.
3. Bellocci, N., *La tutela della fiducia nell' epoca repubblicana*, Milano 1974.
4. Braukmann, M., *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008.
5. Brogkini, G., *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957.
6. Burdese, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949.
7. Carcaterra, A., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964.
8. Cardilli, R., „*Bona fides*“ *tra storia e sistema*, Torino 2010.
9. Corbino, A., „*Fides bona contraria est fraudi et dolo*“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 60, 2013., str. 109-129.
10. Dajczak, W., „Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung *ex fide bona* in Klageformeln“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 46, 1999., str. 219-242.

11. De Martino, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937.
12. Diósi, G., *Contracts in Roman Law*, Budapest 1981.
13. Dunand, J.-P., *Le transfert fiduciaire: „donner pour reprendre“*. *Mancipio dare ut remancipetur*, Bâle, Genève, Munich 2000.
14. Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1948.
15. Erbe, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940.
16. Falcone, G., „L’attribuzione della qualifica ‘vir bonus’ nella prassi giudiziaria d’età repubblicana (a proposito di Cato, or. fig. 186 Sblend. = 206 Malc.)“, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, vol. 54, 2010.2011., str. 55-93.
17. Falcone, G., „La formula ‘ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione’ e la nozione di ‘vir bonus’“, *Fundamina*, vol. 20, br. 1, 2014., str. 258-274.
18. Fercia, R., „*Fiduciam contrahere*“ e „*contractus fiduciae*“. *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012.
19. Frezza, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, vol. II, Padova 1963.
20. Frezza, P., „Storia del processo civile in Roma fino alla età di Augusto“, u: Temporini, H. (ur.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, I, Von den anfangen Roms bis zum Ausgang der Republik*, vol. 2, Berlin, New York 1972., str. 163-196.
21. Fuenteseca, P., „Líneas generales de la ‘fiducia cum creditore’“, u: Paricio, J., (ur.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994., str. 387-438.
22. Giannozzi, E., „L’emploi des standards en droit romain“, *Fundamina*, vol. 22, br. 2, 2016., str. 205-231.
23. Girard, P. F., „Un document sur l’édit antérieur a Julien, Valerius Probus, De litteris singularibus, 5, 1-24“, u: *Aus Römischen und Bürgerlichem Recht: Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907 überreicht*, Weimar 1907., str. 21-56.
24. Grosso, G., „Appunti sulla formula dell’ ‘actio fiduciae’“, *Annali dell’Università di Camerino*, vol. 3, 1929., str. 81-118.
25. Horvat, M.; Petrak, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 2022.
26. Jacquelin, R., *De la fiducie*, Paris 1891.
27. Karlović, T., „Neka razmatranja o actio fiduciae (Cic. De off. 3, 17, 70)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67, br. 3-4, 2017., str. 465-496.
28. Kaser, M., *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. izd., München 1971.
29. Kaser, M., „Die ‘lex Aebutia’“, u: *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. I, Milano, 1953., str. 25 i sl.. (= *Ausgewählte Schriften*, vol. II, Camerino 1976.).
30. Kaser, M., „Mores maiorum und Gewonheitsrecht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 59, 1939., str. 52 i sl.
31. Kaser, M., *Quanti ea res est: Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935.
32. Kaser, M., *Studien zum römischen Pfandrecht II, Actio pignoratitia und actio fiduciae*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 47, 1979., str. 195-234, 319-345 (= *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982.).

33. Kaser, M., „Zum Ediktsstil“, u: *Festschrift Fritz Schulz*, II, Weimar 1951., str. 21-70 (= *Ausgewählte Schriften*, vol. I, Camerino, 1976.).
34. Kaser, M.; Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996.
35. Keller, F. L. von, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich 1827.
36. Kreller, H., „Formula fiduciae und Pfandedikt“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 62, 1942., str. 143-208.
37. Lenel, O., „Der Prätor in der legis actio“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 30, 1909., str. 329-4.
38. Lenel, O., *Edictum Perpetuum*, 1. izd., Leipzig 1883.
39. Lenel, O., *Edictum Perpetuum*, 3. izd., Leipzig 1927.
40. Lenel, O., „Quellenforschungen in den Edictcommentaren“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 3, 1882., str. 104-120.
41. Longo, C., *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano 1933.
42. Magdelain, A., „Gaius IV,10 et 33: Naissance de la Procédure Formulaire“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 59, str. 239-257.
43. Manigk, A., „Fiducia“, u: *Pauly-Wissowa, R.E.*, VI, 2, Stuttgart 1909., str. 2309 i sl.
44. Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999.
45. Marra, P., *Fiduciae causa*, Milano 2018.
46. Mayer-Pritzl, R., „Pactum, conventio, contractus. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht“, u: Dufour, A.; Rens, I.; Meyer-Pritzl, R.; Winiger, B. (ur.), *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1998., str. 99-120.
47. Noordraven, B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999.
48. Oertmann, P., *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890.
49. Paricio, J., „Apuntes sobre la *actio fiduciae*“, u: Garofalo, L. (ur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. III, Padova 2003., str. 49-57.
50. Peppe, L., „La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione“, u: Lupoi, M. (ur.), *Le situazioni affidanti*, Torino 2006., str. 15-44.
51. Pernice, A., *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Bd. 3, Halle 1892. (repr. Aalen, 1963.).
52. Philonenko, M., „‘Intentio’ dans les Formules ‘in Factum conceptae’“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 3, 1949., str. 231-247.
53. Rotondi, G., „Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano“, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. 45, 1908., str. 3-55 (= *Scritti Giuridici*, vol. II, Milano 1922.).
54. Rudorff, A., *De iuris dictione edictum: Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig 1869.
55. Savigny, C.F. von, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. V., Berlin 1840.-1849.

56. Schmidlin, B., „Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß“, u: Harder, M., Thielmann, G. (ur.), *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1980., str. 359-371.
57. Segrè, G., *Corso di diritto romano, Le garanzie personali e reali delle obbligazioni II: Le garanzie reali*, Torino 1935.
58. Talamanca, M., „La bona fides nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento“, u: Garofalo, L. (ur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, Padova 2003., str. 1-312.
59. Watson, A., „The Origins of fiducia“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 79, 1962., str. 333 i sl.
60. Wieacker, F., „Zum Ursprung der bonae fidei iudicia“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 80, 1963., str. 1-41.
61. Wubbe, F. B. J., „Gaius et contrats réels“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 35, 1967., str. 507.

ON THE LEGAL NATURE AND THE CONSTRUCTION OF FORMULA OF *ACTIO FIDUCIAE*

In this paper, it is discussed the issue of legal nature of *actio fiduciae* and the construction of the formula of this lawsuit in Roman law. First part of the paper deals with the problem of legal nature of the action, whereby the contrary theses – whether it was in *ius* or in *factum* concepta, or there were both formulas – are critically analysed. After elaborating the arguments for the sole existence of one, in *ius* formula, the second part of the paper focuses on the three general models and the modes of incorporation of words „*ut inter bonos bene agier oportet*“ within its text. This is followed by the author’s proposal of the construction of formula of the *actio fiduciae* and the concluding remarks.

Key words: *fiducia, actio fiduciae, formula, in ius concepta, in factum concepta*