

Tomislav Karlović, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

O PRAVNOJ ZAŠTITI FIDUCIJE U RIMSKOM CIVILNOM PRAVU

UDK: 34(37)

Primljeno: 1. V. 2008.

Pregledni rad

U povijesnom razvoju pravnih instrumenta osiguranja tražbine početni stupanj je odgovornost vlastitom osobom. Uz „vezivanje“ dužnika, *nectere*, u rimskom pravu se već u najstarije doba javlja i realno osiguranje tražbine - *fiducia cum creditore*, o kojoj je riječ u radu. Autor ukazuje na pokazatelje u izvorima koji upućuju na arhaično porijeklo fiducije, smještajući je u okvire Zakonika dvanaest ploča, te se osvrće na indicije o mogućoj pravnoj zaštiti fiducijarne mancipacije, kao osnovu uvjetnog, relativnog vlasništva, unutar legisakcionog postupka.

Ključne riječi: *fiducia, fiducia cum creditore, nexum, mancipatio, rimsko pravo, stvarnopravno osiguranje tražbine*

I. Uz institut fiducije rimskog prava povezan je velik broj kontroverzi. Prisutan u najstarijem razdoblju rimskog civilnog prava, ovaj institut nije poznat bizantskom pravu, a u osvrtima klasika u Justinijanovoj kodifikaciji sustavno i radikalno izbrisan mu je svaki trag. Stoga su i raspoloživi izvori skromni brojem, koliko i neizravni.

Fiducija¹ (od *fides*, vjera, povjerenje), prema vladajućoj teoriji, neutuživ je dogovor stranaka priključen apstraktnim i formalističkim prijenosima vlasništva civilnog prava, kojim stranke dogovaraju svrhu prijenosa i određuju obvezu

¹ O problemu fiducije iscrpno dvije recentne monografije: Noordraven, B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, i Dunand, J.-P., *Le transfert fiduciaire: „donner pour reprendre“*, Mancipio dare ut remancipetur, Bâle-Genève-Munich 2000. Od starije literature ispitati: Dernburg, H., *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig 1860; Degenkolb, H., *Ein pactum fiduciae*, ZRG 9, 1871; Rudorff, D., *Über die baetische Fiduciartafel. Eine Revision*, ZRG 11, 1873; Geny, F., *Etude sur la fiducie*, Nancy 1885; Oertmann, P., *Die Fiduzia im Römischen Privatrecht*, Berlin 1890; Jacquelin, R., *De la fiducie*, Paris, 1891; Manigk, *Fiducia*, Pauly-Wissowa, R.E., VI, 2, Stuttgart 1909; Longo, C., *Corso di diritto Romano, La fiducia*, Milano 1933; Erbe, W., *Die fiducia im römischen Recht*, Weimar 1940; Kaser, M., *Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, ZSS 61, 1941; isti, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (dalje: EB), Köln – Graz 1956; isti, *Studien zum römischen Pfandrecht* (dalje: Studien), Napoli 1982; Burdese, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949; Watson, A., *The Origins of Fiducia*, ZSS 79, 1962; Bellocchi, N., *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I. *Le nuncupationes*, Napoli 1979; isti, *La struttura della fiducia II: Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983. Od djela opće naravi: Dernburg, H., *System des Römischen Rechts*, Berlin 1911; Bekker, E. I., *Die Aktionen des Römischen Privatrechts, Erster Band*, Berlin 1871; Buckland, W. W., *A Textbook of Roman Law*, Cambridge 1921; Bonfante, P., *Corso di diritto romano, La proprietà*, I i II, Milano 1966 i 1968.

fiducijara da nakon ispunjenja te svrhe stvar natrag remancipira mancipantu. Ta je svrha ili osiguranje povratka novčane tražbine (*fiducia cum creditore*), ili predaja na besplatno čuvanje ili uporabu – depozit, posudba (*fiducia cum amico*).

U literaturi postoje različite teze u svezi s linijom razvoja ovog instituta i pravnoj naravi fiducijarnog uglavka - o vremenu kada je iz instituta fiducije, kao pratećeg instrumenta „uvjetno“ preneseno vlasništva, pretorskim intervencijama stavljeno niz autonomnih neformalnih ugovora zaštićenih *in factum concepta* tužbama; o tome koliko je dugo *fiducia cum creditore* postojala tek kao paralelna alternativa *actio pigneraticia* te ostala i dalje aktualnom na domenu osiguranja tek značajnijih kredita i uz stvarnopravnom tužbom zaštićenu hipoteku.

Premda se čini nespornim da fiducija pripada starom rimskom civilnom pravu i da se oslanja samo na povjerenje stranaka, u literaturi su iznesena suprotna mišljenja. U ovom radu ćemo se osvrnuti na ova dva pitanja.

II. U najstarijem razdoblju civilnog prava, subjektivno pravo u današnjem smislu, postojalo je isključivo u okviru kategorija «imati» i «nemati», gospodariti nečime ili ne. Vlasništvo je izjednačeno s vlasti na stvari, odnosno samom stvari,² kao što su ovlasti *pater familias*-a nad članovima obitelji (*patria potestas*), te svemu ostalom čime je raspolagao, *familia pecuniaque*.³ Ovlaštenja drugih osoba na stvari se naziru tek kroz pojedinačne sadržaje vlasničkih prava.

U tom smislu znamenita Kaserova teorija o relativnom vlasništvu,⁴ čini se pogodnim „ključem“ objašnjenja teško uhvatljivog i fluidnog karaktera instituta fiducije. U doba još neizdiferencirane stvarnopravne ovlasti na stvari, tvrdnja „*meum esse*“ obaju stranaka značila je da treba utvrditi koja od njih ima bolju i jaču „*causa vindicandi*“, pa je i fiducijarevo vlasništvo „relativno“, „uvjetovano“, kao što su i njegove ovlasti na stvari. Razlike između pravnog i činjeničnog, javnog i privatnog, stvarnopravnog i obveznopravnog odnosa, ne postoje, a tek će mnogo kasnije biti strogo odvojene.

III. Izvori na koje smo upućeni u tom najstarijem razdoblju civilnog prava daju nam tek nagovještaje kontura pravnih ustanova. To se odnosi jednako tako na fiduciju kao i na tamom obavijeni *nexum* rimskog civilnog prava, izravno dokinut 326. g.pr.n.e s *Lex Poetelia Papiria de nexis*.⁵ Uz oslobođenje cijelog sloja osoba,

² Usp. Diódsi, G., *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest 1970., str. 50 i sl.; Kaser, M., EB, str. 1 i sl.

³ O prvotnom označavanju pojma vlasništva Diódsi upućuje, uz opći izraz *meum esse*, na *mancipium*, dok kod domaćih autora Horvat smatra da je vlasništvo najranijeg doba obuhvaćeno pojmom *auctoritas*. Usp. Kaser, M., EB, str. 6. i sl.; Diódsi, G., op. cit., str. 23. i sl., 51 i sl.; Horvat, M., *Uzakupija i auctoritas u starom rimskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2, 6. (1956.), str. 61. i sl.; Bonfante, P., op. cit., I, str. 227. i sl., 253.

⁴ Usp. Kaser, M., EB, str. 16. i sl., 302 i sl., te radovi istog autora: *Die Anfänge...*, str. 179. i sl.; *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, Festschrift Koschaker I., 1939, str. 445 i sl.; *Neuen Studien zum altrömischen Eigentum*, ZSS 68 (1951), str. 131. i sl.; i: *Über relatives Eigentum im altrömischen Recht*, ZSS 102, 1985, str. 1. i sl.; kritički: Wubbe, F., *Usureceptio und relatives Eigentum*, RHD 28, 1960, str. 13. i sl.; Diódsi, G., op. cit., str. 107. i sl.

⁵ Više u: Savigny, F.C., *Über das altrömische Schuldrecht*, Berlin 1834; Huschke, D., *Ueber das Recht des Nexum und das alte römischen Schuldrecht*, Leipzig 1846; Mitteis, L., *Über das Nexum*, ZSS 22,

nexi,⁶ vrlo rano je izbrisan i jedan pravni institut. Stoga je i *nexum* predmet brojnih teorija o pravnoj prirodi i svrsi, obzirom na pravni, socijalni i gospodarski aspekt promatranja.⁷ Prema vladajućim teorijama *nexum* je predstavljao liberalni zajam, zasnovan u formi *gesta per aes et libram*, praćen verbalnom formulom – *nuncupatio*, čime je naglašena obveznopravna strana ovog instituta te realizacija u postupku *manus iniectio*.⁸ S druge strane predložena je uvjerljiva teza o stvarnopravnom djelovanju neksuma, dobrovoljnoj automancipaciji,⁹ odnosno samoprodaji u dugovinsko ropstvo.¹⁰

U sklopu neksuma sadržana *nuncupatio*, a po svoj prilici i kod fiducije, ma kako shvatili *pactum fiduciae*, upućuje na paralelno postojanje oba instituta u arhaično doba. Mimo toga, to nas uvjerava u paralelno postojanje personalnog osiguranja, i konzekventne personalne egzekucije utjelovljene u neksumu, i realnog osiguranja sadržano u jednom od dva oblika fiducije (*fiducia cum creditore*).

O starini i pravnoj prirodi fiducije postoje brojne teze. Prema većini autora fiducija je stara kao i *mancipatio nummo uno*, čijoj se apstraktnoj formi mogla dodati klauzula *fidi fiduciae causa*, a cilj i svrhu mancipativnog (ili *in iure cessio*) prijenosa vlasništva stvari stranke su ugovarale posebnim neformalnim paktom.¹¹ Izostanak remancipacije nakon ispunjenja ugovorene svrhe posla značio je povredu *fides* koja je bila moralni osnov obvezivanja stranaka podložna sakralnim, kasnije cenzorskim sankcijama. Izolirano je mišljenje Erbea koji, pozivajući se na etnološko komparativna istraživanja, smatra izvornim oblikom zaloga neformalni *pignus* koji je prethodio fiducijarnom osiguranju.¹² Fiducija svojim „tehničkim aparatom“, prema ovom autoru, pretpostavlja razvijenije odnose i izgrađeni

1901; Lenel, O., *Das Nexum*, ZSS 23, 1902; Kleineidam, *Personalexecution der Zwölf Tafeln*, Breslau 1904; De Zulueta, F., *The recent Controversy about Nexum*, *Law Quarterly Review* 29, 1913; Noailles, P., „*Nexum*“, *RHDFE* 1940/41; Lübtow, U., *Zum Nexumproblem*, ZSS 67, 1950; Imbert, J., „*Fides*“ et „*Nexum*“, u: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli 1953; Puhan, I., *Istoriya starog rimskog neksuma*, u: *Godišnik na pravno-ekonomski fakultet vo Skopje* 1954., *Skopje* 1955. (rad je sažetak najbitnijih točaka autorove disertacije u kojoj je cjelokupno istražen institut *nexum* i njegov pravni i lingvistički razvoj); Stanojević, O., *Zajam i kamata*, historijska i usporednopravna studija, Beograd 1966.; Behrends, O., *Das Nexum im Manzipsationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehns*, *RIDA* 21, 1974; Düll: *Nexum*, RE, Bd. 33., str. 139.

⁶ Livije, *Ab Urbe condita* 8, 28

⁷ Oskudni izvori su ponajprije zapisi nepravničkih pisaca: Livije, Festus, Dionizije Halikarnašanin, Varon. Također o kompleksnosti problema svjedoči i Varon iznoseći suprotstavljene teorije Manilija i Mucija o pojmu i pravnoj naravi neksuma, kao pravnog posla *per aes et libram*, već tri stoljeća nakon njegova ukidanja (*Varro, De ling. lat.* 7,105).

⁸ Usp. Savigny, C.F., *Vermischte Schriften*, II, Berlin 1850, str. 396.; Dernburg, H., op. cit., str. 229. i sl.; Bekker, E. I., op. cit., str. 18 i sl.; Buckland, W. W., op. cit., str. 430.; Puhan, I., op. cit., str. 151.

⁹ Usp. Mitteis, L., op.cit., str. 97. i sl.

¹⁰ Usp. Puhan, I, op. cit., str. 145. (kao prva faza razvoja neksuma); Stanojević, O., op. cit., str. 48. i sl.

¹¹ Usp. Rudorff, D. op. cit., str. 61. i sl.; Longo, C., op. cit., str. 8. i sl.; Kaser, M., *Studien*, str. 100.; isti, *Die Anfänge...*, str. 183. (također i u drugim djelima isti stav; posebno u kritičkom osvrtu na Erbea: *Compte-rendu critique de Walter Erbe, Die Fiduzia im römischen Recht, Gnomon* 17, 1939); Belloci, N., *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, u: *Quaderni di studi senesi*, Milan 1974, str. 17. i sl.; Noordraven, B., op. cit., str. 286. i sl.

¹² Usp. Erbe, W., op. cit., str. 4.-5.

pojam vlasništva, pa su ovlaštenja fiducijara, ograničena i uvjetovana, sama po sebi kontradiktorna kao i sam pojam fiducijarnog vlasništva.¹³

Obzirom na škrtoost izvora,¹⁴ uputno je s najvećom dozom opreza pokušati identificirati pojedine ustanove Zakonika dvanaest ploča - *mancipatio, testamentum per aes et libram, emancipatio* - među koje bi se mogla svrstati i *mancipatio fiduciae causae*.

U rekonstrukcijama Zakonika dvanaest ploča *mancipatio*, iako jedan od najvažnijih instituta, izrijeком se navodi svega dva puta. U prvom tekstu, prema Paulovom navodu:

„*et mancipationem et in iure cessionem lex XII tab. confirmat.*“¹⁵

konstatirano je postojanje *mancipatio* i *in iure cessio* u Zakoniku. O načinu, obliku te potvrde može se samo nagađati.¹⁶

Druga odredba, ne izravno, u smislu objašnjenja strukture ili funkcija, na početku šeste ploče:

„*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*“¹⁷

regulira pravni položaj posebnih usmenih uglavaka. Pojam *nuncupatio*, odnosno „*nuncupassit*“, uz formalističke *gesta per aes et libram*, u konjunktiji s drugim dostupnim tekstovima, predmet je različitih tumačenja.¹⁸ Objašnjenje pojma *nuncupatio* daje Gaj u Institucijama II, 104. Govoreći o mancipativnom testamentu (II, 103-108) Gaj se osvrće na nekoćnji, stari oblik ovog testamenta koji „... *in usu retentum est*“ (II, 103), te kaže da je *familiae emptor* bio taj koji je stjecao imovinu - „...*heredis loco optinebat*“ (II, 103) i opisuje *nuncupatio* riječima:

„...*deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et*

¹³ Ibid.

¹⁴ Cjelokupni popis izvora o fiduciji i povezanim institutima dostupan je u monografijama od Oertmanna do Noordravena i Dunanda, prema materiji. Cf. Oertmann, p., op. cit., str. 5. i sl. (za najstarije razdoblje posebno 65 i sl., te 214 i sl.); Noordraven, B., op. cit., str. 12. i sl., 286 i sl.; Dunand, J.-P., op. cit., str. 77. i sl.

¹⁵ *Paulus Fr. Vat. 50, Tab. VI, 6b.*: Zakonik dvanaest ploča potvrđuje i *mancipatio* i *in iure cessio*. Prema: *Fontes Iuris Romani Antequistiniani*, I., ed. Riccobono, S., Florentiae 1968.

¹⁶ Smatra se da je u rekonstrukcijama Zakonika dvanaest ploča sakupljena svega trećina njegova originalna teksta pa stoga i ne čudi manjak informacija o ovim institutima. Usp. Romac, A., Zakonik dvanaest ploča, Zagreb 1994., str. 63.

¹⁷ Tab. VI, 1.: Kada se zaključuje *nexum* i *mancipatio*, onako kako se riječima iskaže, neka bude pravo.

¹⁸ Vladajući je stav u doktrini da se radi o posebnim usmenim uglavcima uz mancipaciju iako postoje suprotna mišljenja poput Belloccia koji smatra da je ova odredba isključivo usmjerena potvrđivanju usmenih izjava koje su pratile *gesta per aes et libram* neksuma i mancipacije. Usp. Bellocci, N., La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana, I. Le nuncupationes, Naples 1979, str. 47 i sl. (i kasnije iznosi istu ideju); Dunand, J.-P., op. cit., str. 124; suprotno Burdese, A., Recensioni critiche, Bellocci N., La struttura della „fiducia“, II., IURA 1983, str. 178. i sl.

sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.“(II, 104)¹⁹

U formi nunkupacije,²⁰ javnom objavom mancipant „obvezuje“ *familiae emptor*-a na ispunjenje oporuke. Ako je nekad davno (*olim*) vrijedilo pravilo „... *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*“ (Tab VI, 1), sugerira li nam Gaj utuživost onoga što je rečeno u nunkupaciji. Obzirom na riječi „...*ita do, ita lego*...“, može li se pretpostaviti pravna sankcija sadržaja *nuncupatio testamentum per aes et libram* trećom odredbom V. ploče:

«*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*»²¹

Ne ulazeći u rasprave o naravi izraza „*lego*“, radi li se o raspodjeli ostavine ili ostavljanju legata,²² istim izričajem odredbi, «*ita ius esto*», ovaj oblik raspoložbe *mortis causa*, posredovan osobom „*heredis loco*“, upućuje na priznanje pravnog djelovanja ostaviteljeve nunkupacije i imenovanja nasljednika. Nunkupacijom se uvodi odgovornost mancipatara te kreira poseban oblik mancipacije, koji nije ograničen na prijenos vlasništva, već zadovoljava posebnu svrhu.

Mancipacija u užem smislu, kako je opisuje Gaj, Institucije I, 119, svodi se na preuzimanje vlasti na stvari ili nad osobom u okvirima početne *imaginaria venditio*. U doktrini se često naglašava da je mancipacija, iako naočigled dvostrani pravni posao, u formi očitovana isključivo u radnjama i riječima *mancipio accipiens-a-a* („...*aes tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*“).²³ Stjecanje prava ima puno veću ulogu od prenošenja; prema jednim to je posljedica razvoja mancipacije kao

¹⁹ Gaj, Inst. II, 104: ...nakon toga ostavitelj, držeći tablice oporuke, kaže: „Onako kako je na ovim tablicama i vosku zapisano, tako dajem, tako legiram, tako izražavam posljednju volju i vi mi, Kviriti, tako posvjedočite.“ Ove se riječi nazivaju nunkupacija, jer *nuncupare* znači javno objaviti, a smatra se da je ostavitelj, ono što je posebno u oporuci napisao, javnom izjavom objavio i potvrdio.

²⁰ Razlike u tekstu koji izgovara *familiae emptor* od onoga koji izgovara mancipatar (*mandatela custodelamque nasuprot meum esse aio*) upućuju na vrlo rano razdvajanje u formalnom pogledu, ali se može tumačiti i posebnim okolnostima koje proizlaze iz agnatskog ustrojstva rimske obitelji. *Pater familias* u svojoj oporuci ne ostavlja samo *res Mancipi*, već on prenosi na *familiae emptora familia pecuniaque*, i članove obitelji i osobe *in Mancipio*, osoba od posebnog povjerenja stječe položaj nasljednika, dok se kod „čiste“ *Mancipatio* radi o poslovnom prijenosu. Usp. Dunand, J.-P., op. cit., str. 103. i sl.

²¹ Tab. V, 3: Onako kako odredi (u oporuci, op.a.) o svojoj imovini i tutorstvu, tako neka bude pravo. Usp. Oertmann, P., op. cit., str. 154.-155.; Dunand, J.-P., op. cit., str. 103. i sl.; Noordraven, B., op. cit., str. 6., 110 i sl.(valja uočiti Noordravenov stav da je odredba V,3, izravna zakonska sankcija obveze fiducijara da raspodijeli legate prema oporuci); također više o navedenoj odredbi usp.: Ferenczy, E., „*Uti legassit...ita ius esto*“, Oikumene 1, 1976; Gaudemet, J., „*Uti legassit...*“: XII Tables 5, 3, u: Hommages R. Schilling, Paris 1984; Zlinsky, J., „*Familia pecuniaque*“, Index XXVI, 1988; Albanese, B., Osservazioni su XII. Tab 5.3 (*Uti legassit... ita ius esto.*), AUPA XLVI, 1998.; Arces, P., Riflessioni sulla norma „*uti legassit*“ (Tab. V,3), Rivista di Diritto Romano IV, 2004.

²² Ispitati radove navedene u prethodnoj bilješci.

²³ Gaj, Inst. I, 119: ...držeći bakar kaže: „Tvrdim da je ovaj čovjek moj po kviritskom pravu i neka mi bude prodan ovim bakrom i bakarnom vagom.“ O značenju mancipacije kao „čiste“ forme stjecanja, a ne staroj kupoprodaji, u kojoj „*mihi emptus*“ ima značenje „uzet“, a na „kupljen“ usp. Husserl, G., Mancipatio, ZSS 50, 1930, str. 484.; te Dunand, J.-P., op. cit. Str. 95., f. 459 („Le sens étymologique premier de „emo, -is, emi, emptum, emere“ est „prendre“ (prema: Ernout, A., Meillet, A., André, J., Dictionnaire étymologique de la langue latine, Paris 1985, str. 195.))

posebnog oblika vindikacije iz najranijeg razdoblja,²⁴ prema drugima evoluirani oblik okupacije koju stjecatelj opravdava plaćanjem cijene.²⁵ Sličan odnos postoji i kod drugog najvažnijeg oblika stjecanja. *In iure cessio* se također bazira na vindikaciji stjecatelja; otuđivatelj je mogao štetjeti ili priznati njegovo pravo.²⁶

Mancipacija u širem smislu, poslovi izgrađeni na osnovu temeljnog prijenosa vlasti, pokazuju da temeljna forma nije služila samo konačnom prijenosu stvari, već je često stvarala i obvezu nazadpredaje, ili obvezu daljnje predaje.²⁷ S obzirom na upute koje daje Gaj, mancipacija je u načelu zatvorena te ne ostavlja prostor modifikacijama, mancipantu da bi izrazio svoju volju ostaje na raspolaganju isključivo *nuncupatio*.²⁸ Ukratko, razvidno je da *nuncupatio* nije element redovne mancipacije, već predstavlja zasebnu formu ugovaranja – javno ugovoreni usmeni uglavak koji definira zaključeni pravni posao, te priključen mancipaciji instrument stvaranja novih pravnih poslova.²⁹

Jedan od njih, vjerovatno prvi, bio je *nexum*. Prva odredba šeste ploče, uz izjednačavanje dva najvažnija posla starog prava *gesta per aes et libram* s obzirom na javni uglavak, može se različito tumačiti. Ako se *nuncupatio* shvati kao vanjski element neksuma, kao kod mancipacije, vjerojatnije je da su istovremeno nastali, s različitim formulama otuđivatelja, odnosno stjecatelja³⁰ - radilo se o dva jednakovrijedna i neovisna pravna posla razvijena istovremeno radi zadovoljenja dvaju osnovnih potreba u prometu unutar društva, davanje zajma i kupoprodaja.³¹ Ukoliko je *nuncupatio* bit neksuma, on je onda samo varijacija na mancipaciju, razlika u nuncupaciji koja je razlikovala različite svrhe prijenosa vlasništva - poseban obveznopravni oblik, dodatak u tekstu mancipacije koji čini njeno djelovanje oročenim.³² Druga opcija je vrlo plauzibilna i za tumačenje pojave

²⁴ Usp. Kaser, *Neue Studien*, str. 174. i sl.

²⁵ Usp. Husserl, G., *op. cit.*, str. 494. i sl.

²⁶ Gaj, *Inst. II*, 24.: «... *deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit;...*» (...), zatim, pošto je izvršio vindikaciju, pretor pita onoga tko cedira hoće li kontravindicirati; ukoliko on kaže da neće ili štiti, dosuđuje stvar onom koji je vindicirao.)

²⁷ Usp. Dunand, J.-P., *op. cit.*, str. 96.

²⁸ Prema Puhanu, upućujući na Levy-Bruhla (nedostupno djelo: Levy-Bruhl, *Nouvelles études sur le tres ancien droit romain, L'acte per aes et libram*, Paris 1947., str. 97 i sl.), razvoj *nuncupatio* bi tekao od samostalne forme „pri kojoj bi dužnik bio od strane poverioca, putem magičnih reči, proglašen kao „damnatus“ i tako „obavezan“ da izvrši primljene obveze, odnosno da se u času docnje pokori egzekuciji od strane poverioca.“, koja se veže nakon pojave bakarnih „*rauduscula*“ uz formu *per aes et libram* (Puhan, I., *op. cit.* Str. 168.-169.). Također usp. Schmidlin, B., *Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage?*, RHD 38, 1970; str. 376. i sl.; Dunand, J.-P., *op. cit.*, str. 124. i sl. (također upućuje na: Randazzo, S., *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milan 1998, str. 135. i sl.); te djela navedena u bilj. 5

²⁹ Usp. Manigk, str. 2289. i sl.; Puhan, I., *op. cit.* Str. 167. i sl.; Wolf, J. G., *Funktion und Struktur der mancipatio*, u: M. Michel (Hg.), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, 501 i sl.; Dunand, J.-P., *op. cit.*, str. 125. i sl.

³⁰ Kod neksuma otuđivatelj je taj koji izgovaranjem riječi stječe „određena“ prava prema dužniku, dok kod mancipacije stjecatelj izgovara formulu preuzimanja vlasti.

³¹ Usp. Horvat, M., *op. cit.*, str. 128.; Puhan, I., *op. cit.*, str. 157.

³² Imbert smatra da je stjecanje vlasti na osobi bilo iste naravi te je istovremeno nastalo kao i na stvari

fiducije shodno njenoj ulozi najstarijeg oblika založnog prava. Javnom objavom posebne svrhe mancipacije, u konkretnom slučaju fiducijarni prijenos, *mancipio dans*-fiducijant bi obvezao fiducijara na povratak stvari prilikom sklapanja ugovora, kao što je i *nexus* vezan riječima nunkupacije.

Također i *emancipatio*, institut statusnog prava ozakonjen Zakonikom dvanaest ploča, V, 3,³³ zasnovan na mancipaciji, i remancipaciji: „*quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur...*“³⁴ otkriva strukturnu sličnost s fiducijom.³⁵ Izvan Gajeva temeljnog opisa danog u I, 132, veza je u kasnijem tekstu:

„*Quin etiam invito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit.*“ (I,140),³⁶

dva puta naglašena funkcionalna ograničenost mancipacije sina. Prvi put ona proizlazi iz „*ea lege*“, drugi put se izrazom „*reservare*“ može tumačiti posebno utanačenje, ugovorno ograničenje mancipacije.³⁷ Istom konstrukcijom: „... *ea lege mancipio dedit ut sibi remanciparetur...*“³⁸ Gaj objašnjava i postupak emancipacije kćeri. Predaja člana obitelji drugom *pater familias*-u u svrhu njihova osamostaljenja sadržavala je fiducijarni prijenos vlasti koji je podrazumijevao povratak nakon ispunjenja svrhe, postepenog kidanja obiteljske veze.

Leges privata, odnosno *leges mancipii*,³⁹ stranačke odredbe zaodjenute u formu *nuncupatio*, u kojima prepoznajemo fiduciju, *emancipatio*, *tutela fiduciaria*, *coemptio fiduciae*, proizvodile su učinak „*ut remanciparetur.*“ Dunand definira ulogu *leges mancipii*, tj. *nuncupationes* riječima: „*prononcéé par l'aliénateur fiduciant, ayant pour but et effet de créer le devoir de restitution à charge de*

(Imbert, J., op. cit., str. 358.). U skladu s tim je i Puhanova teorija o neksumu kao prodaji na kredit, naknadnom obliku *gesta per aes et libram*, konvertiranom iz vezivanja i odvođenja ratnog plijena, *ligare*, u sredstvo „obvezivanja“ sugrađana. Usp. Puhana, I., op. cit., str. 168.; također Stanojević u smislu kupoprodaje osobe, op. cit., str. 49.

³³ Usp. Vedriš, M., Značaj prodaje sina u starom Rimu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1953.g., str. 118. i sl.

³⁴ Gaj, Inst., I, 140.

³⁵ Gaj, Inst., I, 132. O naravi emancipacije kao obiteljskopravne forme fiducije usp. Oertmann, P. op. cit., str. 156.; Noordraven, B., op. cit., str. 117.; Dunand, J.-P., op. cit., str. 97. i sl.

³⁶ Gaj, Inst. I, 140: Čak se i bez pristanka onog pod čijim se mancipiumom nalaze, mogu osloboditi upisom u cenzorski spisak, osim onoga koga je otac dao u *mancipium* uz sporazum da mu se remancipira, jer se smatra da na neki način otac zadržava za sebe vlast time što će ga dobiti natrag u *mancipium*.

³⁷ Usp. Oertmann, P., op. cit., str. 156. i sl.; Erbe, W., op. cit., str. 170. i sl.; Dunand, J.-P., op. cit., str. 97. i sl.; Noordraven, B., op. cit., str. 115. i sl.

³⁸ Gaj, Inst., I, 172.

³⁹ Prema Dunandu, pozivajući se na Kaseru (nedostupno djelo: Kaser, M., *Rechtsgechäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht*, u: *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Festgabe für Johannes Sontis, München 1977) i Georgescua (nedostupno djelo: Georgesco, V., *Essai d'une théorie générale des „leges privatae“*, Paris 1932) te Schmidlina (op. cit., str. 373.), *leges privata* su jednostrane izjave volje koje jedna od stranaka izražava tijekom sklapanja pravnog posla i koje vezuju stranke posla (Dunand, J.-P., op. cit., str. 123.).

l'acquereur du bien fiduciaire.⁴⁰ Identificirajući učinke posebnih formalnih uglavaka, *leges*, potvrđenih Zakonikom, kod *emancipatio*, s fiducijom, te formalno s *nuncupatio*, stav da je fiducija ugovarana kao sastavni dio posebne fiducijarne *mancipatio* čini se opravdan. Dužnost povrata, ugrađena u fiducijarni prijenos susreće se kod same fiducije, u komentaru Boethiusa, *In Ciceronis Topica*, 4.10.41: „*Fiduciam vero accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet...*“.⁴¹ Međutim još jedan element, prisutan u tekstovima koji se tiču fiducije, ima bitnu ulogu prilikom utvrđivanja vremena početka upotrebe. Formalistički oblik duplikacije *fidi fiduciae*, iz kojeg se i etimološki može zaključiti na starost fiducije,⁴² susreće se već kod Plauta, *Trinummus*, 117 i 142, u izričaju „*fide et fiduciae*“.⁴³ Uz formalnost, kao obilježje civilnog prava, koja uz to sugerira i pravnu regulaciju instituta, duplikacija upućuje na dvostrano djelovanje ugovora, vezu između *fides* na strani fiducijanta, koji daje svoje povjerenje fiducijantu, i *fiducia* na strani fiducijara, koji prihvaća danu vjeru prema kojoj će djelovati.⁴³

Formula se susreće i kod mnogo kasnijeg izvora, *tabula Baetica*,⁴⁴ na čijem su primjeru Oertmann i Dunand,⁴⁵ suprotno vladajućoj doktrini po tom pitanju,⁴⁶ iznijeli mišljenje da mancipacija intervenirana tekstem *nuncupatio*, „...*fidi fiduciae causa mancipio accepit*,...“, stvara obvezu povratka stvari *per se*,⁴⁷ a ne temeljem *pactum fiduciae*. *Pactum* teksta navedenog u *tabula Baetica* ne obvezuje na povrat

⁴⁰ Usp. Dunand, J.-P., op. cit., str. 125. Autor se također pri svojoj tvrdnji poziva na iste stavove Hägerströma (nedostupno djelo: Hägerström, A., *Der römische Obligationsbegriff*, Uppsala/Leipzig 1927, str. 389.-397.), Georgescu (str. 17.) i Schmidlina (Schmidlin, B., op. cit., str. 376. i sl.).

⁴¹ Boethius, *In Ciceronis Topica*, 4.10.41: Fiducija je uistinu kada je netko primio bilo koju stvar mancipacijom, da bi je vratio mancipantu remancipacijom.

⁴² Usp. Rudorff, op. cit., str. 78; Watson, A., op. cit., str. 161; Dunand, J.-P., op. cit., str. 114. i sl.

⁴³ Usp. Engels, L. J., *Fiducia*, u: *Reallexikon für Antike und Christentum*, VII, Stuttgart 1969, str. 839. i sl.; Dunand, J.-P., op. cit., str. 116.

⁴⁴ *Tabula* ili *Formula Baetica*, pronađena na srebrnoj ploči 1867.g. u Španjolskoj u blizini grada San Lucara de Barrameda, potječe iz 1. ili 2. st.n.e., smatra se da predstavlja obrazac fiducije *cum creditore*. Tekst prema Arangio-Rviz, V., *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, III, Florentiae 1972, str. 296-297. Usp. Degenkolb, H., op. cit.; 117 i sl., Rudorff, D., op. cit., str. 52. i sl.

⁴⁵ Usp. Oertmann, P., op. cit, str. 95, Dunand, J.-P., op. cit., str. 133.

⁴⁶ Usp. Noordraven, B., op. cit., str. 132 i sl. (popis autora u bilj. 21 i 22)

⁴⁷ O točnoj formuli mancipacije intervenirane fiducijom postoji više teza. Uglavnom su utemeljena na Ciceronovu tekstu, *De officiis*, 3.17.70 (vidi infra u tekstu). Huschke je tako rekonstruirao formulu fiducijarne mancipacije (Huschke, op. cit., str. 246.): „*hanc ego rem tibi fiduciae causa quo totius ea apud te esset mancipio dedi eamque tu mihi ita remancipato uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*.“ Conradi i Büchel (oba djela: De fiducia, prema: Oertmann, P., op. cit., str. 100.) predlažu i formulu fiducijanta i fiducijara. Riječi mancipanta bile bi: „*ego tibi rem mancupo ea sub conditione, ut illam mihi remancipes, uti ne propter te etc.*“; a mancipatara: „*Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio ea conditione, ut illam tibi remancipem, ne propter me fidemve meam captus fraudatusve sies*.“ Rudorff (Rudorff, op. cit., str. 183.): „... *mancipio do ea lege ut ihi remancipes ita uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*.“ Voigt (Voigt, M., *Zwölf Tafeln*, Leipzig 1883, str. 172.) navodi: „*Hunc ego hominem fidei fiduciae causa ex iure Quiritium meum esse aio ea lege, uti meum manumittas (remancipes)*.“ Pernice sugerira formulu fiducijara: „*hunc fundum meum esse aio ex iure Quiritium isque mihi emptus est nummo 1. fiduciae causa hoc aere aque libra*.“ (Pernice, A., *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III/1, Halle 1892, str. 120., prema: Dunand, J.-P., op. cit., str. 126.)

stvari, on uređuje tek modalitete obveze. Samo *lex*, *lex privata*, formalne naravi, stvarao je pravnu vezu.⁴⁸

Povezujući fiduciju i *nexum*, posredstvom *nuncupatio*, kako ga u najčišćoj formi daje Gaj, kao dva oblika založnog prava najstarijeg rimskog prava, s različitim „predmetom“ zalogu, starina fiducije čini se neupitnom. Regulacija šeste ploče, kodificiranje običajnog prava, ali ponajprije onih elemenata koji su bili sporni, ukazuje da je izreka prve odredbe usmjerena uređenju još „nejasnih“ odnosa među strankama mancipacije - posebno ako je prijenos bio usmjeren zasnivanju obveze na strani fiducijara, koji prema redovnom slijedu stvari nije imao nikakve dužnosti. Ideja jest da je početna *fides*, koju daje fiducijant fiducijaru, zahtijevala „određeniju“ pravnu zaštitu. Kao dodatni argument, koristeći Imbertovu tezu o *fides* kao temelju i neksuma i fiducije,⁴⁹ a o čijem kršenju bi svjedočili Livijeve zapisi o teškom položaju osoba u *nexum*-u i zlouporabi prava imatelja vlasti, u Zakoniku možemo identificirati prvi stupanj u zaštiti interesa fiducijanta, povjerioca.

Posebni aspekt koji upućuje na starost instituta je *usureceptio fiduciae*.⁵⁰ Svojom pojednostavljenom konstrukcijom, bez posebnih pretpostavki, ovaj posebni oblik *usucapio* predstavlja relikv arhaičnog prava o kojem kao takvom govori i Gaj.⁵¹

IV. Ugovaranje obveze povrata stvari predane fiducijarnom mancipacijom u nuncupaciji te izreka „*ita ius esto*“ samo su prvi pokazatelji koji upućuju na postojanje određene pravne zaštite.⁵² Uistinu bi bilo teško povjerovati, ako se prihvati teza o „*fidi fiduciae causa*“ kao *lex mancipii*, da je obveza povrata čisto moralne naravi, i usprkos iznimnom značenju *fides*. I danas vladajući, stav uvjetovan nedostatkom nedvojbenih izvora, da je fiducija kao neformalni pakt prije uvođenja *bonae fidei actio fiduciae* stvarala jedino moralnu obvezu, pokušali su osporiti mnogi.⁵³⁵⁴

Koncem 19. st. osvrtna teorije po kojima je fiducija uživala zaštitu daje Oertmann u svojoj poznatoj monografiji. Autore koji su smatrali da je fiducija uživala viši

⁴⁸ Schmidlin navodi, sasvim uvjerljivo, da se riječima mancipanta može priznati ista vrijednost kao i onima mancipatara. Prisutnost svjedoka prilikom mancipacije, i ugovaranja *nuncupatio*, stvara javnu, pravnu vezu, kako na strani *mancipio dans* tako i *mancipio accipens*-a. Usp. Schmidlin, B., op. cit., str. 376.

⁴⁹ Usp. Imbert, J., op. cit., str. 355. i sl.

⁵⁰ Usp. Huschke, Über die *usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatu*, ZRG 14 (1848), str. 229. i sl.; Wubbe, F., op. cit., str. 14. i sl.; Ankum, Hans: *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht*, I i II, RIDA 26 i 27, 1979 i 1980; Noordraven, B., op. cit., str. 6.; Apostolova-Maršavelski, M., O Gajevu osvrtu na institut *usureceptio fiduciae*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5/52, 2002, str. 917. i sl.

⁵¹ Gaj, Inst., II., 59-60

⁵² Usp. Oertmann, P., op. cit., str. 55. i sl.; Manigk, str. 2290.; Dunand, J.-P., op. cit., str. 124.; Noordraven, B., op. cit., str. 295.

⁵³ Primjerice: Bekker, Bethmann-Hollweg, Karlowa, Lenel, Sohm, Voigt.

⁵⁴ Geib ga naziva zabludom, vezanim za druge netočne pretpostvake: „*Die Anschauung, wonach lange zeit hindurch die fiduciarische Beredung nicht klagbar, sondern ausschliesslich auf die fides des Empfängers abgestellt gewesen wäre, beruht wesentlich auf der unrichtigen Voraussetzung, dass das pactum fiduciae mit der Mancipation und in iure cessio die Publicität gemein gehabt...*“ (Geib, O., op. cit., str. 129.).

stupanj pravne zaštite podijelio je u dvije grupe – zagovornike primjene postupka *legis actio per conditionem*, među koje se i sam svrstao,⁵⁵ te krug pristaša primjene *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.^{56,57} Razlika među teorijama ne leži u osnovi utuživosti niti primjenjenim izvorima, već u postupku koji bi pokretao *mancipio dans* radi povrata stvari u slučaju izostale remancipacije. Oertmann je kritici podvrgnuo teoriju o postupku *per iudicis arbitrive postulationem*, ističući nedostatan uvažavanje stvarnopravne naravi i formalizma fiducije ugovorene u nunkupaciji.⁵⁸ Formalizam prema ovom autoru, i odgovarajuća obveza na „*dare oportere*“ razlog su primjene postupka *legis actio per conditionem* kojim bi se utuživala predaja fiducijarno prenesene stvari - „*certa re*“.⁵⁹ I dok Oertmannova argumentacija ima smisla po pitanju kritike postupka *per iudicis arbitrive postulationem*, te i u pogledu načelne primjene postupka *per conditionem*, postoji problem vremenske praznine od oko 150 godina između Zakonika dvanaest ploča i *lex Silia* i *lex Calpurnia* kojima je taj postupak uveden.⁶⁰

Oertmann, i ostali autori koji zastupaju stav o zaštiti u legisakcionom postupku, kojima pripada i Lenel,⁶¹ kao zajednički temelj utuživosti navode, uz odredbu VI, 1 Zakonika dvanaest ploča, Plautove komedije, *Epidicus* 697-699, *Trinummus* 116-118, 140-145 i *Aulularia* 584-586, s formulom „*fidi fiduciae*“, te Ciceronov tekst *De officiis*, 3.17.70:

„*Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE!*“⁶²

Tome u prilog je i Gaj:

„*Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim*

⁵⁵ Geib, Stein, Demelius i Bekker. Usp. Geib., O., op. cit., str. 131; Oertmann, P., op. cit. str. 215-216.

⁵⁶ Esmarch, Sohm, Karlowa, Voigt, Vering, Arnold, Bethmann-Hollweg. Oertmann navodi Büchela kao primjer posredovnog stajališta; prema njemu su se u najstarije doba upotrebljavale *legis actio sacramento* ili *per iudicis arbitrive postulationem*, a kasnije *legis actio per conditionem*. Ibid., str. 216.

⁵⁷ Izvan podjele ostaje primjerice Puntschart, s *legis actio pontif. fiduciae* koncipirane *in ius* i *in factum*. Usp. Oertmann, P., op. cit., str. 217. (izvorno djelo nedostupno: Puntschart, *Grundgesetzliches Civilrecht der Römer*, Aufl. 2, 1858.)

⁵⁸ „*Bei den nachbarlichen Grenzstreitigkeiten, bei den Aufteilungen von Erbschaften handelte es sich freilich weniger um eigentliche Rechtsstreitigkeiten, als um faktische Ungewissheit, die man ohne Rücksicht auf die strengen Regeln und Aufforderungen des Rechts in den Grenzen des guten Glaubens und Sitte, mehr in schiedsrichterlicher Weise, zu erledigen hatte.*“, *ibid.*, str. 217

⁵⁹ Ibid., str. 220.

⁶⁰ Gaj IV, 19. Za navedene zakone smatra se da su donešeni oko 300.g.pr.n.e. Usp. Stanojević, O., Gaj, Institucije, Beograd 1982., str. 255., bilj. 13

⁶¹ Lenel u u radu *Quellenforschungen in den Edictcommentaren, Zur actio fiduciae* (ZSS RA 3, 1882, str. 104. i sl., 177 i sl.) te prvom izdanju *Edictum perpetuum* (Leipzig 1883) ne iznosi teze Lenel, *Edictum perpetuum*, str. 234o. utuživosti rane fiducije, već prihavača moralnu obvezu kao odlučujuću. Tek je u kasnijim izdanjima *Edictum perpetuum*-a (1907. i 1927.) iznio tezu o *legis actio fiduciae*.

⁶² Cicero, *De officiis*, 3.17.70: Naime koliko su vrijedne riječi: „Da ne bih zbog tebe tebe ili vjere u tebe bio obmanut ili prevaren!“; kao što su vrijedne ove riječi: „Kao što među dobrim ljudima dobro valja postupati i bez prijave.“

pecuniam sive 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.“ (IV, 33)⁶³

s navedenim tekstom kao ključem za tumačenje sadržaja nedostajućeg teksta - 24 retka nakon IV, 31. Prema detaljno elaboriranoj Lenelovoj konstrukciji - teorija o *legis actio fiduciae*, nedostajući Gajev tekst nakon opisa *legis actio per pignoris captionem*, odnosio se na tri legisakcije iz kojih su nastale tužbe iz *commodatum*-a, fiducije i *negotiorum gestio* koje stoga „*sua vi ac potestate valere*.“⁶⁴ Izdvajanje ove tri tužbe od ostalih, kao tužbe bez fikcije postupka *per conditionem*, imalo bi smisla samo ako su imale svoje preteče u legisakcionom postupku.

Koristeći se općim argumentima, ali posebno naglašavajući ulogu izraza *fidi fiduciae*,⁶⁵ Watson se kao i Lenel izjašnjava u korist postojanja posebne *legis actio fiduciae* temeljene na Zakoniku dvanaest ploča.⁶⁶ Istupa u obranu Lenelove teorije evolucije fiducije, opravdavajući navode o dvostrukoj formuli za fiduciju, jednoj *in ius*, proizašloj iz *legis actio*, i drugoj *in factum concepta*, naknadnim popuštanjem formalizma te pretorskom zaštitom za slučajeve „*where mancipatio was made fiduciae causa and these words (fidi fiduciae op.a.) were omitted*“.⁶⁷

Najnoviji radovi Noordravena i Dunanda ne iznose nove teze, već se zadržavaju na komentaru postojećih, najviše pažnje posvećujući Lenelu. Noordraven tako, pobijajući točku po točku Lenelove teze, nastoji dokazati valjanost vladajućeg stava o „moralnoj vezi“,⁶⁸ dok je Dunandu Lenelova konstrukcija ogledni primjer za ilustraciju temelja teorija o postojanju pravne zaštite u legisakcionom postupku.⁶⁹

Treba istaći i nešto raniju tezu Kaseru koji inzistira na sakralnoj zaštiti fiducije, proizašloj iz veze fiducije s patronatom,⁷⁰ a koju je Zakonik dvanaest ploča predvidio za povredu patronatskog odnosa:

⁶³ Gaj Inst., IV, 33: Međutim, nijedna se formula ne sastavlja u vidu fiktivnog postupka *per conditionem*, jer kada tužimo nekoga da nam duguje novac ili određenu stvar, u zahtjevu se navodi da je to „dužan da da“ bez dodavanja neke fiktivne kondikcije. Zato smatramo da formule, u čijem sastavu postoji „dužan je da da“ novac ili neku stvar, djeluju vlastitom snagom. Takvog su karaktera tužbe iz posudbe, fiducije, poslovodstva bez naloga i bezbroj drugih.

⁶⁴ Uz ostalo Lenel potkrijepljuje svoju tezu tekstovima iz Digesta: D. 15.1.36 (Ulp. 2 disp.) i D. 13.6.3.5 (Ulp. 28 ad ed.). Usp. Lenel, O., *Edictum perpetuum* (3. izd.), Leipzig 1927, str. 344. i sl.

⁶⁵ Watson interpretira duplikaciju sa stajališta „valjanosti šala“ u Plautovim komedijama, koje mogu biti smiješne jedino ako ih se tumači pravnički, u smislu fiducije kao pravnog instituta. U suprotnom, nedostajao bi im komični element te gube smisao. Usp. Watson, A., op. cit., str. 160.-161.

⁶⁶ Potvrdu nalazi i u starijim djelima (širi popis autora u: Noordraven, B., op. cit., str. 289., bilj. 17). Ibid., str. 162.

⁶⁷ Usp. Lenel, O., *Edictum perpetuum* (2. izd.), Leipzig 1907, str. 284.; Watson, A., op. cit., str. 163.

⁶⁸ Usp. Noordraven, B., op. cit., str. 289. i sl.; posebno u komentaru Lenelove teze obrazlaže mišljenje da prema Gajevom tekstu IV, 33 navedene tri tužbe nisu proizašle iz posebnih legisakcija, već su izdvojene jer su pravni odnosi postojali i udoba *legis actiones* ali bez pravne zaštite (str. 295.).

⁶⁹ Usp. Dunand, J.-P., op. cit. Str. 155. i sl.

⁷⁰ Usp. Kaser, M., EB, str. 25.; *Die Anfänge...*, str. 179. i sl

„*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.*“⁷¹

Veza s patronatom proizlazi iz odlučujuće uloge *fides* kod niza odnosa, *manumissio, tutela, cura, testamentum per aes et libram*, te fiducije, a koja je osnov „*funktional geteiltes Eigentum.*“ Funkcionalna podijeljenost vlasti, prema kojoj su fiducijarni ovlaštenici „*nach quiritischen Recht Träger einer Vollgewalt*“, ali prema sakralnom pravu i običajima ograničeni u njihovu izvršavanju,⁷² odražava se kroz dualitet i presijecanje dva poretka, „*Verhaltensordnungen, des quiritisch-weltlichen und des sakralen, auf die fides gegründeten Rechts.*“⁷³

U sferi procesa, koju je Kaser zaokružio teorijom o relativnom vlasništvu,⁷⁴ funkcionalno podijeljeno vlasništvo međutim nije relevantno.⁷⁵ S obzirom na fiduciju, bitno je samo vanjsko stanje, tko je nositelj kviritiskog prava vlasništva. Wubbe pak ukazuje na realno postojanje relativnog vlasništva fiducijanta, koje se izražava u postupku kroz odnos dvaju kauzi, „*qua ex causa vindicaveris?*“, prema formuli *legis actio sacramento in rem.*⁷⁶⁷⁷

S obzirom da je svaki postupak rezultat određene pretprocesne situacije, tako i postupak o fiduciji treba dovesti u najbližu vezu s činjeničnim stanjem instituta. Prvo, fiducija je uvjetni prijenos vlasništva, s čime se slaže i Wubbe.⁷⁸ Mancipacija korigirana riječima *nuncupatio* ima stvarnopravno djelovanje te fiducijant zadržava dio ovlasti. To je i skladu s naravi mancipacije; *pactum fiduciae* kao posebni obveznopravni uglavak mogao bi se primjeniti tek u razvijenom pravu, koje počiva na konsenzualnim ugovorima i *bona fides*. Zatim, radi se o institutu s izraženom kauzom, on služi određenoj svrsi – kod *fiduciae cum creditore*, sa strane fiducijanta ispunjenju duga, a sa strane fiducijara remancipaciji po ispunjenju duga, odnosno namirenju tražbine iz stvari u slučaju neispunjenja duga. Odnos fiducijanta i fiducijara ovisi stoga o trenutku dospelosti i ispunjenju tražbine.⁷⁹ U slučaju da je fiducijant ispunio dug, ali mu fiducijar nije vratio stvar, fiducijant je stjecao pravo na njen povrat rekadencijom njegova prava vlasništva. S obzirom da je zadržao dio vlasti na stvari, koja je sada opravdana, imao je bolju «*causu vindicandi*».⁸⁰

⁷¹ Tab. VIII, 21: Ako patron prevari klijenta, neka bude proklet.

⁷² Usp. Kaser, M., EB, str. 26.

⁷³ Usp. Kaser, M., Die Anfänge..., str. 184.

⁷⁴ Navedena teorija je vrlo čest predmet Kaserovih radova, ali također i mnogih komentara, odgovorom na koje je Kaser gradio teoriju kroz više desetljeća. Usp. Kaser, M., EB, str. 7. i sl.; Über „relatives Eigentum“, str. 3. i navedena literatura.

⁷⁵ Kaser 1985. piše: „*Zu Unrecht habe ich anfangs relatives und funktional geteiltes Eigentum als einheitliche Erscheinung aufgefaßt.*“ Usp. Kaser, M., Über relatives eigentum, str. 34., f. 103

⁷⁶ Gaj, Inst. IV, 16

⁷⁷ Slična razmišljanja puno prije, iako ne tako artikulirano, nalazimo i kod Manigka: „...*denn die Eigentumsübertragung auf den Fiduziar ist nur provisorisch.*“ Usp. Manigk, str. 2290.; Wubbe, F., op. cit., str. 35

⁷⁸ Usp. Wubbe, F., op. cit., str 35.-36.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Usp. Wubbe, F., op. cit., str. 38.; kritički Apostolova-Maršavelski, M., op. cit., str. 921., bilj. 21.

Kaserovu teoriju o dokazivanju jačeg prava u postupku *legis actio sacramento in rem*, Wubbe je upotrijebio prepoznavši fiducijanta kao ovlaštenika koji opravdan ispunjenjem duga stječe snažniju kauzu u postupku. Stupanj razvoja prava, u kojem ne postoji strogo nijansiranje između različitih oblika vlasti na stvari, vlasništva i drugih ovlaštenja na posjed stvari, čini posljednje stajalište sasvim prihvatljivim. Bez potrebe za dodatnim sredstvima, čije postojanje se ne može dokazati u izvorima, fiducijant svoje pravo, a to je pravo vlasništva nakon ispunjenja duga, ostvaruje putem *legis actio sacramento in rem*. U skladu s tumačenjem prema kojem mancipant fiducijarnim uglavkom zadržava dio vlasti na stvari,⁸¹ prijenosom vlasništva za mancipanta nastaje pendentno pravo tražiti stvar natrag nakon isplate duga, odnosno svrhe u koju je besplatno dana. Ukoliko je izostala remancipacija ili povrat vlasništva *in iure cessio*, a stvar nije u posjedu fiducijanta da bi je mogao steći *usureceptio fiduciae*, u postupku treba tražiti pandan kojim se zamjenjuje izostali prijenos fiducijara. *Legis actio sacramento in rem* tada je svakako odgovarajuća forma, posebno uzevši u obzir da je i *in iure cessio*, kao oblik prijenosa vlasništva, fiktivna parnica u obliku *legis actio sacramento in rem*. U postupku pred pretorom ne pita se za osnovu traženja, već samo postavlja zahtjev na stvari, čime je upotreba argumenta fiducijarnog prijenosa pitanje dokazivanja pred izabranim sucem, a ne problem kod pokretanja postupka.

Nameće se pitanje potrebe razvoja *actio fiduciae* kao *actio in factum concepta* ako je pravna zaštita bila zajamčena u legisakcionom postupku. Nedostatak izvora kojima bi se dokazala valjanost bilo kojeg stava po pitanju ne/postojanja zaštite u najstarije doba i njena oblika, omogućava također različite pretpostavke i više odgovora. Prvi je u skladu s temeljnom idejom u doktrini da *actio fiduciae* nastaje u 3.st.pr.n.e. Sa širenjem Rima u to doba došlo je do razvoja trgovine, poslovnih transakcija različite vrste s Rimljanima, i sa strancima. Iako nemjerljiva s trgovinom klasičnog razdoblja, poslovna atmosfera i odnosi su bili veliki skok spram prijašnjeg društva orijentiranog isključivo na latinski savez. Pojava velikih trgovaca kojima novac postaje glavno mjerilo ponašanja dovodi do opadanja morala i nesigurnosti u ispunjenju obveza. Tako i potreba za utuživanjem povrata stvari dane *fiduciae causa* raste. Međutim stvar se često nije mogla naći (pr. rob je prodan na drugi kraj Apeninskog poluotoka) i nije se mogla postaviti pred magistrata kako bi se tražila vlast nad njom. Također moglo se dogoditi da formula fiducijarnog „uglavka“ nije točno izrečena pa bi fiducijant izgubio spor zbog pogreške u riječima nunkupacije. U tom smislu ističemo Watsonovu argumentaciju da je *actio in factum* uvedena upravo radi zaštite u slučajevima kada je formula *in ius concepta* zaobidena.⁸²

Drugi odgovor se odnosi na prijelaz u rimskom civilnom postupku. Tijekom vremena, od donošenja *lex Aebutia* polovicom 2.st.pr.n.e., kojim je uveden

⁸¹ Starija literatura, iako nije operirala s pojmom relativnog vlasništva, na različite je načine vrlo slično, uvjetni prijenos, identificirala ovlaštenje fiducijanta na predanoj stvari. Usp. Wubbe, F., op. cit., str. 36., bilj. 65, 66; Oertmann, P., op. cit., str. 85.

⁸² Cf. Watson, A., op. cit., str. 163. i bilj. 16

formularni postupak do donošenja Augustova *lex Iulia iudiciorum privatorum* dolazi do nestanka legisakcionog postupka. S obveznom primjenom formularnog postupka, ali i prethodnom konkretizacijom pojma vlasništva,⁸³ formalizam temeljen na „...*uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*“, otpada te se razvija veći broj odnosa, kao i pratećih tužbi. Za fiduciju možemo pretpostaviti valjanost Lenelove teze o dvije formule, jedne *in ius*, koja svoje porijeklo povlači iz *ius civile*, i one *in factum*, kao dijela rastućeg broja *iudicia bonae fidei*.

S prijelazom na primjenu *actio fiduciae* prestaje i doba rane, tamom obavijene fiducije. Potpuni nedostatak izvora zamjenjuju pisani dokumenti, zapisi nepravničkih pisaca, kratke opservacije pravnika, te konačno, interpolirani fragmenti iz Digesta.⁸⁴

V. Konačni zaključak glede pravne naravi fiducije, njene pojave kao složenog pravnog odnosa u okviru civilnog prava, proizlazi iz konvergencije više pokazatelja. Svi oni nesumnjivo upućuju na arhaično porijeklo instituta. Prvo, riječ je o razdoblju kada je *fides* imala značaj najviše moralne kategorije na što upućuje već sam termin instituta. Na fiduciju kao specifični „pomoćni“ institut starog civilnog prava upućuje i dobro poznata činjenica da su u doba nerazvijenog pravnog prometa malobrojni formalistički i apstraktni poslovi civilnog prava „pokrivali“ pravom neregulirane poslove iz manje-više svih pravnih sfera. Bitni elementi fiducije prisutni su u cijelom spektru pravnih poslova. Podudarnosti prikazane kod *nexum-a*, *testamentum per aes et librum*, *emancipatio*, temelje se na fiducijarnom odnosu oblikovanom u pravnoj sferi Zakonika dvanaest ploča. Mijenjajući okvir formalne mancipacije, davanjem aktivne uloge otudivatelju s nunkupacionom formulom ograničenja prijenosa, već u najranije doba postižu se višestruke svrhe, lukrativne i onerozne naravi. I *usureceptio fiduciae*, jednogodišnjim zastarnim rokom za sve stvari, bez posebnih pretpostavki, očito prethodi dvostrukom uređenju dosjelnosti Zakonika. S osloncem na formalizam duplikacije „*fidi fiduciae*“ te prisutnost vrlo rano u nepravničkoj literaturi,⁸⁵ može se konstatirati da je fiducija u to doba uobičajena i poznata u praksi. Uostalom, Gaj u Institucijama spominje niz fiducijarnih poslova, ali na dva osnovna oblika, *fiducia cum creditore* i *cum amico*, osvrće se tek uzgred.⁸⁶

Inzistirati na dokazima o starosti fiducije, stavljajući je u okvire decemvirske djelatnosti, istodobno znači i zastupanje kojeg od više pogleda *pro* pravne zaštite fiducije. Ako se *lex mancipii*, formalni dio mancipativnog prijenosa sadržan u nunkupaciji, a ne neformalni *pactum fiduciae*, bliži konsenzualnoj naravi klasičnog prava, pravilno shvati kao bit fiducije, pitanje utuživosti fiducije civilnog prava se više ne svodi na opstojnost, već na identifikaciju odgovarajuće pravne zaštite. Unutar okvira legisakcionog postupka postavljeno je više teza, a prijemor je zadire

⁸³ Cf. Kaser, M., *Neue studien...*, str. 188.

⁸⁴ Usp. Oertmann, P., op. cit., str. 21. i sl.; Noordraven, B., op. cit., str. 17. i sl.

⁸⁵ Plaut, *Epidiucus* 697-699, *Trinummus* 116-118, 140-145, *Aulularia* 584-586. lativno ećemoicerona nalazimo zakonom predviđenog postaupka

⁸⁶ Gaj, *Institutiones*, II, 59. i 60., III, 201., IV, 33., 62., 182.

još u 19. stoljeće. Od primjene postojećih legisakcija, *legis actio per conditionem* i *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, do zasebne *legis actio fiduciae*, smatramo da je ključna teza postavljena izvan problema fiducije i njene zaštite u civilnom pravu. Iako je sam odbio priznati utuživost fiducije, stavljajući je u okviru sakralnih normi, Kaser je idejom o relativnom značenju vlasništva prilikom procesualne realizacije, ukazujući na dokazivanje „jačeg“ prava, odnosno *causa vindicationis*, otvorio vrata objašnjenju i civilne zaštite fiducije. Ukoliko postojeće premise promijenimo te je tako uvjetni prijenos vlasništva osnov fiducije, a ne ugovorni uglavak, *pactum fiduciae* (kontraktna narav prevladava tek s poslovno uvjetovanim prodorom *ius gentium*); rješenje se čini očiglednim. U slučaju da nije bila moguća *usureceptio*, kao očito vanprocesno sredstvo ispravljanja bespravne situacije nakon valjanog ispunjenja fiducijarne svrhe, u prvotno doba, fluidnog sadržaja subjektivnih prava, bez definiranih granica vlasništva, vlasnička prava fiducijara, „oživljena“ ispunjenjem svrhe, davala bi mu legitimaciju na povrat stvari s *legis actio sacramento in rem*. Usvajajući model uvjetovanog vlasništva, koji proizlazi iz formalne naravi *nuncupatio*, vlasnička ovlaštenja fiducijanta, u gospodarskom smislu vidljiva i u klasičnom pravu, tvore temelj njegove *causae vindicationis*.

ON THE LEGAL PROTECTION OF FIDUCIA IN IUS CIVILE

The historical development of the Roman law of securities was definitely changed in the course of the 4th Century BC with the enactment of *Lex Poetelia Papiria de nexis*, turning from the personal security, *nexum*, and consequential execution, to the real security, with *fiducia* as its first form. Formal conveyance of the ownership, and the elements of its restriction, in connection with the related institutes in the Family Law and the Law of Wills, despite the scarce evidence for the age of *ius civile*, point to its archaic origin. The object of this article is to examine available sources, indices, and the use of formal “*fidi fiduciae*” clause, concluding that in the scope of *Leges duodecim tabularum*, legal confirmation of *fiducia* existed in Tab. VI, I. Resulting from that conclusion follows the question of the legal protection of *fiducia*. Even though the prevailing opinion denies the possibility that *fiducia* became actionable before the introduction of the formulary process, its incorporation in the *nuncupatio*, and formal obligation on *remancipatio*, suggest certain form of legal protection. In author’s view, this protection did not have to be realized through specific *legis actio*, but accepting the formal part of Kaser’s theory of “*Relatives Eigentum*”, with “stronger” *causa vindicandi*, *manipio dans*, after the purpose was fulfilled, would succeed in the process *legis actio sacramento in rem* as a result of his restored, conditional ownership.

Key words: *Fiducia, fiducia cum creditore, nexum, mancipatio, roman law*