

ZUZANNA BENINCASA

Uniwersytet Warszawski

‘APER IN LAQUEO’ I ‘PAVO MANSUETUS’:
ZAGADNIENIE KRADZIEŻY DZIKIEGO ZWIERZĘCIA
W ROZWAŻANIACH RZYMSKICH JURYSTÓW

Blisko pół wieku minęło od publikacji w czasopiśmie „Irish Jurist” artykułu *Furtum ferarum bestiarum*¹, w którym David Hughes wyraził pogląd, że kwestia prawa własności skradzionego dzikiego zwierzęcia w prawie rzymskim jest trudna do rozstrzygnięcia w oparciu o zachowane teksty źródłowe. Autor ten zasugerował, że z uwagi na szczególnie zasady dotyczące nabycia i utraty własności dzikich zwierząt nie można wykluczyć, iż w momencie ich kradzieży dochodziło do utraty prawa własności ich dotychczasowego właściciela na rzecz złodzieja. Choć hipoteza Hughesa wydaje się wielce kontrowersyjna, chociażby już z uwagi na niemożność nabycia własności wskutek popełnienia deliktu kradzieży, to zasługą autora jest zwrócenie uwagi na zagadnienie odpowiedzialności osób, które z chęci zysku przywłaszczyły cudze dzikie zwierzę. Jak słusznie zauważył, w Digestach nie ma tekstów wprost dotyczących zagadnienia prawa własności skradzionego dzikiego zwierzęcia, a większość z tych, które dotyczą kradzieży takich zwierząt, koncentruje się na zagadnieniu odpowiedzialności osób, które je ukradły lub doprowadziły do wyrządzenia szkody ich właścicielowi poprzez działanie powodujące powrót zwierzęcia do stanu natury. Niemniej na podstawie tych źródeł można w moim przekonaniu podjąć próbę rekonstrukcji tego zagadnienia na tle ogólnych zagadnień nabycia własności przez

¹ D. HUGHES, *Furtum ferarum bestiarum*, «Irish Jurist» 9/1974, s. 184-190.

occupatio i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez kradzież dzikiego zwierzęcia lub jego uwolnienie z niewoli. Celem niniejszego opracowania będzie zatem analiza zarówno statusu prawnego dzikiego zwierzęcia, które zostało skradzione lub wypuszczone na wolność przez osobę trzecią, jak i zagadnienie ochrony przysługującej dotychczasowemu właścicielowi utraconego zwierzęcia².

Na wstępie należy zauważyć, że zagadnienie nabywania własności dzikich zwierząt i czerpania z nich korzyści ekonomicznych oraz ochrony osób, które czerpały zyski z hodowli takich zwierząt, pojawia się w rozważaniach jurystów dopiero u schyłku republiki w odpowiedzi na przemiany społeczno-gospodarcze i związaną z nimi zmianę podejścia do kwestii ich hodowli i eksploatacji. W czasach archaicznych dzikie zwierzęta stanowiły przede wszystkim zagrożenie dla człowieka i jego upraw i hodowli i nie były przez Rzymian uważane za wartościowe z gospodarczego punktu widzenia. Co prawda dawni *patres familiarum* w małych przydomowych hodowlach mieli zwyczaj trzymać również pojedyncze sztuki jeleni i zajęcy, na które polowali okazjonalnie w celach rozrywkowych i dla zaspokojenia potrzeb rodziny³, ale dopiero u schyłku republiki dzikie zwierzęta zaczynają być postrzegane jako autonomiczne źródło zysków, które można pozyskiwać z nieruchomości wiejskiej. Na tę zmianę postrzegania znaczenia gospodarczego hodowli dzikich zwierząt duży wpływ miało zwiększenie popytu na te zwierzęta

² Poza zakresem moich rozważań znajdzie się natomiast zagadnienie odpowiedzialności osoby, która zniszczyła cudze dzikie zwierzę, które to zagadnienie rzymscy jurysci rozważali w odniesieniu do pszczoł (D. 9,2,27,12; D. 9,2,49 pr.; Coll. 12,7,10). Z uwagi na to, że w tekstach rzymskich jurystów kwestia ta związana jest z ogólnym zagadnieniem własności dzikich zwierząt, które hodowane w niewoli nie znajdują się cały czas pod kontrolą ich właściciela i koncepcją *revertendi consuetudo* w odniesieniu do *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent*, wymaga ona odrębnego szczegółowego opracowania.

³ W dziele Warrona (Varro, *rer. rust.* 3,3,6) te dawne hodowle związane z *frugalitas* przodków, służące przede wszystkim zaspokojeniu podstawowych potrzeb rzymskiej *familia* oraz dostarczające *pater familias* rozrywki z polowania, są wyraźnie przeciwstawiane współczesnym mu rezerwatom i prowadzonym z dużym rozmachem hodowli dzikich zwierząt, ptaków i ryb. Por. N. MORLEY, *Frugality and Roman economic thinking in Varro's 'Rerum rusticarum'*, «I quaderni del Ramo d'Oro on line» 10/2018, s. 41-54.

do celów kulinarnych, popularność publicznych i prywatnych spektakli z udziałem różnych dzikich gatunków zwierząt (*spectacula* i *venationes*) oraz mająca greckie i wschodnie korzenie moda na polowanie jako jedną z rozrywek rzymskich *nobiles* w ich wiejskich posiadłościach. Ponadto kosztowne hodowle dzikich zwierząt, ptaków i ryb nabierają znaczenia społecznego jako swoisty manifest zamożności ich właściciela potwierdzający jego wysoki status społeczny. W konsekwencji niewielkie *vivaria* przekształcają się w całe rezerваты dzikiej zwierzyny, z których dochody stanowią samodzielne źródło przychodu z nieruchomości, a pojedyncze okazy dzikich ptaków czy ryb osiągają na rynku zawrotne ceny⁴. W związku z tą zmianą znaczenia gospodarczego dzikich zwierząt i rosnącym popytem na nie na rynku, juryści zaczynają podejmować w swoich rozważaniach kwestie związane z ich zawłaszczeniem i ochroną osób, które hodowały takie zwierzęta *fructus aut delectandi causa*. Jednym z najważniejszych wyzwań, jakie stawiała przed nimi nowa rzeczywistość, było pogodzenie ze sobą wywodzących się z *ius gentium* reguł dotyczących nabycia i utraty prawa własności dzikiego zwierzęcia oraz potrzeby zapewnienia ich hodowcom ochrony przed osobami, które chciałyby pozbawić ich prawo własności.

Dziko żyjąca zwierzyna, ptactwo i ryby były uważane za część natury i nie należały do nikogo, a własność takiego zwierzęcia nabywała w drodze zawłaszczenia pierwsza osoba, która je schwytała, niezależnie od tego, czy schwytała na gruncie publicznym, czy prywatnym, swoim

⁴ Na temat rzymskich *vivaria* i parków myśliwskich oraz dochodów uzyskiwanych z hodowli dzikich zwierząt por. M.J. GARCIA GARRIDO, *Derecho à la caza y 'ius prohibendi' en Roma*, «AHDE» 26/1956, s. 288-291; G. POLARA, *Le 'venationes'. Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano 1983, s. 85-110; M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, «Index» 24/1996, s. 143-198; Z. BENINCASA, *'Si vivariis inclusae ferae'. Status prawny dzikich zwierząt żyjących w vivaria i parkach myśliwskich w prawie rzymskim*, «Zeszyty Prawnicze» 13.4/2013, s. 5-41; EADEM, *Między 'fructus' a 'delectatio'. Kilka uwag o rzymskich 'vivaria' u schyłku republiki*, [w:] *'Cui bono'? Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, red. Ł. KORPOROWICZ, D. SKRZYWANEK-JAWORSKA, Łódź 2021, s. 55-74.

czy cudzym⁵. Tak długo, jak długo właściciel mógł kontrolować dzikie zwierzę, pozostawało ono jego własnością, w momencie, w którym *custodia evaserit* i powracało do stanu *naturalis libertas*, a więc naturalnej wolności, na powrót stawało się *res nullius* możliwą do zawłaszczenia⁶. Możliwość zawłaszczenia dzikiego zwierzęcia pozostającego w stanie natury niezależnie od miejsca jego schwytania, o ile nieproblematyczna w czasach, kiedy te zwierzęta traktowane były głównie jako zagrożenie dla gospodarstw wiejskich, w momencie, w którym zwierzęta te zaczynają być uznawane za źródło dochodów, staje się anachroniczna i nieuwzględniająca nowego kontekstu gospodarczego. Szczególnie problem ten dotyczył dużych hodowli dzikich zwierząt, w których posiadacze ziemscy w celu maksymalizacji dochodów pozyskiwanych z takich rezerwatów hodują zwierzyńnię w ich naturalnym środowisku, umożliwiając jej samodzielne zdobywanie pożywienia, a także hodowli takich zwierząt, którym należało umożliwić czasowe oddalenie się od gniazda na

⁵ Dziko żyjące zwierzęta, ptaki i ryby, a więc *omnia quae terra, mari, caelo capiuntur*, jako rzeczy wcześniej nienależące do nikogo podlegały zawłaszczeniu na mocy *naturalis ratio*. Por. Gai. 2,66: *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione acquiruntur, sed etiam, quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur*; D. 41,1,1 (Gai. 2 rer. cott. sive aur.): *Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt [...]*.

⁶ Gai. 2,67: *Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit hoc animal, statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur, cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit. Naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit*. Por. D. 41,1,3,2; D. 41,1,5 pr.; I. 2,1,12. Na temat zawłaszczenia dzikich zwierząt: M.J. GARCIA GARRIDO, *Derecho à la caza...*, s. 288-291; G. POLARA, *Le 'venationes'...*, s. CH. DONAHUE JR., *'Animalia ferae naturae': Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queens County N.Y.*, [w:] *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Leiden 1986, s. 39-63; M. POLOJAC, *Gaius, Hadzic and 'occupatio' of wild animals – classical roman law in the Serbian civil code*, [w:] R. VAN DEN BERGH ET ALL., *Meditationes de iura et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, «Fundamina» 20.2/2014, s. 739-741; Z. BENINCASA, *'Occupatio' jako sposób nabycia własności dziko żyjących zwierząt w prawie rzymskim*, «Studia Iuridica» 59/2014, s. 9-39, w szczególności s. 13-22.

duże odległości, jak gołębie i pszczoły (co *prima facie* mogło być uznane za powrót zwierzęcia do stanu *naturalis libertas*). Juryści z końca republiki stają więc przed wyzwaniem pogodzenia ze sobą wywodzącej się z *ius gentium* możliwości zawłaszczenia dzikiego zwierzęcia żyjącego w stanie natury na cudzym gruncie a potrzebą zapewnienia właścicielom rozległych hodowli ochrony ich prawa do wyłącznej eksploatacji żyjących na terenie ich nieruchomości dzikich zwierząt. U podstaw ich rozważań dotyczących kradzieży czy odpowiedzialności osoby, która wypuściła dzikie zwierzę na naturalną wolność, leżała więc konieczność pogodzenia ze sobą reguł dotyczących *occupatio* i potrzeby ochrony hodowców gatunków zwierząt tradycyjnie uważanych za dzikie. W momencie bowiem, gdy dzika zwierzyna, na równi z gatunkami tradycyjnie hodowanymi przez Rzymian w ich gospodarstwach, staje się źródłem dochodów pozyskiwanych z terenu posiadłości ziemskiej, wolność polowania i połowu rozumiana jako możliwość nabycia własności dzikiego schwytanego zwierzęcia, ptaka czy ryby, niezależnie od miejsca praktykowania *venatio*, *aucupium* czy *piscatio*, przestaje być adekwatna do kontekstu społeczno-gospodarczego⁷.

⁷ W kontekście takiego uregulowania kwestii nabywania własności dzikich zwierząt w literaturze romanistycznej pisze się niekiedy o wolności polowania czy połowu w prawie rzymskim. Należy jednak mieć świadomość, że prawo gwarantowało myśliwemu czy rybakowi jedynie możliwość nabycia na własność upolowanych na cudzym gruncie dzikich zwierząt i złowionych ryb, nie uprawniając go jednak do naruszania cudzej własności *venandi*, *aucupandi* czy *piscandi causa*. Tak więc mówiąc o zasadzie wolności polowania w prawie rzymskim, należy ją interpretować jedynie jako możliwość zawłaszczania *omnia quae terra mari caelo capiuntur* niezależnie od miejsca schwywania zwierzęcia, a nie jako prawo do wstępu na cudzy grunt, by praktykować aktywność myśliwską lub rybołówstwo. Jedynie w odniesieniu do połowu ryb w morzu, które to morze, podobnie jak *litus maris*, stanowiło *res omnium communes*, rybak mógł domagać się umożliwienia mu wstępu na teren cudzej nieruchomości obejmujący pas przylegający bezpośrednio do wody. Na temat wolności polowania w prawie rzymskim por. G. LOMBARDI, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, «BIDR» 12-13/1948, s. 273-343, w szczególności s. 302-328; M.J. GARCIA GARRIDO, *Derecho à la caza...*, s. 269-336; G. POLARA, *Le 'venationes'...*, s. 9-17; L. AMIRANTE, recenzja z G. Polara, *Le 'venationes'. Fenomeno economico e costruzione giuridica*, «Iura» 34/1983, s. 255-262; R. MARTINI, *Sui frutti delle 'venationes'*, «Labeo» 32/1986, s. 215-218; G. HUGHES, *Furtum ferarum...*, s. 189; O. LONGO, *Le regole della caccia nel*

Odnosnie do sugestii Hughesa, że można nabyć własność skradzionego dzikiego zwierzęcia z uwagi na utożsamienie posiadania dzikich zwierząt z ich prawem własności, należy przede wszystkim zauważyć, iż wyjątkowość tego rozwiązania wynikała z faktu, że w momencie zawłaszczenia dochodziło do nabycia posiadania rzeczy, która w świetle prawa stanowiła element porządku naturalnego i nie była przedmiotem niczyjzego prawa własności, bowiem natura nie uznaje prawa własności jako takiego. Jak relacjonuje Gaius, prawo własności sięgało początków gatunku ludzkiego i miało swoje korzenie w *ius gentium* oraz *naturalis ratio*, na mocy której pewne rzeczy nabywane są przez samo nabycie ich posiadania⁸. Podobnie Nerva wywodzi instytucje własności z samego posiadania rzeczy, a jako *residuum* przedprawnego utożsamienia ze sobą własności i posiadania wskazuje właśnie na *occupatio* jako sposób nabycia własności oparty na *naturalis ratio*, w której samo objęcie rzeczy w posiadanie, któremu towarzyszy *animus rem sibi habendi*, jest tożsame z nabyciem własności rzeczy niczyjej⁹. Możliwość zawłaszczenia rzeczy jest więc konsekwencją uznania tej rzeczy za *res nullius*, a więc rzecz nienależącą do nikogo, stanowiącą element porządku natural-

mondo greco-romano, «Aufidus» 1/1987, s. 59-91; A.D. MANFREDINI, *Un'iniuria che non c'è*, [w:] *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, red. L. Vacca, Milano 2008, s. 181-202; Z. BENINCASA, *Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano: vivai e riserve di caccia*, [w:] *'Mater familias'. Scritti romanistici per Maria Zabłocka*, red. Z. BENINCASA, J. URBANIK, Warszawa 2016, s. 39-62; EADEM, *Polowanie na ptactwo na cudzym gruncie w świetle reskryptów cesarskich – 'Non habet rationem vos in alienis locis invitis dominis aucupari'...*, «Zeszyty Prawnicze» 22.2/2022, s. 43-65.

⁸ Gaius zauważa, że własność wywodząca się z *ius gentium* jest starsza niż prawo własności regulowane przez partykularne porządki *ius civile*. Określa też nabycie na podstawie *ius gentium* jako nabycie na podstawie *ius naturale*. Por. Gai. 2,65-66; D. 41,1,1pr.

⁹ Por. D. 41,2,1,1 (Paul. 54 ad. ed.): *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his quae terra mari caeloque capiuntur: nam hoc protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit*. Podobnie ten sam jurysta wskazuje na związek między *custodia* a posiadaniem rzeczy ruchomej. D. 41,2,3,13 (Paul. 54 ad. ed.): *Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus*.

nego, w którym prawo własności jako takie nie istniało. W ten sposób w prawie rzymskim można było nabyć jedynie własność *omnia quae terra mari caelo capiuntur*, a więc dzikich zwierząt (*ferae bestiae*), ptaków (*volucres*) i ryb (*pisces*), a także *res hostium*, czyli mienia należącego do nieprzyjaciół państwa rzymskiego¹⁰. Analogicznie utrata prawa własności dzikiego zwierzęcia poprzez uwolnienie się zwierzęcia spod *custodia* właściciela (a więc utraty posiadania) następowała w związku z powrotem tego zwierzęcia do stanu *naturalis libertas*, co niewątpliwie nie następowało, jeżeli zwierzę padło ofiarą kradzieży. Tym samym utożsamienie posiadania dzikiego zwierzęcia z jego prawem własności dotyczyło tylko sytuacji „na styku” porządku prawnego z naturą, a więc dwóch momentów: jednym było nabycie prawa własności rzeczy będącej elementem natury, w wyniku czego stawała się przedmiotem prawa własności zawłaszczającego w momencie nabycia *corpus* tej rzeczy, któremu towarzyszył *animus rem sibi habendi*, drugim momentem był powrót zwierzęcia do stanu natury, w którym prawo własności nie istniało, co następowało w momencie wyzwolenia się zwierzęcia spod *custodia* dotychczasowego właściciela zwierzęcia i w konsekwencji prowadziło do utraty prawa własności tego ostatniego. Kradzież dzikiego zwierzęcia, pomimo że złodziej nabywał posiadanie skradzionej rzeczy, nie mogła zatem prowadzić do nabycia jej własności, gdyż nabywał on posiadanie rzeczy mającej właściciela i nieznajdującej się w stanie *naturalis libertas*. Mógłby on nabyć jego własność tylko wówczas, gdy zwierzę uciekło od dotychczasowego właściciela i powróciło do stanu natury, wówczas jednak nie można już byłoby uznać go za złodzieja, bowiem zawłaszczal

¹⁰ Dyskusyjna jest natomiast kwestia dopuszczalności zawłaszczenia rzeczy porzuconej przez właściciela z zamiarem wyzbycia się własności, w odniesieniu do której to rzeczy teksty rzymskich *iusurisprudentes* nie dają jasnej odpowiedzi na pytanie, czy własność takiej rzeczy osoba, która ją zabrała, nabywała przez zawłaszczenie czy przez zasiedzenie, czy też może w niektórych przypadkach dochodziło do przeniesienia własności rzeczy przez *traditio*, kiedy to zamiarem porzucającego było przeniesienie prawa własności na osobę nieokreśloną (*traditio in incertam personam*). Na temat bogatej kazuistyki dotyczącej zagadnienia zawłaszczenia *res pro derelicto habita* por. przede wszystkim L. VACCA, *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'*. *Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano 1984. Zob też R. KNÜTEL, *Derelizione a scopo di appropriazione?*, «Index» 43/2015, s. 195-217.

rzecz, która nie miała właściciela i której kradzież nie była możliwa¹¹. Oczywiście, w sytuacji, w której dana osoba celowo swoim działaniem doprowadziła do powrotu zwierzęcia do stanu *naturalis libertas*, po to, by następnie je zawłaszczyć lub umożliwić innej osobie dokonanie zawłaszczenia, powstawało zagadnienie odpowiedzialności tej osoby wobec byłego właściciela zwierzęcia, który utracił przysługujące mu prawo, i to właśnie zagadnienie pojawia się w rozważaniach rzymskich jurystów.

Jedną z najwcześniejszych wzmianek o możliwości wystąpienia z *actio furti* przeciwko osobie, która przywłaszczyła sobie dzikie zwierzę, dotyczy końca republiki i nawiązuje do szerszej dyskusji dotyczącej ustalenia momentu, w którym myśliwy zawłaszcza dzikie zwierzę na polowaniu¹².

D. 41,1,5,1 (Gai. 2 rer. cott. sive aur.): *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.*

¹¹ Por. D. 47,2,43,5 (Ulp. 41 ad Sab.): *Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.*

¹² Na temat tego tekstu por. A.D. MANFREDINI, *Chi caccia e chi è cacciato ... Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Torino 2006, s. 17-22; M.A. FENOCCHIO, *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di 'furtum' in diritto romano: detrahere alteri aliquid: per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende*, Padova 2008, s. 317-319; Z. BENINCASA, 'Occupatio' jako sposób nabycia własności..., s. 21-22; EADEM, 'Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur'. Zagadnienie ustalenia momentu zawłaszczenia dzikiego zwierzęcia w rozważaniach rzymskich jurystów u schyłku republiki, [w:] 'Semper fidelis': prace dedykowane pamięci Profesora Janusza Sondra – legendzie krakowskiego fakultetu prawniczego, red. D. MALEC, T. PALMIRSKI, Ł. MARZEC, Kraków 2018, s. 47-54; EADEM, *Polowanie w rozważaniach rzymskich jurystów okresu klasycznego*, [w:] Łowy i historia, red. D.J. GWIAZDOWICZ, Warszawa 2020, s. 80-86.

[Gaius w księdze drugiej *Rzeczy codziennych, czyli złotych (powieźden)*: Powstała wątpliwość, czy można przyjąć, że dzikie zwierzę, które zostało tak zranione, że może zostać schwytane, staje się od razu naszą własnością? Trebatius uznał, że natychmiast staje się naszą własnością i tak długo nią pozostaje, jak długo je ścigamy. Jeżeli jednak zaprzestaniemy pogoni, [dzikie zwierzę] przestaje być nasze i potem staje się własnością tego, kto je zawłaszczy. I dlatego uważa się, że ukradł nam ten, kto w czasie naszej pogoni za zwierzyzną schwytą ją z zamiarem osiągnięcia korzyści dla siebie. Wielu [jurystów] sądzi jednak, że tylko wtedy zwierzę jest nasze, kiedy je schwytamy, gdyż wiele okoliczności może spowodować, iż go nie schwytamy. Jest to stanowisko bardziej uzasadnione]¹³.

Jak relacjonuje Gaius w *Res cottidianae*, Gaius Trebatius Testa był zwolennikiem poglądu, że już samo zranienie zwierzęcia w sposób umożliwiający jego schwytanie (*ut capi possit*) należy uznać za tożsame z nabyciem jego prawa własności, dopóki myśliwy kontynuuje pościg za swoją zdobyczą. W konsekwencji, jeżeli inna osoba schwytala tak ścigane ranne zwierzę z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej, myśliwemu, który został pozbawiony pewnej zdobyczy, przysługuje przeciwko tej osobie *actio furti*. Gaius nie komentuje szerzej tej dyskusji, ale jedynie stwierdza, że większość jurystów uznała jednak, iż dopiero moment schwytania zwierzęcia, a więc nabycia jego *corpus*, może być uznany za jego zawłaszczenie, gdyż samo zranienie nie gwarantuje jeszcze pochwylenia zdobyczy.

Kompilatorzy justyniańscy w *Institutiones* w podobnie lakoniczny sposób odnieśli się do przedmiotowej dyskusji nad zagadnieniem ustalenia momentu, w którym następowało nabycie własności dzikiego zwierzęcia przez zawłaszczenie, nie wspomnieli nawet o Trebatiusie jako zwolenniku szerokiej koncepcji *occupatio* utożsamiającej moment zawłaszczenia dzikiego zwierzęcia już z momentem zranienia go w sposób

¹³ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, VI.2, Kraków 2016, s. 9.

umożliwiający schwywanie pod warunkiem kontynuowania pościgu za rannym zwierzęciem¹⁴.

Na podstawie tego tekstu można zatem stwierdzić, że możliwa była kradzież dzikiego zwierzęcia, które zostało uprzednio zawłaszczone przez myśliwego. Pomimo że w tekście nie przesądza się ostatecznie kwestii, czy złodziej nabywał prawo własności dzikiej zwierzyny, można jednak z niego logicznie wywnioskować, że nie mógł on, nabywając posiadanie zwierzęcia, ponownie go zawłaszczyć, skoro przed nim zrobił to myśliwy, raniąc zwierzę i kontynuując pościg. W momencie kradzieży zwierzę to było przedmiotem prawa własności konkretnej osoby, a więc nie było uważane za rzecz niczyją podlegającą zawłaszczeniu. Gdyby zaś, jak uważali oponenti Trebatiusa, przyjąć, że zranione ranne zwierzę ścigane przez myśliwego do momentu schwywania pozostaje w stanie natury, wówczas osoba trzecia, które by je schwytała, nie mogłaby w ogóle popełnić kradzieży – nie da się bowiem ukraść rzeczy nienależącej do nikogo.

Taka interpretacja jest również uzasadniona w zestawieniu tego tekstu z innymi tekstami, w których juryści przyznają *actio furti* przeciwko osobie, która przywłaszczyła sobie cudze pszczoły, gołębie lub pawie. Te ostatnie gatunki zwierząt, podobnie jak jelenie¹⁵, były w szczególności w sposób traktowane przez rzymskich jurystów. Gaius określa je jako

¹⁴ I. 2,1,13: *Illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit ut capi possit, statim tua esse intellegatur. quibusdam placuit, statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris; quodsi desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias.*

¹⁵ Potraktowanie oswojonych jeleni przez rzymskich jurystów w sposób analogiczny do pszczoł, gołębi i pawie było krytykowane przez wielu autorów uważających wzmianki o *cervi* za postklasyczną głoś lub dopisek późniejszego scholasty. Na temat krytyki dotyczącej tekstu w relacji do zwrotu *item cervi* ... por. J. FILIP-FRÖSCHL, 'Cervi, qui in silvas ire et redire solent'. *Anmerkungen zu einem exemplum iuris*, [w:] *Turisprudencia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, red. M.J. SCHERMAIER, TH. MAYER-MALY, Köln, Weimar, Wien, Böhlau 2002, s. 192-196. W kontekście rzymskiej rzeczywistości gospodarczej opisanej przez Warrona i Kolumellę zaliczenie jeleni do *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent* wydaje się jednak całkowicie uzasadnione.

animalia quae ex consuetudine abire et redire solent i wskazuje, że utrata prawa własności takiego zwierzęcia nie następowała przez samą utratę bezpośredniej możliwości jego kontrolowania, ale dopiero, gdy zwierzę utraciło *animus revertendi*, a więc porzuciło nawyk powracania (*revertendi consuetudo*)¹⁶.

Gai. 2,68: *In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut, si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

[Co do tych zaś stworzeń, które z nawyku oddalają się i powracają, jak gołębie i pszczoły, także jelenie, które zwykły odchodzić w lasy

¹⁶ Na temat *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent* por. D. DAUBE, *Doves and Bees*, [w:] *Droits de L'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris 1966, s. 64-65; G. POLARA, *Le 'venationes'...*, s. 125-153; B.W. FRIER, *Bees and Lawyers*, «Classical Journal» 78.2/1983-1984, s. 105-114; H. HAUSMANINGER, *Celsus gegen Proculus*, [w:] *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow*, Rheinfelsen 1991, s. 53-62; B.W. FRIER, *Why did the Jurists change Roman Law? Bees and Lawyers revisited*, «Index» 22/1994, s. 135-137, 139-141; T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten: ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Mein 2007, s. 504-505; D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. 'Ius controversum' e natura nella 'Declamatio Maior XIII'*, [w:] *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, red. D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE, Pavia 2007, s. 323-385; G. MCLEOD, *Pigs, Boars and Livestock Under the 'Lex Aquilia'*, [w:] *Critical Studies in Ancient Law. Comparative Law and Legal History*, red. J.W. CAIRNS, O. ROBINSON, Oxford-Portland-Oregon 2001, s. 83-92; J. FILIP-FRÖSCHL, *'Cervi, qui in silvas ire et redire solent'...*, s. 191-213; J. FILIP-FRÖSCHL, *'Apis natura fera est'. Romanistische Anmerkungen zur besonderen Natur der Biene*, [w:] *Scientia Iuris et Historiae. Festschrift für Peter Putzer zum 65. Geburtstag*, red. U. Aichhorn, A. Rinnerthaler, 2004, s. 141-173; M. POŁOJAC, *Gaius, Hadzic and 'occupatio'...*, s. 740-742; Z. BENINCASA, *'Occupatio'...*, s. 26-34; P. NICZYPO-RUK, *Rzymskie regulacje pierwowzorem współczesnych rozwiązań prawnych w zakresie pszczelarstwa i bartnictwa*, [w:] *Prawne aspekty prowadzenia działalności bartnej. Wybrane zagadnienia*, red. E.K. CZECH, Białystok 2015, s. 17-35; Z. BENINCASA, *Co się tyczy stworzeń, które z nawyku zwykły oddalać się i powracać... – koncepcja 'animus revertendi' a wolność polowania na dzikie zwierzęta w prawie rzymskim*, «Studia i Materiały Ośrodka Kultury Leśnej» 18/2019, s. 33-54.

*i powracać, mamy przekazaną taką regułę, że jeśliby utraciły skłonność do powrotu, też przestają być nasze i stają się (własnością) zawłaszczających. Uważa się zaś, że tracą skłonność do powrotu, kiedy porzucą nawyk powracania*¹⁷.

Wspomniana reguła mająca zastosowanie do *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent* pojawia się również w innej pracy Gaiusa *Res cottidianae*, ale tym razem jest określana jako *comprobata*, a więc powszechnie przyjęta¹⁸ i Gaius przywołuje ją w kontekście zagadnienia natury paw i gołębi. Zalicza on te ptaki do zwierząt dzikich, chociaż, jak zauważa, mają one zwyczaj przylatywać i odlatywać. Jako argument na korzyść dzikości takich zwierząt przywołuje on przykład pszczół, które uznaje się za dzikie z natury, oraz jeleni, które zostały tak oswojone, że mają zwyczaj oddalać się do lasu i powracać, w odniesieniu do których ich dzika natura nie była przez nikogo kwestionowana.

D. 41,1,5 (Gai. 2 rer. cott. siv aur.): *Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut*

¹⁷ Tłumaczenie za C. KUNDEREWICZ, *Gaius. Instytucje*, Warszawa 1982, s. 143.

¹⁸ W literaturze nie ma zgodności co do pochodzenia reguła cytowanej przez Gaiusa. Według Daubego pierwotnie odnosiła się ona jedynie do udomowionych gołębi i paw, które nie były traktowane jako zwierzęta dzikie, lecz udomowione, podczas gdy pszczoły uznawano za zwierzęta *fera natura*. Dopiero Celsus, powołując się na zwyczaj pszczół do oddalania się i powracania (*cum reveniri solent*) oraz fakt, że są one źródłem korzyści dla hodowcy (*fructui mihi sint*), rozszerzył zastosowanie tej zasady również na te owady. W związku z tym prawnicy uznali, że gołębie i pawie są również z natury dzikimi zwierzętami, ale mogą przejawiać *animus revertendi* w wyniku oswojenia. Z kolei Frier utrzymywał, że dopiero Celsus, który odrzucił stanowisko Proculusą jako pogląd nieadekwatny do istniejących realiów gospodarczych, stworzył specjalną podkategorię zwierząt dla pszczół, zaliczając do tej kategorii także gołębie. Gaius natomiast, uznając istnienie tej kategorii za niepodważalne, ignoruje argument ekonomiczny, wspominając jedynie o *revertendi consuetudo* jako cesze wspólnej dla pszczół, gołębi, paw i jeleni. Por. D. DAUBE, *Doves and bees...*, s. 63-75. Cfr. le osservazioni critiche di P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, Milano 1977, s. 18-19 przyp. 10; G. POLARA, *Le venationes...*, s. 137 przyp. 29; B.W. FRIER, *Why did Roman jurists?...*, s. 134-149.

*in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint*¹⁹.

[Gaius w księdze drugiej *Rzeczy codziennych*, czyli złotych [powie-
dzeń]: Pawie i gołębie są z natury dzikie i nie ma tu znaczenia
fakt, że mają nawyk odlatywać i przylatywać. Tak samo bowiem
zachowują się pszczoły, co do których jest rzeczą pewną, że są
dzikie z natury. Niektórzy także mają tak oswojone jelenie, że
chodzą do lasu i wracają, ale nikt nie przeczy, że i one są dzikimi
zwierzętami. Co do tych zwierząt, które mają zwyczaj odchodzić
i powracać, przyjęto taką zasadę, że dotąd uważane są za nasze,
dopóki mają wolę powrotu, a jeśli zniknie u nich wola powrotu,
przestają być nasze i stają się zawłaszczającego. Przyjmuje się zaś,
że utraciły wolę powrotu, gdy przestały mieć nawyk powracania]²⁰.

Wymienione przez Gaiusa gatunki były zwierzętami hodowanymi w końcu republiki w zorganizowanych *vivaria* i przynoszącymi zysk właścicielom takich hodowli. Z zachowanych źródeł można wywnioskować, że przyjęcie w stosunku do nich zasady, iż samo oddalenie się od hodowcy na odległość uniemożliwiająca sprawowanie bezpośredniej kontroli nad zwierzęciem nie było uważane za tożsame z powrotem zwierzęcia do stanu *naturalis libertas*, tak długo, jak długo zwierzę

¹⁹ I. 2,1,15: *Pavonium et columbarum fera natura est. nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant: nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt et fiunt occupantium. revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

²⁰ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIŃSKI, VI.2, Kraków 2016, s. 11.

zachowywało nawyk powracania do właściciela, było podyktowane kwestią ochrony interesów ich hodowców²¹. W stosunku do pszczoł i gołębi, naturalny tryb życia tych zwierząt i czerpanie zysków z ich hodowli wymagały umożliwienia im czasowego oddalania się od ula czy gołębnika na duże odległości. Ponieważ jednak te zwierzęta miały nawyk powracania do miejsca kontrolowanego przez człowieka (gołębnik lub ul), uznano, że istnienie tego nawyku stanowi gwarancję zachowania prawa własności hodowcy. Z kolei pawie były w końcu republiki hodowane w ich środowisku naturalnym na *insulae maritimae*, skąd nie mogły się przedostać na ląd, ponieważ nie miały dostatecznie wykształconej zdolności latania²². Tak więc nawet jeżeli odleciały z wyspy, musiały na nią prędzej czy później powrócić, co uznawano prawdopodobnie za wystarczające, by uznać, że pozostają cały czas własnością hodowcy. Także jelenie były hodowane na zagrodzonych obszarach leśnych w ich naturalnym środowisku, jednak właściciele takich rezerwatów mieli zwyczaj dokarmiania ich w określonym miejscu, do którego regularnie powracały, dzięki czemu można było uznać, że również w momencie, w którym nie znajdują się one pod bezpośrednią kontrolą właściciela rezerwatu, pozostają jednak jego własnością²³.

²¹ Por. przede wszystkim Coll. 12,7,10.

²² Jak relacjonują Warron i Kolumella, małe wysepki leżące na Morzu Śródziemnym były optymalnym miejscem do hodowli pawie, które dzięki ułokowaniu na wyspie mogły żyć na swobodzie i same zdobywać pożywienie, a jednocześnie nie mogły o własnych siłach opuścić hodowli. Warron wspomina o zamorskiej hodowli tych ptaków na wyspie Samos, a także o hodowli znajdującej się na niewielkiej wyspie Planasia położonej w pobliżu Elby należącej do Marcusa Pisona (Varro, *rer. rust.* 3,6,2). Kolumella również uważał, że najlepszym miejscem do hodowli pawie były niewielkie wyspy w pobliżu Italii, gdzie zwierzęta te mogły żyć na swobodzie i samodzielnie zdobywać większość pokarmu, nie będąc narażonymi na ataki ze strony innych zwierząt czy kradzieże oraz nie mogąc o własnych siłach uciec z wyspy (Colum. *de re rust.* 8,11,1).

²³ Varro, *rer. rust.*, 3,13,1-2: *Apros quidem posse haberi in leporario nec magno negotio ibi et captivos et cicuris, feras, quae in silvis circumseptis vagantur qui ibi nati sint, pingues solere fieri scis, inquit, Axi. Nam quem fundum in Tusculano emit hic Varro a M. Pupio Pisono, vidisti ad bucinam inflatam certo tempore apros et capreas convenire ad pabulum, cum ex superiore loco e palaestra apris effunderetur glans, capreis victa aut quid aliud. Ego vero, inquit ille, apud Q. Hortensium cum in agro Laurenti essem. Ibi istuc magis thraikikos fieri vidi. Nam silva erat, ut dicebat, supra quinquaginta*

O możliwości kradzieży hodowlanych pszczół i gołębi wspomina Ulpian, odnosząc się do poglądów Pomponiusa:

D. 10,2,8,1 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait columbas, quae emitti solent de columbario, venire in familiae herciscundae iudicium, cum nostrae sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi: quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio. idem et in apibus dicitur, quia in patrimonio nostro computantur.*

[Ulpianus w księdze dziewiętnastej Komentarza do edyktu: Pomponius stwierdza także, że gołębie, które zwykle są wypuszczane z gołębnika, są objęte skargą o podział spadku, ponieważ dopóki mają nawyk powrotu do nas, dopóty stanowią naszą własność. I dlatego, gdyby ktoś je schwytał, przysługuje nam skarga z tytułu kradzieży. To samo mówi się o pszczołach, ponieważ są zaliczane do naszego majątku]²⁴.

Pomponius miał twierdzić, że gołębie, które odlatują z gołębnika, są uwzględniane w skardze o podział majątku spadkowego jako należące do spadku, tak długo, jak długo zachowują nawyk powrotu do gołębnika (*quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi*), i jeżeli ktoś schwytałby takie gołębie, popełniłby kradzież. W końcowej części tego tekstu Pomponius, a może już sam Ulpian dodaje, że to samo dotyczy

iugerum maceria saepta, quod non leporarium, sed therotrophium appellabat. Ibi erat locus excelsus, ubi triclinio posito cenabamus, quo Orphea vocari iussit. Qui cum eo venisset cum stola et cithara cantare esset iussus, bucina inflavit, ut tanta circumfluxerit nos cervorum aprorum et ceterarum quadripedum multitudo, ut non minus formosum mihi visum sit spectaculum, quam in Circo Maximo aedilium sine Africanis bestiis cum fiunt venationes.; Colum., de re rustica 9,1,1,6: Contentus tamen non debet esse diligens paterfamiliae cibus quos suapte natura terra gignit, sed temporibus anni quibus silvae pabulis carent condita messe clausis succurrere hordeoque alere vel adoreo farre aut faba, plurimumque etiam vinaceis, quidquid denique vilissime constiterit dare. Idque ut intellegant ferae praeberi, unam vel alteram domi mansuefactam conveniet immittere, quae pervagata totum vivarium cunctantis ad obiecta cibaria pecudes perducatur.

²⁴ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, II, Kraków 2013.

pszczoł, które są uwzględniane jako składnik majątku²⁵. Z cytowanego tekstu wynika zatem, że osoba, która złapała cudze pszczoły albo gołębie w czasie, kiedy nie znajdowały się w gnieździe, ale przebywały poza ulem albo gołębnikiem, nie mogła tych zwierząt zawłaszczyć, bowiem *quamdiu consuetudinem revertendi habeant* nie były uważane za zwierzęta pozostające w stanie *naturalis libertas*. Tym samym przywłaszczenie ich sobie oznaczało popełnienie kradzieży, na podobieństwo przywłaszczenia sobie cudzego udomowionego zwierzęcia, które oddało się od właściciela²⁶. Choć tekst ten *expressis verbis* nie przesądza kwestii, czy skradzione gołębie albo pszczoły stawały się własnością złodzieja, w momencie nabycia ich posiadania to uznanie ich za należące do spadku i będące składnikiem majątku odziedziczonego przez spadkobiercę zdaje się logicznie wykluczać możliwość ich zawłaszczenia jako rzeczy niebędących *res nullius*, ale należących do majątku określonej osoby.

Kolejnym, szczególnie interesującym tekstem dotyczącym kradzieży *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent* jest tekst dotyczący możliwości wystąpienia z *actio furti* przeciwko osobie, która spłoszyła cudzego oswojonego pawia, w następstwie czego paw zaginął i dostał się w ręce osoby trzeciej.

D. 47,2,37 (Pomp. 19 *ad Sab.*): *Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea affugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit.*

[Pomponius w księdze dziewiętnastej *Komentarza do pism Sabinusa*:
Jeśli mój oswojony paw uciekł z mojego domu, a ty byś go gonił

²⁵ Także Paulus uznawał, że gołębie i pszczoły, które miały nawyk powracania do miejsca, w którym były hodowane, znajdowały się w posiadaniu hodowcy, nawet w czasie, w którym oddaliły się od ula czy gołębnika, chociaż jak można wywnioskować z tekstu jego komentarza, nie wszyscy juryści byli w tej materii jednomyślni. D. 41,2,3,16 (Paul. 54 *ad ed.*): *Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.*

²⁶ Por. D. 41,1,5,6, w którym Gaius mówi o kradzieży kur i gęsi, które spłoszone uciekły i właściciel nie wiedział, gdzie się znajdują. Tekst ten jest analizowany w dalszej części artykułu.

*tak, że zniknął, będę mógł wnieść przeciwko tobie skargę z tytułu kradzieży, gdyby ktoś inny nim zawładnął*²⁷.

W analizowanym przez Pomponiusa kazusie, paw, który był oswojony przez osobę określoną w treści kazusu jako „ego”, podjął próbę ucieczki. Inna osoba („tu”) spłoszyła zwierzę, goniąc za nim, w wyniku czego paw zaginął²⁸. Jeżeli kolejna osoba zabrała zaginionego ptaka, Pomponius stał na stanowisku, że można procesować się z „tu” ze skargą z tytułu deliktu kradzieży.

Tekst ten jest bardzo trudny do interpretacji z uwagi na to, że wiele elementów przedstawionego stanu faktycznego jest niedookreślonych. Przede wszystkim nie wiadomo, czy osoba, która ścigała zwierzę, i osoba, które ostatecznie je schwytała, działały z zamiarem popełnienia kradzieży. Możliwe jest bowiem, że współdziałały one w popełnieniu kradzieży, ale nie można wykluczyć też, że ich działania nie pozostawały ze sobą w związku i były podjęte niezależnie. Jedna osoba ścigała pawia, powodując, że zwierzę się zgubiło, a inna osoba przypadkowo znalazła pawia i zabrała. W tym ostatnim wypadku jest kilka możliwych interpretacji: jedna, w której zamiar kradzieży miał tylko goniący pawia, podczas gdy osoba, która go złapała, po prostu zamierzała zawłaszczyć zwierzę, które pozostawało w stanie *naturalis libertas*, druga, w której goniący jedynie spłoszył ptaka dla rozrywki, a osoba, które go schwytała, chciała go ukraść, wreszcie trzecia, w której po stronie żadnej z tych osób nie było działania *furandi animo*. Każda z możliwych interpretacji jest w jakimś zakresie problematyczna. Uznając, że osoby współdziałały w celu kradzieży pawia, którego jedna osoba spłoszyła, goniąc go, tak by

²⁷ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, VII.1, Kraków 2017, s. 257.

²⁸ Jolowicz tłumaczy *perit* jako „dies”, twierdząc, że z uwagi na fakt, iż pawie mięso było popularną potrawą, nawet martwy paw mógł przedstawiać wartość ekonomiczną. Por. H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940, s. 48. Tłumaczenie to jednak nie jest powszechnie przyjęte i przyjmuje się, że termin *perire* ma w tym tekście znaczenie *sensu largo* i oznacza po prostu utratę pawia, a więc „mancata disponibilità da parte del padrone”. Por. uwagi krytyczne Albanese pod adresem interpretacji Jolowicza[w:] B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, «AUPA» 23/1953, s. 52 przyp. 20.

inna mogła go złapać, wyjaśnia przyznanie *actio furti* przeciwko „tu”, ale jest problematyczna z punktu widzenia odpowiedzialności osoby, która pawia schwytła, bowiem schwytła ona zwierzę dzikie, które uciekło od właściciela, a więc zawłaszczyła *res nullius*. Przyjmując natomiast, że osoby te działały od siebie niezależnie, należy uznać, że odpowiedzialność za kradzież mogłaby ewentualnie dotyczyć tylko osoby, która goniła uciekającego pawia, i wówczas rodzi się pytanie o możliwość pozwania jej z *actio furti* w sytuacji, kiedy jej działanie nie było podjęte *lucrandi animo* i goniła uciekające zwierzę jedynie dla rozrywki.

Nieco mniej kontrowersyjna, choć też nieoczywista, jest kwestia własności pawia. Z uwagi na to, że jest on określany przez Pomponiusa jako *mansuetus*, należy przyjąć, iż początkowo był on własnością osoby określonej jako „ego”²⁹. Z narracji jurysty wynika, że paw podjął próbę ucieczki i wówczas „tu”, goniąc go, spowodował, że ptak się zgubił, a następnie został znaleziony i zabrany przez osobę trzecią. Powstaje więc zagadnienie, czy w momencie, w którym paw się zgubił, jego właściciel utracił przysługujące mu prawo. Z tekstu *Res cottidanae* wynika, że ptactwo domowe, nawet jeżeli spłoszone uciekło od właściciela i nie znał on miejsca jego pobytu, pozostawało nadal jego własnością i mogło być przedmiotem kradzieży:

D. 41,1,5,6 (Gai. 2 *rer. cott. sive aur.*): *Gallarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbatae adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint,*

²⁹ Ptaki, które zostały oswojone, uznawano za należące do osoby, która je oswoiła, co wynika z fragmentu komentarza Paulusa do edyktu – D. 41,2,3,15 (Paul. 54 *ad ed.*): *Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodia nostrae subiectae sunt.* Jurysta ten w pięćdziesiątej czwartej księdze komentarza *ad edictum* uznaje za znajdujące się w posiadaniu określonej osoby te ptaki, które trzymane są w zamknięciu, a także te, które *mansuetae factae* zostały poddane jej *custodia*. Co prawda ten tekst dotyczy posiadania ptaków, a nie prawa własności, ale w odniesieniu do własności dziko żyjących stworzeń nabycie ich posiadania było tożsame z nabyciem ich prawa własności. Tak więc *pavo mansuetus* niewątpliwie był własnością osoby określonej w kazusie jako „ego”.

tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit.

[Gaius w księdze drugiej *Rzeczy codziennych*, czyli złotych [powieźzeń]”: *Kury i gęsi nie są z natury dzikie. Jest bowiem jasne, że istnieją inne dzikie kury i inne dzikie gęsi. Dlatego też, jeśli moje gęsi i moje kury spłoszone w jakiś sposób odlecą tak daleko, że nie wiemy, gdzie się znajdują, to pomimo tego pozostają naszą własnością. Z tego powodu odpowiadać będzie wobec nas za kradzież ten, kto z zamiarem uzyskania korzyści pochwyti którąś z nich*]³⁰.

W przywołanym fragmencie *Res cottidianae* Gaius wyjaśnia, że ponieważ domowe gęsi i kury nie są zwierzętami dzikimi, to jeżeli z jakiegokolwiek powodu zostały spłoszone i uciekły, nawet jeżeli ich miejsce pobytu jest nieznane, pozostają one własnością dotychczasowego właściciela (w tym miejscu też wspomina on o dzikich odpowiednikach udomowionych kur i gęsi – *ferae gallinae* i *feras anseres*, do których, jak można mniemać, ta zasada nie miała zastosowania). W konsekwencji, jeżeli jakaś osoba *lucrandi animo*, by je schwytała, odpowiadałaby na podstawie skargi z kradzieży. Z tekstu Gaiusa *a contrario* można wysnuć wniosek, że w przypadku zwierzęcia *fera natura* spowodowanie jego ucieczki powodowało utratę prawa własności dotychczasowego właściciela. Paw, jak twierdził Gaius³¹, jest zwierzęciem dzikim, ale szczególnego rodzaju. Z uwagi na nawyk powracania do miejsca hodowli był uważany za własność hodowcy tak długo, jak długo zachowywał *consuetudo revertendi*³². W momencie, w którym podjął próbę ucieczki, jeżeli właściciel nie schwytał go ponownie albo paw sam nie wrócił, stawał się rzeczą niczyją podlegającą zawłaszczeniu³³. Ponieważ w wyniku

³⁰ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIŃSKI, VI.2, Kraków 2016, s. 11.

³¹ D. 41,1,5,5. Por. I. 2,1,15.

³² Por. D. 41,1,4.

³³ Por. D. 41,1,5,4 (Gai 2 *rer.cott. sive aur.*): *Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficili eius persecutio est, alioquin occupantis fit.* Rój pszczół, który wyroił się z ula, stawał się rzeczą niczyją w momencie, w którym pszczoły znalazły się poza sferą kontroli pszczelarza. Zjawisko wyrojenia się pszczół z ula związane z cyklem rozwojowym pszczelego roju

pościgu osoby określanej jako „tu” paw uciekł tak daleko, że się zgubił i nie mógł powrócić do właściciela, można zatem utrzymywać, że utraciwszy *consuetudo revertendi*, stał się *res nullius* i powrócił do stanu *naturalis libertas*, w którym mógł być zawłaszczony przez pierwszą osobę, która go schwytała z *animus occupandi*. Należy więc zastanowić się, czy w ogóle możliwe jest, żeby osoba, która schwytała pawia, odpowiadała za kradzież zwierzęcia, skoro od momentu, w którym się zgubił, nie miał on właściciela. Rodzi się więc kolejne pytanie, czy nawet zakładając *animus furandi* po jej stronie, a w szczególności współdziałanie *lucri faciendi causa* z osobą, która spłoszyła ptaka, można powiedzieć, że została obiektywnie popełniona przez nią kradzież.

Z uwagi na to, że jednoznaczna interpretacja tego tekstu nie jest możliwa, omawiany tekst był szeroko dyskutowany w doktrynie w nawiązaniu do zagadnienia ewolucji deliktu *furtum* oraz wymogu *animus furandi* i *contractatio* w uważanej za klasyczną definicji tego deliktu przekazanej przez Paulusa, zachowanej w tekście D. 47.2.1.3³⁴. Ugruntowana w literaturze romanistycznej *communis opinio* uważa go za świadectwo

i zamiarem zmiany siedziby, dobrze znane hodowcom tych zwierząt, może być uznane za przejaw utraty przez pszczoły *revertendi consuetudo* (Varro, *rer. rust.* 3,16-29-31; *Coll., de re rust.* 9,14,5).

³⁴ D.47,2,1,3 (Paul 39 *ad ed.*): *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*. Por. m.in. P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit Romain*, I: Les sources, Lyon-Paris 1915, s. 619 przyp. 6; IDEM, *L'animus lucri faciendi dans la theorie romaine du vol*, «RHD» 42/1918, s. 73-101, w szczególności s. 94-95; W.W. BUCKLAND, *Contractatio*, «Law Quarterly Review» 57.4/1941, s. 467-474, w szczególności s. 470; A. WATSON, *'Contractatio' as an essential of furtum*, «Law Quarterly Review» 77/1961, s. 526; J.A.C. THOMAS, *'Contractatio', complicity and 'furtum'*, «Iura» 13/1962, s. 82; A. WATSON, *'Contractatio' again*, «SDHI» 28/1962, s. 331-341; IDEM, *'Contractatio' – My Last Word*, «Iura» 14/1963, s. 180-185; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'...*, s. 51-53; D. PUGSLEY, *Contractatio*, «Irish Jurist» 15.2/1980, s. 353-354; G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis» 51.3/1983, s. 273; P. FERRETTI, *Complicità e 'furtum' nel diritto romano*, Milano 2005, s. 26-28, 130-131; A.J.B. SIRKS, *'Furtum' and 'manus/potestas'*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis» 81/2013, s. 465-506, w szczególności s. 497; I.S. SÖGÜT, *Objective factor of 'furtum: contractatio'*, «Law&Justice Review» 9.15/2017, s. 88; M.D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid 1991, s. 141;

przedklasycznej szeroko zakrojonej koncepcji kradzieży i poglądów republikańskich *veteres*, którzy już sam pościg za pawiem, w następstwie którego ptak zaginął, niezależnie od jego schwymania przez osobę trzecią, uważali za wystarczającą przesłankę, by przyznać właścicielowi pawia *actio furti*. Zwolennicy takiej interpretacji rozróżniają zatem dwie warstwy tekstu: wcześniejszą, odpowiadającą konstrukcji republikańskiego deliktu *furtum* obejmującego także spowodowanie szkody w czyimś majątku (*si pavonem meum mansuetum, cum de domo effugisset, persecutus sis, quad is perit, agere tecum furti ita potere*), i późniejsze zastrzeżenie *si aliquis eum habere coeperit*, autorstwa Sabinusa bądź Pomponiusa, dodane w celu rozgraniczenia kradzieży od wyrządzenia szkody w majątku poprzez zastrzeżenie, że konieczne jest zawładnięcie pawiem z chęcią zysku przez osobę trzecią³⁵. W związku z tym uznają oni, że niezależnie od tego, czy osoba, która spłoszyła pawia, goniąc go, działała w porozumieniu z osobą, która następnie go schwytała, czy nie, i niezależnie od zamiaru kradzieży ptaka po jej stronie, będzie ona ponosiła odpowiedzialność za *furtum*, bowiem podstawą jej odpowiedzialności jest fakt, że w wyniku pościgu za zwierzęciem właściciel

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 925-926.

³⁵ Por. P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum'...*, s. 94-95; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'...*, s. 53; J.A.C. THOMAS, *'Contrectatio', complicity...*, s. 82; M.D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del 'Furtum'...*, s. 142; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, s. 925 przyp. 27; w najnowszej literaturze pogląd ten akceptuje m.in. P. FERRETTI, *Complicità e 'furtum'...*, s. 26-28; inaczej W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, s. 81; G. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e complicità*, [w:] *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, II, Milano 1974, s. 804, którzy uważali aktualną redakcją tekstu za owoc ingerencji kompilatorów justyniańskich w klasyczną strukturę tekstu.

je utracił³⁶. Taką interpretację wspiera też glosa *Si aliquis*³⁷; jest też ona uzasadniona w kontekście palingenetycznym³⁸.

Ferretti zauważa również, że sformułowanie *quad is perit* w zestawieniu z nieokreślonym zaimkiem *aliquis* w zastrzeżeniu *si aliquis eum habere coeperit* sugeruje, że dla odpowiedzialności za kradzież osoby, która spłoszyła pawia, istotny jest jedynie element samej utraty zwierzęcia przez właściciela wskutek zawładnięcia nim przez osobę trzecią, a nie fakt współdziałania³⁹. Moim zdaniem jednak stan faktyczny opisany przez Pomponiusa nie przesądza tej kwestii ostatecznie,

³⁶ Watson uznaje, że osoba, która płoszyła pawia, powinna odpowiadać jako współsprawca kradzieży jedynie na podstawie faktu, iż jej działanie obiektywnie umożliwiło innej osobie popełnienie kradzieży (A. WATSON, 'Contrectatio' as an essential of 'furtum'..., s. 526; A. WATSON, 'Contrectatio' again..., s. 331-341). Krytyczny wobec tej interpretacji zakładającej szerokie pojęcie współsprawstwa niezależne od *animus furandi* pozostaje Thomas (J.A.C. THOMAS, 'Contrectatio', complicity and 'furtum'..., s. 70). Na temat tej dyskusji por. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 925-926. Ferretti co do zasady akceptuje pogląd Watsona, uznając, że „che dalle diverse testimonianze sopra esaminate prevalga l'idea che Sabino avesse avanzato una nozione di complicità 'a base oggettiva', cioè una nozione di complicità secondo cui non si sarebbe attribuito alcun rilievo all'elemento intenzionale [...]. Il giurista, per il sorgere della responsabilità a titolo di concorso, avrebbe valutato esclusivamente la concatenazione obiettiva dei fatti, il nesso causale tra la condotta del complice e la realizzazione del furto [...]”, jako przykład podając właśnie kazus pawia, kazus monet wytraconych innej osobie z ręki (D. 9,2,27,21) oraz namówienie do uciezki niewolnika *si cum rebus aufegerit fugitivus* (D. 47,2,36,2). Por. P. FERRETTI, *Complicità e 'furtum'...*, s. 28, 135-136.

³⁷ Accursi glossa *Aliquis*, ad l. *Si pavonem, de furtis* (D. 47,2,37).

³⁸ O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889.

³⁹ Por. P. FERRETTI, *Complicità e 'furtum'...*, s. 28, 130-131. Ferretti porównuje kazus pawia ze słynnym kazusem, w którym podstępnie pozwany do sądu mularz utracił swoje stado, które się rozbiegło (D. 47,2,67,2). Należy jednak zauważyć, że paw, w momencie, w którym zaginął, nie był już niczyją własnością, podczas gdy zbiegłe muły nadal teoretycznie pozostawały własnością mularza i osoby, które je sobie przywłaszczyły, popełniły kradzież. Na temat tego ostatniego tekstu por. M.A. FENOCCHIO, *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di 'furtum' in diritto romano: 'detrahere alteri aliquid': per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende*, Padova 2008, s. 140-152. P. FERRETTI, *Complicità e 'furtum'...*, s. 23-28 wraz z literaturą cytowaną przez Autora.

ponieważ informacja o zagubieniu się ptaka mogła mieć na celu jedynie podkreślenie, że paw, który podjął próbę ucieczki wskutek spłoszenia, zgubiwszy się, utracił *animus revertendi*, a więc stał się rzeczą podlegającą zawłaszczeniu, co miało wpływ na wyłączenie odpowiedzialności za kradzież osoby, która *eum habere coeperit*.

Warto też ponownie podkreślić, że interpretacja zakładająca brak związku między działaniem osoby, która goniła pawia, a osoby, która go przywłaszczyła, mimo że podzielana przez większość badaczy zajmujących się zagadnieniem kradzieży w prawie rzymskim, oparta jest jednak na przyjęciu za istniejące pewnych elementów stanu faktycznego, co do których nie można mieć pewności, bazując na samej lekturze tekstu Pomponiusa.

Pomocne w jego interpretacji mogą być zatem teksty dotyczące odpowiedzialności osoby, która spłoszyła cudze zwierzę, powodując jego ucieczkę i w konsekwencji utratę prawa własności po stronie dotychczasowego właściciela. Pierwszy z tych tekstów dotyczy przypadku, w którym ktoś sprowokował ucieczkę pszczoł z ula. Ponieważ zarówno pszczoły, jak i oswojone pawie były w analogiczny sposób traktowane przez jurystów, którzy uważali, że tak długo, jak długo przejawiały nawyk powrotu do hodowcy, mimo oddalenia się od niego, pozostają jego własnością, rozwiązanie, które podaje Ulpian, powinno mieć zastosowanie także do pawia.

D. 9,2,49 pr. (Ulp. 9 *disput.*): *Si quis fumo facto apes alienas fugaverit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur quam occidisse, et ideo in factum actione tenebitur.*

[Ulpian w księdze dziewiątej *Dysput.*: *Jeśli ktoś za pomocą wytworzonego dymu zmusił do ucieczki albo nawet zabił cudze pszczoły, uważa się, że raczej wywołał przyczynę ich śmierci, niż sam zabił. Z tego powodu będzie on odpowiadał z tytułu skargi opartej na stanie faktycznym*]⁴⁰.

⁴⁰ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. *Digesta justyniańskie*. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, II Kraków 2013, s. 335.

Ulpian stoi na stanowisku, że przeciwko osobie, która używając dymu, spłoszyła lub nawet spowodowała śmierć cudzych pszczół, powinna przysługiwać skarga z ustawy akwiliańskiej *in factum*, bowiem, jak zauważa, osoba ta bardziej przyczyniła się do śmierci pszczół, niż zabiła.

Warto zauważyć, że uzasadnienie, które podaje Ulpian w odniesieniu odpowiedzialności sprawcy na gruncie *lex Aquilia*, pozostaje w logicznym związku jedynie z kazusem spowodowania śmierci pszczół z użyciem dymu, ale już nie sprowokowania ich do ucieczki od hodowcy. Można więc zastanawiać się, czy skarga z ustawy akwiliańskiej miała analogiczne zastosowanie do przypadku spłoszenia pszczół, co oznaczało utratę *revertendi consuetudo* i powodowało, że pszczoły, które stawały się *res nullius* możliwą do zawłaszczenia, ale nie powodowało przyczynienia się do ich śmierci.

Przyznanie powództwa *actio damni iniuriae ex lege Aquilia in factum* przeciwko osobie, która swoim działaniem doprowadziła do utraty prawa własności zawłaszczonego zwierzęcia, które powróciło do stanu natury, jest potwierdzone również w tekście *epistulae* Proculusa w odniesieniu do dzika, który schwytał się w pułapkę zastawioną przez myśliwego, a następnie został wypuszczony z tej pułapki do lasu, a więc powrócił do stanu *naturalis libertas*, w którym nie był niczyją własnością i mógł ponownie być zawłaszczony.

D. 41,1,55 (Procul. 2 *epist.*): *In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.*

[Dzik wpadł w sidła, które zastawiłeś, by go upolować. Gdy w nich tkwił, uwolniłem go i zabrałem. Czy sądzisz, że zabrałem twojego dzika? I jeżeli uważasz, że był twoją własnością, to czy przestałby nią być, czy też nadal by nią pozostał, jeśli po uwolnieniu wypuściłbym go do lasu? I zapytuje, jaką skargę miałbyś przeciwko mnie, gdyby przestał być twój? Czy powinna być udzielona skarga oparta na stanie faktycznym? [Proculus] udzielił odpowiedzi, że powinniśmy rozważyć, czy ma znaczenie, czy sidła zastawiłem na gruncie publicznym, czy prywatnym, a jeżeli to był grunt prywatny, czy należał do mnie, czy do osoby trzeciej, a także jeżeli należał do osoby trzeciej, czy zastawiłem [sidła] za zgodą właściciela gruntu, czy bez jego pozwolenia. Ponadto trzeba zbadać, czy dzik utkwiał w sidłach w taki sposób, że sam nie mógł się uwolnić, czy też mógłby się uwolnić, mocując się z nimi przez czas dłuższy. Uważam jednak, że ostateczny wniosek jest taki, iż jeżeli dostanie się pod moją władzę, to staje się moją własnością. Gdybyś zaś ty dzika, który stał się moim, wypuścił na wolność, będącą dla niego stanem naturalnym, i z tego powodu przestałby do mnie należeć, należy mi udzielić skargi opartej na stanie faktycznym, tak samo jak odpowiedziano, w odniesieniu do przypadku wyrzucenia ze statku czyjeś pucharu]⁴¹.

Proculus w drugiej księdze *epistulae* analizuje kasus, w którym dzik schwytany w sidła zastawione przez myśliwego *venandi causa* został zabrany z pułapki albo wypuszczony na wolność przez inną osobę i rozważa kwestię, czy można uznać zwierzę schwytane w pułapkę za będące własnością myśliwego, który takie sidła zastawił. Dalej, zakładając odpowiedź potwierdzającą na tak zadane pytanie, stawia kolejne pytanie o skargę przysługującą temu ostatniemu, jeżeli zwierzę wypuszczone z pułapki do lasu powróciło do stanu *naturalis libertas*. W dalszej części tekstu jurysta stwierdza, że przed rozstrzygnięciem tej kwestii należy ustalić, czy jest istotne, czy sidła zostały zastawione na gruncie publicznym czy na gruncie prywatnym, czy jeżeli był to grunt prywatny, należał on do myśliwego czy innej osoby oraz czy jeżeli pułapka znajdowała się

⁴¹ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, VI.2, Kraków 2016, s. 37.

na gruncie należącym do osoby trzeciej, ta ostatnia wyraziła zgodę na jej zastawienie, wreszcie uznaje za istotne, czy zwierzę zostało unieruchomione w pułapce w sposób uniemożliwiający uwolnienie się z niej, czy też byłoby w stanie po jakim czasie z niej uciec. Następnie, zupełnie abstrahując od tych okoliczności (*summam tamen hanc puto esse*), następuje rozstrzygnięcie kazusu, w którym jurysta stwierdza, że jeżeli dzik znalazł się pod kontrolą, pod władztwem (*in potestate*) myśliwego, ten ostatni nabył jego własność. W konsekwencji przeciwko osobie, która wypuściła dzika na wolność, powodując, że myśliwy utracił władztwo nad zwierzęciem, przysługuje powództwo *in factum* z tytułu wyrządzenia szkody w majątku⁴².

Interpretacja tekstu *epistulae* Proculusa jest źródłem wielu kontrowersji, gdyż na pierwszy rzut oka sprawia on wrażenie, jakby został istotnie skrócony przez kompilatorów⁴³. Pierwsza jego część, w której jurysta wskazuje elementy, w stosunku do których stwierdza, że należy rozważyć, czy powinny mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia spornej kwestii własności zwierzęcia, które schwytało się w zastawione sidła, wydaje się nie pozostawać w logicznym związku z końcowym rozstrzygnięciem. Nie wiadomo również, jak należy interpretować stwierdzenie *si in meam potestate pervenit* i czy dla nabycia własności zwierzęcia schwytanego

⁴² Na temat interpretacji tego tekstu por. G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, «SDHI» 41/1975, s. 1-78.; J.-F. GERKENS, 'Aequae periturus', *une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, s. 121-152; M.F. CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, [w:] *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, s. 46-47; A.D. MANFREDINI, *Chi caccia e chi è cacciato...*, s. 25-31; M.A. FENOCCHIO, *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum...*, s. 322-324; J.-F. GERKENS, *Das Wildschwein und die geheimnisvolle Insel*, [w:] *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, red. H. ALTMIPPEN, I. REICHARD, M.J. SCHERMAIER, Heidelberg 2009, s. 359-372; Z. BENINCASA, 'Occupatio' jako sposób nabycia własności..., s. 21-22; EADEM, 'Illud quaesitum est...', s. 43-58; J.-F. GERKENS, *Réflexions sur le 'damnum'*. 'Damnum'et dommage, l'histoire de deux faux amis, [w:] *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes: Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, red. A. RUELLE, M. BERLINGER, Saint-Luis 2019, s. 79-101; Z. BENINCASA, *Polowanie w rozważaniach rzymskich jurystów okresu klasycznego*, [w:] *Łowy i historia*, red. D.J. GWIAZDOWICZ, Warszawa 2020, s. 86-96.

⁴³ Por. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, «AUPA» 21/1950, s. 83, przyp. 1; IDEM, *La nozione del 'furtum'...*, s. 187.

w pułapkę istotna była wiedza myśliwego o tym, że zwierzę znajduje się w pułapce, czy też zastawienie pułapki było tożsame z wyrażeniem *animus rem sibi habendi* w stosunku do każdego dzikiego zwierzęcia, które mogłoby się w nią złapać. Dla przedmiotowych rozważań jednak pierwszoplanowe znaczenie ma końcowa część tego tekstu, w którym mowa jest o *actio damni iniuriae ex lege Aquilia in factum* przeciwko osobie, która wypuściła zdobycz myśliwską z pułapki na wolność, tym samym doprowadzając do utraty prawa własności zwierzęcia zawłaszczonego przez myśliwego w momencie, w którym zwierzę schwytało się w pułapkę. Osoba, która uwolniła dzikie zwierzę z pułapki, jest porównywana do osoby, która wyrzuciła ze statku czyjeś naczynie do morza. *Prima facie* można uznać tę analogię za kontrowersyjną, bowiem o ile w przypadku dzikiego zwierzęcia, które wskutek interwencji osoby trzeciej powróciło do stanu *naturalis libertas*, dochodziło do utraty jego prawa własności, podczas gdy rzeczy utracone ze statku w teorii nadal należały do dotychczasowego właściciela⁴⁴. Można jednak przypuszczać, że Proculus zestawiał ze sobą te dwa przypadki z uwagi na niemożność obiektywną ponownego odzyskania rzeczy. W przypadku dzika wypuszczonego z pułapki, jego powrót do stanu *naturalis libertas* oznaczał utratę kontroli nad zwierzęciem i w konsekwencji utratę samego prawa własności; w przypadku naczynia wyrzuconego ze statku na otwartym morzu, co prawda formalnie nie doszło do utraty prawa własności, ale faktycznie odzyskanie tego naczynia nie było już możliwe, co stawiało jego właściciela w identycznym położeniu jak osobę, której własność uległa zniszczeniu lub prawo własności przestało istnieć⁴⁵. Z punktu widzenia ochrony procesowej i przyznania skargi *in factum* w rozsze-

⁴⁴ Por. Z. BENINCASA, 'Periculi pretium'. *Prawne aspekty ryzyka związanego z podróżami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e. – II w.n.e.)*, Warszawa 2012, s. 89-90.

⁴⁵ Analogia między stanem natury a morzem jest widoczna również w tekście D. 41,1,44, w którym Pomponius porównuje rzecz, która znalazła się w stanie natury, i rzecz utraconą w katastrofie statku celem wykazania, że jeżeli ta rzecz jest możliwa do odzyskania, dotychczasowy właściciel nie powinien utracić jej własności. Por. Z. BENINCASA, 'Cum pastori meo lupi porcos eriperent'. *Status prawny zwierząt porwanych przez drapieżniki*, «Zeszyty Prawnicze» 17.4/2017, s. 45-84.

rzającej interpretacji *actio damni iniuriae ex lege Aquilia*, podobieństwo tych dwóch przypadków sprowadza się do niespełnienia wymogu bezpośredniego oddziaływania sprawcy na rzecz, które doprowadziło do jej zniszczenia czy uszkodzenia⁴⁶.

W aktualnej redakcji tekstu Proculusa nie ma *explicite* wzmianki o odpowiedzialności za kradzież osoby, która zabrała dzika z pułapki, ale wydaje się, że skoro jurysta ten uznaje dzika *qui in potestem pervenerit* za należącego do myśliwego, logiczną konsekwencją jego zabrania przez osobę trzecią z chęci zysku byłoby przyznanie przeciwko niej skargi z kradzieży. Uznając, że tekst ten był przedmiotem obróbki przez kompilatorów justyniańskich, nie można wykluczyć, iż w oryginalnej redakcji analizował również kwestię odpowiedzialności osoby, która zabrała dzika z pułapki⁴⁷.

Analizując tekst D. 9,2,49 pr., w nawiązaniu do tego ostatniego tekstu można zatem przyjąć, że osoba, która doprowadziła swoim działaniem do utraty prawa własności dzikiego zwierzęcia poprzez umożliwienie mu powrotu do stanu *naturalis libertas*, w którym stanowiło rzecz nienależącą do nikogo podlegającą zawłaszczeniu, traktowana była jak osoba, która swoim działaniem wyrządziła innej szkodę w majątku. Ponieważ taka osoba nie zniszczyła bezpośrednio rzeczy, ale jedynie przyczyniła się do utraty jej prawa własności (w przypadku dzika, uciekł on sam, co jedynie umożliwiła mu osoba trzecia, podobnie pszczoły uciekły same, ale sprowokowane do ucieczki dymem), przyznanie skargi następowało na mocy decyzji pretora lub innego urzędnika jurysdykcyjnego

⁴⁶ Por. D. 19,5,23, w którym mowa jest o *actio damni iniuriae ex lege Aquilia in factum* przeciwko osobie, która spowodowała, że cudzy pierścień wpadł do Tybru, D. 19,5,14,2, w którym Pomponius przyznaje *actio damni iniuriae ex lege Aquilia in factum* przeciwko osobie, która wyrzuciła cudzy puchar do morza, a także D. 9,2,27,21, w którym Sabinus analizuje kasus monet wytraconych z ręki, które wpadły do morza, rzeki albo ścieku, i zagadnienie konkurencji *actio furti* i *actio ex lege Aquilia civilis* i *in factum*. Warto też przywołać w tym kontekście D. 19,4,14 pr. i *actio de dolo* jaka jedną z możliwości ochrony osoby, której towary zostały wyrzucone do morza ze statku *sine causa*. Na temat interpretacji tych tekstów i dotychczasowych kontrowersji w doktrynie por. M.F. CURSI, *Per una storia critica...*, s. 48-51.

⁴⁷ Podobnie J.-F. GERKENS, *Réflexions sur le 'damnum'*..., s. 73-101.

o rozszerzeniu standardowej ochrony, jaką dawało *ius civile* poprzez przyznanie skargi *in factum*.

Wracając do przypadku *pavo mansuetus* analizowanego przez Pomponiusa w D. 47,2,37, należy więc zastanowić się, dlaczego uznaje on, że ochrona właściciela tego ptaka realizowała się za pośrednictwem *actio furti*, a nie *actio damni iniuriae in factum*. Z tekstu tego bowiem wynika, że paw podjął próbę ucieczki, a osoba trzecia go, co spowodowało zgubienie się pawia. Do tego momentu przypadek jest analogiczny z przypadkiem pszczoł, które osoba trzecia, używając dymu, spowodowała do ucieczki i w konsekwencji właściciel utracił prawo własności zwierzęcia *quod ex consuetudine abire et redire solet*. Pomponius, a niewykluczone, że już przed nim sam Sabinus, jednak zastrzegł, iż paw został schwytany przez osobę trzecią, co daje możliwość przyznania przeciwko osobie, która doprowadziła do zaginięcia ptaka, skargi z tytułu kradzieży. Sformułowanie *agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit* sugeruje więc, że warunkiem przyznania *actio furti* jest zawładnięcie pawiem przez osobę trzecią, która schwyciła zagubionego ptaka. Powstaje więc pytanie, czy odpowiedzialność za kradzież osoby, która spłoszyła pawia, jest oparta na przesłance subiektywnej czy obiektywnej, tzn., czy wymagane jest działanie tej osoby w porozumieniu z osobą, która złapała ptaka w celu jego kradzieży, czy odpowiada ona niezależnie od działania *furandi animo* za sam obiektywny fakt umożliwienia innej osobie zawłaszczenia ptaka.

Podobny przypadek był przedmiotem rozważań Ulpiana w trzydziestej siódmej księdze komentarza *ad edictum* w odniesieniu do bydła, które spłoszone czerwoną płachtą uciekło i wpadło w ręce złodziei. Co prawda analizowany przypadek dotyczył *pecus*, a więc bydła, które nie było uważane za dzikie, to jednak przyjmując, że w tekście D. 47,2,37 spłoszony paw był *mansuetus*, należy uznać, że dopóki nie utracił *revertendi consuetudo*, był własnością hodowcy, podobnie jak zwierzęta udomowione.

D. 47,2,50,4 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furta actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.*

[Ulpianus w księdze trzydziestej siódmej *Komentarza do edyktu: Przeciwko osobie, która wystawiła czerwoną płachtę i zmusiła bydło do ucieczki tak, by dostało się w ręce złodziei, jeżeli działała w złym zamiarze, przysługuje skarga z tytułu kradzieży. Ale nawet jeśli nie robiła tego w celu dokonania kradzieży, nie powinien ująć bez kary tak szkodliwy żart. Stąd też Labeo pisze, by udzielić skargi opartej na stanie faktycznym*]⁴⁸.

Zdaniem Ulpiana niezależnie od tego, czy osoba, która drażniła bydło, w wyniku czego uciekło i zostało skradzione, działała *furandi animo* czy nie, powinna odpowiadać względem właściciela utraconych zwierząt. Jeżeli jej zamiarem była kradzież bydła (*si dolo malo fecit*), wówczas właściciel miał przeciwko niej *actio furti*. Jeżeli jednak działała nie w zamiarze popełnienia kradzieży (*si non furti faciendi causa hoc fecit*), jak donosi Ulpian, Labeo był zdania, że należy przyznać *actio in factum*, ponieważ sprawca powinien ponieść konsekwencje swojego działania, które określa jako *lusus perniciosus*, a więc jedynie lekko-myślne działanie dla żartu⁴⁹. Z tekstu tego może zatem wynikać, że dla Labeona warunkiem przyznania skargi z kradzieży było działanie *dolo malo* z zamiarem popełnienia kradzieży. Jeżeli zaś zamiarem sprawcy nie była kradzież bydła, a jego zachowanie było wynikiem jego beztroski i chęci zabawy, wówczas będzie odpowiadał za pośrednie wyrządzenie szkody na gruncie *actio damni iniuriae ex lege Aquiliae in factum*⁵⁰.

Z zestawienia tekstu D. 47,2,37 z tekstem D. 47,2,50,4 może wynikać zatem, że skoro Pomponiusz opowiada się za przyznaniem skargi z kradzieży przeciwko osobie, która goniła zbiegłego pawia, zakłada on, że zamiarem tej osoby była kradzież zwierzęcia, w innym przypadku

⁴⁸ Tłumaczenie za *Digesta Iustiniani*. Digesta justyniańskie. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, VII.1, Kraków 2017, s. 267.

⁴⁹ Jak słusznie zauważyła Floriana Cursi, na podstawie fragmentu komentarza Ulpiana trudno stwierdzić, czy Ulpian tylko przywołuje poglądy Labeona, czy też pogląd o możliwości wystąpienia z *actio furti* jest poglądem samego Ulpiana, a jedynie w części odwołującej się do możliwości przyznania *actio in factum* odwołuje się on do opinii tego jurysty. Por. M.F. CURSI, *Per una storia critica...*, s. 45. Na temat tego tekstu por. P. FERRETTI, *Complicità e 'furtum'...*, s. 207-216.

⁵⁰ Por. Gai 3,202, w którym jurysta ten nawiązuje do dyskusji między *veteres* na temat odpowiedzialności osoby, która *per lasciviam* drażniła bydło czerwoną płachtą.

bowiem zastosowanie powinna mieć *actio damni iniuriae ex lege Aquilia in factum*. Warto jednak zauważyć, że te dwa stany faktyczne nie są jednak identyczne. W przypadku zwierząt należących do *pecus* ich ucieczka nie powodowała utraty prawa własności i osoby, które przywłaszczyły sobie zbiegłe stado, odpowiadały z *actio furti* niezależnie od odpowiedzialności tego, *qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus*. W przypadku zaś pawia, jeżeli spłoszony przez kogoś zaginął, a więc utracił nawyk powrotu do właściciela, można uznać, że stał się rzeczą niczyją i jako dzikie zwierzę pozostające w stanie *naturalis libertas* został zawłaszczony przez osobę trzecią. Wówczas jedyną szansą ochrony dla byłego właściciela spłoszonego ptaka było pozwanie goniącego pawia alternatywnie albo ze skargą z kradzieży, jeżeli jego pościg za zwierzęciem był podjęty *lucri faciendi gratia* albo ze skargą z tytułu wyrządzenia szkody w majątku, jeżeli spłoszył pawia wyłącznie *per lasciviam*. Przyznanie *actio furti* przeciwko osobie, która swoją pogonią za pawiem doprowadziła do utraty prawa własności tego zwierzęcia i umożliwienia innej osobie zawłaszczenia go, można uznać za wyraz potraktowania *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent* analogicznie do udomowionych gatunków zwierząt celem ochrony interesów hodowców tych ptaków.

Kolejna z możliwych interpretacji tekstu D. 47,2,37 zakłada współdziałanie ze sobą *furandi causa* osoby, która spłoszyła uciekającego pawia, i osoby, która zbiegłe zwierzę schwytała. Przyjmując taką interpretację, należy uznać, że Pomponius analizuje wyrafinowany sposób kradzieży zwierząt dzikich, które były hodowane w stanie półwolnym (tak jak m.in. pawie, które miały ogrodzony teren, ale mogły okresowo go opuszczać)⁵¹. Jedna osoba płoszyła zatem zwierzę, tak by oddaliło się od dotychczasowego właściciela na taką odległość, że nie był on w stanie odnaleźć zwierzęcia i ponownie schwytać, a oswojone zwierzę nie mogło do niego samodzielnie powrócić, gdyż się zgubiło, gdzie czekała już inna osoba, by takie zwierzę zawłaszczyć.

⁵¹ Na temat warunków hodowli pawi por. Varro, *rer. rust.* 3,6,2-4; Collum., *de re rust.* 8,11,1-3.

Jak już była mowa wcześniej, interpretacja zakładająca jako podstawę odpowiedzialności osoby, która goniła uciekającego pawia, *pactum scele- ris* między nim a osobą, która złapała zbłąkanego ptaka, jest odrzucana przez większość autorów, którzy upatrują w tekście D. 47,2,37 właśnie próby doprecyzowania szerokiej koncepcji kradzieży uznawanej przez *veteres*, którzy za kradzież poczytywali „ogni azione voluntaria che conduce alla perdita della res altrui”⁵². Interpretacja ta nie jest jednak zupełnie nieprawdopodobna w kontekście zachowanych tekstów źródłowych. Gaius w *Institutiones* wspomina o procederze złodziei bydła, w którym jedna osoba płoszyła owce albo krowy z zamiarem umożliwienia innej popełnienia kradzieży⁵³, a w *Res cottidianae* pisze o kradzieży ptactwa, które zostało wcześniej spłoszone tak, że ich właściciel nie wie, gdzie się znajduje⁵⁴. Wskazuje to na dość powszechną praktykę stosowaną przez złodziei, mającą prawdopodobnie na celu ułatwienie popełnienia kradzieży i utrudnienie zidentyfikowania sprawcy deliktu. Ponadto, ze źródeł literackich wynika, że z uwagi na dochody, jakie przynosiły hodowcom pawie⁵⁵, kradzieże tych ptaków nie były zjawiskiem rzadkim i stanowiły problem dla ich hodowców, do tego stopnia, że Columella wręcz zaleca zakładanie ich hodowli na *insulae maritimae*, gdzie nie mogą tak łatwo paść ofiarą kradzieży jak pawie hodowane na łąkach na stałym lądzie. Nie mogły one też uciec z wyspy, gdyż nie umiały wystarczająco dobrze latać, by dolecieć do stałego lądu. Sam jednak zauważa, że

⁵² B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio...*, s. 165. Por. IDEM, *La nozione del 'furtum; nell'elaborazione dei giuristi romani*, «Jus» 9/1958, s. 316.

⁵³ Gai. 3,202: *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope, consilio furtum factum est. in quo numero est, qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet, vel opstitit tibi, ut alius surriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet*. Por. I. 4,1,11.

⁵⁴ D. 41,1,5,6.

⁵⁵ Po raz pierwszy mięso pawia miał zaserwować na uczcie augur Quintus Hortensius i pomimo że to danie uznano za luksusowe, rychło zagościło na stałe na stołach rzymskich *nobiles*. Rosnący popyt na pawie podbił na rynku ceny tych ptaków do pięćdziesięciu denarów, a ich jaj do pięciu denarów za sztukę. Z hodowli liczącej sto sztuk pawi można było osiągnąć zysk rzędu nawet sześćdziesięciu tysięcy sesterców rocznie. Por. Varro, *rer. rust.* 3,6,1; 3,6,6.

takie optymalne warunki do hodowli pawy zdarzają się rzadko⁵⁶. Tekst Columelli sugeruje więc, że i ucieczki tych ptaków, i ich kradzieże były zjawiskiem częstym wśród właścicieli hodowli tych ptaków na stałym łądzie. Nawet więc akceptując *communis opinio*, że konkretny tekst Pomponiusa o *pavo mansuetus* rzeczywiście jest świadectwem ewolucji pojęcia *furtum* w okresie republikańskim, a więc między działaniem osoby goniącej pawia a osoby, która go ostatecznie schwytała, nie istnieje żaden związek, kazus, w którym osoba płosząca uciekającego pawia i osoba, która go schwytała po tym, jak oddalił się od hodowli, współdziałały *furandi causa*, wart jest rozważenia, ponieważ sytuacja prawna nie była dokładnie taka sama, jak w przypadku współpracujących w analogiczny sposób złodziei bydła czy udomowionych gatunków kur lub gęsi. O ile zwierzęta należące do *pecus* czy ptactwo domowe nie przestawały być własnością dotychczasowego właściciela, nawet jeżeli znajdowały się od niego w dużym oddaleniu i nie wiedział, gdzie są (choć oczywiście nie znając personaliów złodziei i miejsca, w którym znajdowały się skradzione zwierzęta, nie był w stanie ich skutecznie windykować i pozywać sprawców kradzieży z *actio furti*), o tyle paw, w momencie, w którym odleciawszy od właściciela, zgubił się i utracił zdolność powrotu (*revertendi consuetudo*), stawał się z powrotem *res nullius* możliwą do zawłaszczenia. Tak więc o ile osoba, która przywłaszczyła sobie cudze zwierzę domowe, które spłoszone się zgubiło, automatycznie ponosiła odpowiedzialność za kradzież, niezależnie od tego, czy osoba, która spłoszyła zwierzę, działała *furandi animo* czy nie, analogiczne rozwiązanie nie miało zastosowania do osoby, która zawładnęła spłoszonym dzikim zwierzęciem, które uciekło od właściciela⁵⁷. Skoro schwytała ona zwierzę, które powróciło do stanu *naturalis libertas*, nie popełniła kradzieży, ale jedynie zawłaszczyła zwierzę nienależące do nikogo. Mimo więc, że zakładając współdziałanie dwóch osób

⁵⁶ Por. Collum., *de re rust.*, 8,11,1-3.

⁵⁷ Por. D. 41,1,5,6, w którym Gaius wyraźnie wskazuje na różnicę między udomowionymi gatunkami kur i gęsi a ich dzikimi odpowiednikami. Te pierwsze, nawet jeżeli spłoszone uciekną i ich właściciel nie będzie wiedział, gdzie się znajdują, pozostaną przedmiotem jego własności i jeżeli ktoś by je przywłaszczył *lucrandi animo*, ponosiłby odpowiedzialność za kradzież.

w kazusie z pawiem, teoretycznie obie powinny zatem odpowiadać ze skargi z kradzieży jako współsprawcy przestępstwa⁵⁸, przyznanie *actio furti* przeciwko osobie, która zawładnęła wałęsającym się pawiem, mogło być kontrowersyjne, bowiem nie mogła ona ukraść rzeczy nienależącej do nikogo, a taką rzeczą był paw, który powrócił do stanu *naturalis libertas*⁵⁹. Skoro zaś osoba ta, zabierając pawia, nie popełniła kradzieży, kontrowersyjna mogłaby być też odpowiedzialność z *actio furti* osoby, która pawia spłoszyła, powodując jego utratę. W ten sposób rzeczywiście można było utrudnić właścicielowi pawia ściganie złodzieja: pierwsza osoba twierdziła, że nie działała z zamiarem kradzieży, ale jedynie ba-wiło ją straszenie zwierzęcia, a osoba, która znalazła zgubione zwierzę, twierdziła, że zabrany przez nią paw był zwierzęciem, które powróciło do stanu *naturalis libertas*.

Niezależnie od zaakceptowania którejś z przedstawionych hipotez warto zauważyć, że kazus spłoszonego oswojonego pawia wpisuje się w ogólną tendencję widoczną w rozważaniach rzymskich jurystów do zapewnienia maksymalnej ochrony osobom, które hodowały w celach zarobkowych dzikie zwierzęta, nie naruszając jednak norm *ius gentium* pozwalających na zawłaszczenie takich zwierząt żyjących w stanie *naturalis libertas* niezależnie od miejsca ich schwytania. Z uwagi na zmianę znaczenia gospodarczego dzikich zwierząt, juryści starają się bowiem rozszerzyć stosowanie w stosunku do nich zasad, które tradycyjnie miały zastosowanie do udomowionych gatunków. Jednym z przejawów tej tendencji jest uznanie, że pozbawienie właściciela władztwa nad zawłaszczonym dzikim zwierzęciem będzie uprawniać do wniesienia skargi z ustawy akwiliańskiej, mimo iż samo zwierzę nie zostało

⁵⁸ Co prawda element *contrectatio*, a więc fizycznego zawładnięcia zwierzęciem, był spełniony tylko w przypadku tej drugiej osoby, ale mogła ona ukraść je tylko dlatego, że uprzednio zostało spłoszone przez tę pierwszą osobę, która powinna być potraktowana analogicznie jak pomocnik przy kradzieży.

⁵⁹ Niewykluczone, że juryści rzymscy byliby skłonni w takim przypadku przyznać *actio furti* również przeciwko osobie, która zawłaszczyła pawia, z uwagi na jej działanie *furandi animo*, tym samym zrównując ochronę, jaką prawo przewidywało dla hodowców udomowionych zwierząt gospodarskich z ochroną hodowców zwierząt *ferae naturae*.

zniszczone, ale jedynie powróciło do stanu natury. Możliwość wystąpienia z pretorską *actio damni iniuriae ex lege Aquilia utilis* lub *in factum* dotyczyć będzie zarówno kazusu zwierzęcia wypuszczonego z pułapki na naturalną wolność, jak i zwierząt *quae ex consuetudine abire et redire solent*, które wskutek spłoszenia się nie mogły lub nie chciały powrócić do hodowcy, co było równoznaczne z utratą *consuetudo revertendi*, a więc zdolności powrotu i odzyskaniem przez te zwierzęta *naturalis libertas*⁶⁰. Kolejną konsekwencją potraktowania dzikiej zwierzyny analogicznie jak udomowionych gatunków zwierząt jest przyznanie ochrony za pomocą *actio furti* przeciwko osobom, które z chęci zysku przywłaszczyły sobie dzikie zwierzę znajdujące się w cudzej hodowli lub schwytane przez myśliwego w pułapkę. Szczególną sytuacją, w której właściciel dzikiego zwierzęcia mógł wystąpić z powództwem z tytułu kradzieży, mogła być również sytuacja, w której jedna z osób płoszyła zwierzę, powodując jego zaginięcie, co umożliwiło innej osobie zażądanie tym zwierzęciem jako *res nullius* podlegającą zawłaszczeniu. Ponieważ osoba, która schwytala dzikie zwierzę, mogła bronić się przed oskarżeniem o kradzież, podnosząc zarzut zawłaszczenia rzeczy niczyjej, aby chronić właściciela spłoszonego zwierzęcia, przyznawano *actio furti* przeciwko osobie, która spłoszyła zwierzę, której działanie w łańcuchu przyczynowo-skutkowym doprowadziło do utraty prawa własności takiego zwierzęcia wskutek zawłaszczenia przez osobę trzecią. Na podstawie zachowanych tekstów trudno stwierdzić, czy przyznanie *actio furti* w tym wypadku wymagało współdziałania z osobą, która zawłaszczyła dzikie zwierzę czy nie, fakt, że w źródłach pojawia się jako alternatywny środek ochrony pretorska *actio damni iniuriae ex lege Aquilia* przeciwko osobie, która doprowadziła cudze dzikie zwierzę do powrotu do *naturalis libertas*, może sugerować, iż zastosowanie *actio*

⁶⁰ Ponieważ uznawano, że tak długo, jak długo zachowują nawyk powrotu do właściciela i oddalwszy się z miejsca hodowli, z własnej woli do niego powracają, osoba, która swoim działaniem doprowadziła do zaginięcia zwierzęcia, powodując niemożność jego powrotu do hodowcy i w konsekwencji możliwość jego zawłaszczenia przez osobę trzecią, ponosiła odpowiedzialność tak jak osoba, która prowokując bydło, doprowadziła do utraty stada, które padło ofiarą kradzieży.

furti w tym przypadku wymagało działania *furandi animo*, przynajmniej po stronie osoby, która spłoszyła zwierzę.

W ten sposób juryści rzymscy formalnie potwierdzili potraktowanie dzikich zwierząt hodowanych dla zysku, takich jak pszczoły czy pawie, analogicznie do hodowlanych udomowionych gatunków zwierząt. Tym samym wyszli oni naprzeciw aktualnym potrzebom obrotu gospodarczego, adaptując istniejące rozwiązania prawne do zmienionego kontekstu społeczno-gospodarczego, w którym dzikie zwierzęta, ptaki i ryby stały się źródłem dochodu dla obywateli rzymskich, konkurując z gatunkami tradycyjnie uznawanymi za udomowione od wieków hodowanymi przez Rzymian w ich gospodarstwach. Analiza tekstów dotyczących odpowiedzialności za kradzież zwierzęcia zabranego z pułapki czy hodowlanych pawi oraz pszczół albo za spowodowanie ucieczki dzikiego zwierzęcia wyraźnie pokazuje, że ich właścicielom przysługiwały analogiczne środki ochrony jak hodowcom trzody i innych gatunków uznawanych za udomowione. Pomimo że reguły dotyczące nabywania ich prawa własności, a także utraty tego prawa były z gruntu odmienne niż w przypadku zwierząt domowych, to jednak przeciwko osobom, które chciałyby przywłaszczyć sobie te dzikie zwierzęta, kradnąc je albo spowodować utratę ich prawa własności przez hodowcę poprzez spowodowanie powrotu zwierzęcia do stanu *naturalis libertas*, w równym stopniu przysługiwały ich właścicielom skargi *actio furti* i *actio damni iniuriae ex lege Aquilia*.

APER IN LAQUEO I PAVO MANSUETUS: ZAGADNIENIE KRADZIEŻY
DZIKIEGO ZWIERZĘCIA W ROZWAŻANIACH RZYMSKICH JURYSTÓW

Streszczenie

W prawie rzymskim dzikie zwierzęta uznawane były za *res nullius*, których własność mógł nabyć każdy poprzez *occupatio* w momencie schwytania. Tak długo jak długo pozostawały pod kontrolą zawłaszczającego, stanowiły jego własność. W momencie ucieczki i powrotu do stanu naturalnej wolności stawały się na powrót rzeczą nienależącą do nikogo i możliwą do zawłaszczenia. Zasady dotyczące nie tylko nabywania, ale również utraty ich własności były zatem zupełnie inne niż te mające zastosowanie do zwierząt domowych. Od końca republiki dzikie zwierzęta zaczęły odgrywać ważną rolę w rzymskiej gospodarce, stając się istotnym

źródłem dochodu dla właścicieli ziemskich. Rzymscy prawnicy, świadomi tego nowego kontekstu społeczno-gospodarczego, starali się zatem zapewnić hodowcom dzikich zwierząt ochronę porównywalną do tej, która przysługiwało właścicielom zwierząt domowych. Najlepiej świadczy o tym analiza tekstów dotyczących odpowiedzialności za kradzież oraz za szkody spowodowane wypuszczeniem dzikiego zwierzęcia na wolność. Przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu jest problem odpowiedzialności za kradzież oswojonego dzikiego zwierzęcia, w szczególności w sytuacji, w której jedna osoba płosząc takie zwierzę doprowadziła do jego ucieczki a inna osoba schwytała wałęsając się dzikie zwierzę.

APER IN LAQUEO AND PAVO MANSUETUS: ROMAN JURISTS ON THE THEFT OF A WILD ANIMAL

Summary

In Roman law, wild animals were considered a *res nullius*, ownership of which could be acquired by anyone by *occupatio* at the time of capture. A wild animal belonged to its owner for as long as he could control it, but if it escaped and returned to the natural state it was ownerless and could be re-appropriated. So the provisions not only for the acquisition but also for the loss of a wild animal were quite different from those applicable to domestic animals. From the late Republic, wild animals began to play an important role in the Roman economy, becoming a conspicuous source of revenue for landowners. Roman jurists conscious of this new socio-economic context tried to provide the keepers of wild animals with protection comparable to what owners of domestic animals enjoyed. A review of the texts concerning liability for theft and damage caused by the release of a wild animal from its owner's care provides best evidence of that tendency. This paper considers the liability for the theft of a wild animal which has been tamed, in particular when one person scared the animal off and let it escape and another person caught it.

Słowa kluczowe: prawo rzymskie; kradzież; dzikie zwierzęta; oswojone zwierzęta; *actio furti*; *actio damni iniuriae ex lege Aquilia*; *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent*.

Keywords: Roman law; theft; wild animals; tame animals; *actio furti*, *actio damni iniuriae ex lege Aquilia*, *animalia quae ex consuetudine abire et redire solent*.

Literatura

- ALBANESE B., *Studi sulla legge Aquilia*, I, «AUPA» 21/1950, s. 1-349.
- ALBANESE B., *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, «AUPA» 23/195, s. 85-301.
- ALBANESE B., *La nozione del 'furtum' nell'elaborazione dei giuristi romani*, «Jus» 9/1958, s. 315-326.
- AMIRANTE L., rec [G. Polara, *Le 'venationes'. Fenomeno economico e costruzione giuridica*], «Iura» 34/1983, s. 255–262.
- BENINCASA Z., *'Periculi pretium'. Prawne aspekty ryzyka związanego z podróżami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e. – II w.n.e.)*, Warszawa 2012.
- BENINCASA Z., *'Si vivariis inclusae ferae'. Status prawny dzikich zwierząt żyjących w vivaria i parkach myśliwskich w prawie rzymskim*, «Zeszyty Prawnicze» 13.4/2013, s. 7-46.
- BENINCASA Z., *'Occupatio' jako sposób nabycia własności dziko żyjących zwierząt w prawie rzymskim*, «Studia Iuridica» 59/2014, s. 9-39.
- BENINCASA Z., *Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano: vivai e riserve di caccia*, [w:] *Mater familias. Scritti romanistici per Maria Zabłocka*, red. Z. BENINCASA, J. URBANIK, Warszawa 2016, s. 39-62.
- BENINCASA Z., *'Cum pastori meo lupi porcos eriperent'. Status prawny zwierząt porwanych przez drapieżniki*, «Zeszyty Prawnicze» 17.4/2017, s. 45-84.
- BENINCASA Z., *'Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur'. Zagadnienie ustalenia momentu zawłaszczenia dzikiego zwierzęcia w rozważaniach rzymskich jurystów u schyłku republiki*, [w:] *'Semper fidelis': prace dedykowane pamięci Profesora Janusza Sondla – legendzie krakowskiego fakultetu prawniczego*, red. D. MALEC, T. PALMIRSKI, Ł. MARZEC, Kraków 2018, s. 47-54.
- BENINCASA Z., *Co się tyczy stworzeń, które z nawyku zwykły oddalać się i powracać... – koncepcja 'animus revertendi' a wolność polowania na dzikie zwierzęta w prawie rzymskim*, «Studia i Materiały Ośrodka Kultury Leśnej» 18/2019, s. 33-54.
- BENINCASA Z., *Polowanie w rozważaniach rzymskich jurystów okresu klasycznego*, [w:] *Łowy i historia*, red. D.J. GWIAZDOWICZ, Warszawa 2020, s. 9-29.
- BENINCASA Z., *Między 'fructus' a 'delectatio'. Kilka uwag o rzymskich 'vivaria' u schyłku republiki*, [w:] *'Cui bono'? Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, red. Ł. KORPOROWICZ, D. SKRZYWANEK-JAWORSKA, Łódź 2021, s. 55-72.
- BENINCASA Z., *Polowanie na ptactwo na cudzym gruncie w świetle reskryptów cesarskich – 'Non habet rationem vos in alienis locis invititis dominis aucupari'...*, «Zeszyty Prawnicze» 22.2/2022, s. 43-65.
- BUCKLAND W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908.
- BUCKLAND W.W., *Contrectatio*, «Law Quarterly Review» 57.4/1941, s. 467-474.

- DAUBE D., *Doves and Bees*, [w:] *Droits de L'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris 1966, s. 64-65.
- Digesta Iustiniani*. *Digesta justyniańskie*. Tekst i przekład, oprac. T. PALMIRSKI, II, Kraków 2013; VI.2, Kraków 2016; VII.1, Kraków 2017.
- DONAHUE CH. JR., '*Animalia ferae naturae*': Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queens County N.Y., [w:] *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Leiden 1986, s. 39-63.
- FENOCCHIO M.A., *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di 'furtum' in diritto romano: 'detrahere alteri aliquid': per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende*, Padova 2008.
- FERRETTI P., *Complicità e 'furtum' nel diritto romano*, Milano 2005.
- FLORIA HIDALGO M.D., *La Casuística del 'Furtum' en la jurisprudencia romana*, Madrid 1991.
- FILIP-FRÖSCHL J., '*Cervi, qui in silvas ire et redire solent*'. *Anmerkungen zu einem exemplum iuris*, [w:] '*Iurisprudentia universalis*'. *Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, red. M.J. SCHERMAIER, TH. MAYER-MALY, Köln, Weimar, Wien, Böhlau 2002, s. 191-213.
- FILIP-FRÖSCHL J., '*Apis natura fera est*'. *Romanistische Anmerkungen zur besonderen Natur der Biene*, [w:] *Scientia Iuris et Historiae. Festschrift für Peter Putzer zum 65. Geburtstag*, red. U. AICHHORN, A. RINNERTHALER, 2004, s. 141-173.
- FIORENTINI M., *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, «Index» 24/1996, s. 143-198.
- FRIER B.W., *Bees and Lawyers*, «Classical Journal» 78.2/1983-1984, s. 105-114.
- FRIER B.W., *Why did the Jurists change Roman Law? Bees and Lawyers revisited*, «Index» 22/1994, s. 135-149.
- GARCIA GARRIDO M.J., *Derecho a la caza y 'ius prohibendi' en Roma*, «AHDE» 26/1956, s.269-336.
- GIARO T., *Römische Rechtswahrheiten: ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Mein 2007.
- GERKENS J.-F., *Das Wildschwein und die geheimnisvolle Insel*, [w:] *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, red. H. ALTMEPPEN, I. REICHARD, M.J. SCHERMAIER, Haidelberg 2009, s. 359-372.
- GERKENS J.-F., *Réflexions sur le 'damnum'. 'Damnum'et dommage, l'histoire de deux faux amis*, [w:] *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes: Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, red. A. RUELLE, M. BERLINGER, Saint-Luis 2019, s. 79-99.
- HAUSMANINGER H., *Celsus gegen Proculus*, [w:] *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow*, Rheinfelsen 1991, s. 53-62.
- HUGHES D., *Furtum ferarum bestiarum*, «Irish Jurist» 9/1974, s. 184-190.

- HUVELIN P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit Romain*, I: Les sources, Lyon-Paris 1915.
- HUVELIN P., *L'animus lucri faciendi' dans la theorie romaine du vol*, «RHD» 42/1918, s. 73-101.
- FRIER B.W., *Bees and Lawyers*, «Classical Journal» 78.2/1983-1984, s. 105-114.
- FRIER B.W., *Why did the Jurists change Roman Law? Bees and Lawyers revisited*, «Index» 22/1994, s. 135-149.
- KNÜTEL R., *Derelizione a scopo di appropriazione?*, «Index» 43/2015, s. 195-217.
- JOLOWICZ H.F., *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940.
- KUNDEREWICZ C., *Gaius. Instytucje*, Warszawa 1982.
- LENEL O., *'Palingenesia iuris civilis'*, II, Leipzig 1889.
- LONGO G., *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e complicità*, [w:] *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, II, Milano 1974, s. 787-.
- LOMBARDI G., *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, «BIDR» 12-13/1948, s. 273-343.
- MACCORMACK G., *Ope consilio furtum factum*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis» 51.3/1983, s.271-293.
- MCLEOD G., *Pigs, Boars and Livestock Under the 'Lex Aquilia'*, [w:] *Critical Studies in Ancient Law. Comparative Law and Legal History*, red. J.W. CAIRNS, O. ROBINSON, Oxford-Portland-Oregon 2001, s. 83-92.
- MANFREDINI A.D., *Chi caccia e chi è cacciato ... Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Torino 2006.
- MANFREDINI A.D., *Un'iniuria che non c'è*, [w:] *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, red. L. Vacca, Milano 2008, s. 181-202.
- MANTOVANI D., *I giuristi, il retore e le api. 'Ius controversum' e natura nella Declamatio Maior XIII*, [w:] *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, red. D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE, Pavia 2007, s. 323-385.
- MARTINI R., *Sui frutti delle'venationes*, «Labeo» 32/1986, s. 215-218.
- MORLEY N., *Frugality and Roman economic thinking in Varro's 'Rerum rusticarum'*, «I quaderni del Ramo d'Oro on line» 10/2018, s. 41-54.
- NICZYPORUK P., *Rzyskie regulacje pierwowzorem współczesnych rozwiązań prawnych w zakresie pszczelarstwa i bartnictwa*, [w:] *Prawne aspekty prowadzenia działalności bartnej. Wybrane zagadnienia*, red. E.K. CZECH, Białystok 2015, s. 17-35.
- POLARA G., *Le 'venationes'. Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano 1983.
- POLOJAC M., *Gaius, Hadzic and 'occupatio' of wild animals – classical roman law in the Serbian civil code*, [w:] R. VAN DEN BERGH ET ALL., *Meditationes de iura et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, «Fundamina» 20.2/2014, s. 739-741.
- PUGSLEY D., *Contrectatio*, «Irish Jurist» 15.2/1980; 341-355.

- SIRKS A.J.B., 'Furtum' and 'manus/potesta's', «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis» 81/2013, s. 465–506.
- THOMAS J.A.C., *Contrectatio, complicity and furtum*, «Iura» 13/1962, s. 82.
- VACCA L., 'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'. *Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano 1984.
- WATSON A., 'Contrectatio' as an essential of furtum, «Law Quarterly Review» 77/1961, s. 526-532.
- WATSON A., 'Contrectatio' again, «SDHI» 28/1962, s. 331-341.
- WATSON A., 'Contrectatio' – My Last Word, «Iura» 14/1963, s. 180-185.
- ZAMORANI P., 'Possessio' e 'animus', Milano 1977.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.