

Стојан Мићовић

апсолвент Правног факултета Универзитета у Београду

ИРАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА*

Чланак говори о ирационалним доказним средствима, која су карактеристична за предржавно уређење, земље старог и средњег века, али и за сва друштва и правне системе који су под јаким утицајем религије. Отуда ова средства позивају Бога да се умеша у судски поступак како не би дозволио да праведно лице страда. Заклетва и божји суд, као најбољи примери ирационалних доказних средстава, обележили су већи део правне историје и у складу са друштвено-културним миљеом у коме су се примењивали, веома су добро вршили своју функцију. Намеће се закључак да су таква средства у том периоду била веома рационално решење. Појава савременијих доказних средстава, ширење писмености и смеђење религиозности су утицали на сузбијање заклетве и божјег суда, али и данас можемо уочити њихове реликте, поготово у погледу коришћења заклетве у англосаксонском правном систему.

Кључне речи: *Заклетва. – Божји суд. – Средњовековно српско право.*

1. ОПШТЕ НАЗНАКЕ

Ирационална доказна средства датирају од најраније фазе људског развоја, кад је човек живео у родовско-племенском уређењу. То је доба такозваног „примитивног права“, које је карактеристично по јакој вези са религијом.¹ Стога су прве забране и правила пона-

* Овај рад је 2008. године добио награду Универзитета у Београду из Фондације Миливоја Јовановића и Луке Ћеловића, која награђује најбоље студентске радове на београдском Универзитету.

¹ О појму „примитивног права“, противуречностима које тај појам носи и његовим особинама в. детаљније С. Аврамовић, *Опита правна историја – Стари и Средњи век*, Београд 2004, 48 и даље.

шања у ствари биле религијске норме.² У том периоду човек је све појаве објашњавао религијским представама, што је имало за последицу то да су се закони доносили уз „божју помоћ“,³ веома се пазило да се воља богова не повреди, приносиле су им се жртве како би их одобровољили, итд. Богови су се сматрали свемогућим, па се отуда и њима давала улога у судском поступку, што представља важну карактеристику за поимање ирационалних доказних средстава.

Мада је примитивно право у начелу карактеристично за најранију фазу људског развоја, за предржавно уређење, оно се често среће и у новонасталим робовласничким државама државама старог века,⁴ као и средњовековним феудалним државама, па се његови елементи могу и данас наћи у неким правним системима. Ирационална доказна средства дуго су се задржала у правној регулативи појединих народа. Ирационални доказни систем је у Европи био доминантан до XV века, а задржао негде се и касније, јер су његове особине и основ били такви да је надживљавао развитак права. Наиме, нарочито у германским и словенским земљама није дошло до потпуног ишчезавања старих доказних правила. Многа од њих су толико била укоренења у народу, да су се и придошле новине из римског и канонског права прилагодиле народном духу. Тек развојем друштва и правног система, рецепцијом римског права и све већим утицајем хришћанства и инквизиторског поступка, ирационална доказна средства су постепено нестајала и из употребе. Тако се у српском кривичном поступку она дефинитивно губе тек у XIX веку.

² У првобитној заједници први облици друштвених забрана су били различити табуи, нарочито они везани за труднице, за однос између полова, итд. који су имали чисто религијско значење, о чему постоји богата литература, у којој се посебно истичу Ц. Фрејзер, *Златна грана*, Београд 1977; Б. Малиновски, *Аргонаути Западног Пацифика*, Београд 1979, Л. Морган, *Древно друштво*, Београд 1981, а на језицима овог подручја О. Мандић, *Од култа лубање до кришћанства*, Загреб 1954; Д. Бандић, *Табу у традиционалној култури Срба*, Београд 1980, В. Чајкановић, *О магији и религији*, Београд 1985, итд. Религијско извориште „објављеног“ права се показује још од кад је Мојсије избављивао народ из Египта и када му је на Синају, према легенди, Бог дао десет божјих заповести, по којима треба да се управља народ. Занимљиво правноисторијско виђење овог догађаја вид. код А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 5–18.

³ На таблицама Хамурабијевог законика нацртан је Хамураби како стоји пред богом правде Шамашом који седи и предаје цару законик. Хамураби се ту и на почетку и на крају обраћа боговима, моли богове да сурово казни оне који га не буду поштовали, чиме сам законик добија божански ауторитет, в. више С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2007, 67. То је случај и са свим другим старим правним системима и кодификацијама, в. А. Вајс, „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 37 и даље.

⁴ Иако су ирационална доказна средства била карактеристична за стари век, она се ипак нису у већој мери користила у римској држави, као ни у Атини, што је и разумљиво с обзиром на степен развијености друштва и правног система.

Изворно хришћанство је имало крајње негативан став према ирационалним доказним средствима, јер су она потицала од паганских религија. Црква је настојала да их сузбије, а као један од таквих покушаја представља одлука на четвртом Латеранском сабору 1215. године, када је Папа Иноћентије III забранио употребу божјег суда.⁵ Међутим, иако је хришћанска црква имала велики утицај, ирационална доказна средства су се толико усталила у народним обичајима да их је тешко било искоренити, као и многе друге паганске обичаје. Црква је била принуђена прво да их толерише, а затим их је и усвојила, тако да се заклетва често полагала пред свештеником и у манастирима, а божји судови су се вршили у црквама.⁶

Између Римокатоличке и Српске православне цркве постојала је у том погледу извесна разлика. Наиме, папа је имао много већу власт и утицај од српских првосвештеника, па је и успешније сузбијао божји суд. Српска црква, пошто је увек била потчињена световној власти, у складу са византијским начелом о цезаропапизму, имала је много мањи утицај, па се и примена божјих судова много дуже задржала. Околност да су Срби више векова били под турском влашћу и да су избегли непосредну рецепцију римског права, доста је утицала на то да се божји судови дуже задрже на нашим просторима. Они су се тек изгубили стварањем српске државе по ослобођењу од Турака, знатно касније него код неких других европских народа.

Такође, и општа неписменост је знатно утицала да оваква доказна средства буду нужност код Срба. Са описмењавањем становништва, писмене исправе добијају предност, па су се у једном прелазном периоду ирационална доказна средства користила тек кад се другим није могло решити неко питање, да би на крају потпуно ишчезла. Смањење степена религиозности је највише утицало на ишчезавање ирационалних доказних средстава. Наиме, предуслов примене оваквих доказа је неприкосновена вера, поштовање и страхопоштовање према Богу и божанствима, што не дозвољава човеку да се криво куне. Чврсто уверење да Бог штити праведне изазива у човеку велику духовну моћ и екстазу која му даје снагу да издржи и највеће муке како би доказао своју невиност. Слабљењем религиозне свести, потискују се из употребе и ирационална доказна средства.

⁵ R. Bartlett, *Trial by Fire and Water*, Oxford 1986, 53.

⁶ Варајдински регистар, тј. судски регистар Варајдинског капитола из XIII века, говори нам да је оглед железом (*iudicium candentis ferri*) био праћен нарочитом црквеном церемонијом, а на крају и специјалном молитвом, као и код котла (*iudicium aquae ferventis*) и код железа. Такође и код Срба, доказивање железом се вршило у цркви. Опширније о томе види у Т. Тарановски, *Историја српског права у немањихкој држави*, Београд 2002, 587.

Заклетва и божји суд представљају најкарактеристичније примере ирационалних доказних средстава, а њихова ирационалност се огледа у томе што она по својој природи никад не дају један нови материјални елемент за оцену онога који се оправдава. Човек би се сматрао невиним чим би положио заклетву, победио тужиоца у судском двобоју или успешно извадио врелу мазију. Наравно, при том су постојале извесне разлике у њиховом извођењу, значају и доказној вредности у различитим правним системима.

2. ЗАКЛЕТВА

2.1. Заклетва у Вавилону

Заклетва представља стари акадски обичај, и она је, као и свуда где се примењивала, имала изражен религијски карактер. У Вавилону је била праћена додиривањем полног органа, као знак да се онај који даје заклетву куне у своје потомство. Неки аутори сматрају и да латински назив за сведока *testis* потиче од сличног поступка.⁷

Главни извор вавилонског права представља Хамурабијев законик. Он говори о два врстама заклетви, доказној – асерторној и оправдавајућој (очишћавајућој) – пургаторној. Асерторна заклетва ојачава неку тврдњу странке или сведока у погледу чињенице која се догодила у прошлости. О таквој заклетви говори чл. 106 Хамурабијевог законика који гласи: *Ако помоћник трговца узме новац, спори се са трговцем, овај треба да пред богом и сведоцима докаже да је помоћник узео новац, и помоћник ће му троструко дати новац који је узео.* Пургаторна заклетва се користила као одбрамбено доказно средство, којом се странка брани и „чисти“ од тврдње или заклетве друге стране, доказујући да се нешто није десило. О пургаторној заклетви говори чл. 227 Хамурабијевог законика, који гласи: *Ако неко превари хирурга и овај утисне жиг неопућивог роба, тај човек да се убије и да се сахрани у својој кући; хирург ће се заклети „нисам жигосао са знањем“ и биће слободан.* Само полагање заклетве је било довољно да се оптужба скине, а одбијање да се заклетва да се сматрало признањем. Заклетва је била непобитан доказ, а сам Хамурабијев законик је уређивао која страна има да се закуне. Остало је неразјашњено да ли се примењивала и промисорна заклетва, којом се странка обавезује да ће говорити истину.⁸

⁷ Вид. више С. Аврамовић, (2004), 85–87. На слично правило налазимо и у Старом завету, вид. *Постајање* 24, 2 и 47, 29.

⁸ С. Аврамовић, (2004), 87

Идеја о томе да је одбијање да се поднесе заклетва сама по себи представљала доказ кривице, среће се и у другим старим правним системима. Тако је, чак и у развијеном античком атинском праву, било веома важно ко ће имати „предност“ при заклинању (што је представљало једино ирационално доказно средство у Атини), јер је то представљало важну процесну привилегију, као и позивање друге стране да се пре суђења закуне у храму. Одбијање таквог изазова је представљало веома јак доказ против онога ко је тако поступио.⁹

2.2. Заклетва у средњем веку

Заклетва представља средство крајње формалног карактера, што је и иначе једна од честих особина средњовековних правних система. Она се употребљавала и у грађанским и у кривичним парницама, што се тада по правилу није разликовало. Заклетву је полагао тужилац или тужени, али се она углавном примењивала на туженог, кад није било других доказа, па се истинитост неке чињенице ни на који други начин није могла утврдити.¹⁰ Њом су се могла користити само лица која својим људским квалитетима указују да се неће заклетви криво, тј. она је само важила за добре, поштене и непорочне људе. Они су се слично као и у Вавилону, полагањем заклетве чистили од кривице која им је стављена на терет, на шта указује и латински назив за такву заклетву (*iuramentum purgationis* – чишћење, оправдање). Формализам се додатно огледа и у томе што лице које се заклинје мора да изговори тачно формулу од које је сачињена заклетва, тј. није смело да погрешни ни једну реч, нити да замуцкује. У противном се заклетва сматрала ништавном.¹¹ Заклетва је представљала једну врсту божјег суда, јер се веровало да Бог неће допустити да исправно изговори заклетву онај чија је изјава била лажна.¹² Стога ако

⁹ R. J. Bonner, *Evidence in Athenian Courts*, Chicago 1905, 54 и даље; С. Аврамовић, В. Станимировић, 127.

¹⁰ Т. Тарановски, (2002), 588; Б(ождар) Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1908, 58.

¹¹ Б. Марковић (1908), 30.

¹² Овде се неумитно намеће асоцијација на инцидент приликом полагање заклетве, који се десио приликом увођења у дужност новог америчког председника. Тада је Барак Обама, пред два милиона људи начинио грешку, на коју га је навео председник Врховног суда, који је неправилним редом изговарао свечани текст заклетве предвиђен америчким Уставом. „Ја, Барак Хусеин Обама, свечано се заклинјем да ћу извршавати дужности председника САД *верно*, и да ћу свим својим снагама чувати, штитити и бранити Устав САД“, изјавио је 44. амерички председник, понављајући речи које је изговарао Џон Робертс, председник Врховног суда. Робертс је, међутим, направио малу грешку, изговоривши реч „верно“ после речи „председник САД“, уместо испред речи „дужности председника“. Пошто је очигледно приметно грешку, Обама је направио кратку непријатну паузу, сачекавши да Ро-

странка није хтела да се закуне или није исправно положила заклетву, суд није веровао њеној изјави, а онај ко се ваљано заклео суд је његову изјаву прихватао као истиниту.

Код најтежих кривичних дела, није била довољна само заклетва једног лица, оптуженог или тужиоца, већ се тражило да поред њега заклетву положи и још један број људи како би се заклетва оптуженог или тужиоца сматрала као истинитом. То су углавном били његови рођаци или пријатељи који су га добро познавали. Звали су се помагачи или клетвеници (*aidi, iuratores, coniuatores, sacramentales, consacramentales, testes*).¹³ У оваквим ситуацијама заклетва оптуженог је претходила заклетви помагача, чиме се само појачавала заклетва оптуженог. Помагачи својом заклетвом не тврде да је чињеница на коју се оптужени заклео истинита (*iuramentum de veritate*), него се заклињу на то да верују да је заклетва оптуженог истинита. Они чак и ништа не знају о спорним чињеницама, већ само верују у оног за кога се заклињу, у чему се и огледа читава ирационалност овог доказног средства. Због тога су помагачи обично пријатељи или познаници оптуженог који добро познају њега и његове прилике. Клетвенике су одређивале странке а не суд, јер је поступак био оптужни.

Мирјан Дамашка наводи да није било мало случајева када су помагачи у заклетви вршили своје мале приватне истраге пре полагања заклетве пред судом, како би се сами уверили у истинитост тврдњи оног коме помажу¹⁴.

Да ли ће се лице заклињати са или без помагача није зависило само од природе учињеног дела, већ и од друштвеног статуса странке. Што је странка имала важнији положај у друштву, њој се и више веровало, те и није било потребно да се заклиње са помагачима. Слуге, због нижег статуса, нису могле да се користе заклетвом већ само божјим судом. Ако је странка већ била осуђена, њој се такође слабије веровало па је у случају новог спора била принуђена да прибегне божјем суду. Лица која су такође била неспособна за заклињање су и ванбрачна лица, слепи, рашчињени свештеници, Јевреји, кривоклет-

бертс понови тај део реченице, што је он и учинио, али поново погрешним редом. Новом председнику остало је само да се покори и заклетву до краја изговори онако како је чуо. Због тога је Обама морао да поново положи заклетву пред председником Врховног суда у Овалном кабинету, пред само неколико људи, када је изговорио правилан текст, али овог пута без руке на Библији, што је скандализовало велики део јавности у САД. Дакле, неправилно изговарање формалног текста заклетве и данас се у САД сматра као озбиљна препрека за пуну правну ваљаност акта.

¹³ Б. Марковић (1908), 31

¹⁴ М. Damaska, „Rational and irrational proof revisited“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 5, 1/1997, 30.

ници и јеретици¹⁵. И странци су били неспособни за прибегавање овом доказном средством¹⁶. На помагаче су се примењивали исти критеријуми. Да би неко био помагач, морао је да буде частан, поштен и непорочан.¹⁷

При том се мора нагласити да помагачи нису сведоци, тј. лица која суду саопштавају чињенице које су они сами својим чулима опазили. Међутим, постојала је једна врста помагача која је била веома слична сведоцима. То су били помагачи који су ухватили оптуженог на делу и који помажу да се он доведе пред суд, да би тужилац доказао његову кривицу. Разлика између овог помагача и осталих била је у томе што ови морају знати одређене чињенице за које и полагају заклетву, докле у свим осталим случајевима они не морају ништа знати о предмету спора.¹⁸

2.3. Заклетва у средњовековном српском праву

У старом српском праву се помоћу заклетве могла утврђивати како кривична, тако и грађанска одговорност, јер се није правила разлика између грађанског и кривичног поступка. Која ће се од странака заклетви, зависило је од њиховог споразума, а некад од самог суда.

Странка која се заклињала морала је то да учини лично, што значи да се није могао користити пуномоћник. Изузетак од тог правила представљао је само случај кад је заклетву полагао владалац, што се види из дубровачких извора, који нам још говоре и то да се заклетва користила и на станку.¹⁹ Заклетва је полагана свечано и у прописаној форми, пред свештеником, а у неким случајевима и пред самим епископом.

Појединачни подаци о заклетви странака су се сачували само у уговорима са Дубровником. У уговорима из 1349. и 1357. године

¹⁵ Б. Марковић (1908), 31.

¹⁶ У Енглеској за време Едварда Старијег, лица која су се у судским поступцима заклињала а изгубила су спор, нису више имала право на заклетву, већ само да се оправдају прибегавањем божјем суду. Опширније о односу друштвеног статуса и прибегавање заклетви, вид. R. Bartlett, 30–32.

¹⁷ Тако и наш Душанов законик у чл. 160 каже: „... *аколи се догоди, те што изгубе, да им је порота веродостојни људи...*“, Душанов законик (приређивач Биљана/ Марковић), Београд 1986, 80.

¹⁸ Б. Марковић (1908), 31. Такви „полусведоци – полупомагачи“ су се у средњовековној српској држави јављали у неким случајевима око својине земљишта и граница, вид. Б. Марковић (1908), 61.

¹⁹ Б. Марковић (1908), 63–4. Станак је врста суда, који представља стару обичајноправну установу за суђење у парницама између Срба и Дубровчана, где су се састајали изасланици дубровачке и немањихке власти који би заједнички пресуђивали о спорној ствари. Детаљније о томе види Т. Тарановски (2002), 539–544.

јасно се види да тужилац полаже заклетву и да та његова заклетва вреди као доказно средство од пресудног значаја. Ово представља изузетак од општег правила да тужени полаже заклетву. У другом случају у уговорима из 1349. и 1357. године, заклетву треба да положи оптужени, али његову заклетву је требао да потврди и још један помагач, што представља реткост, јер се обично тражило више њих.²⁰

Најстарији словенски назив за заклетву је „рота“, па би најпогоднији назив за клетвенике или помагаче био поротници, што се негде и користило. Међутим, било је и других назива као: стариници, старци, душевници²¹ и сведоци.²² Клетвенике познаје Душанов законик под именом „душевници“, па у чл. 103 каже да ако крађа не може да се докаже сводом, примењивала се заклетва са помагачима. Заклетва са помагачима је сматрана као свршен доказ, што значи да није било више потребно даље доказивање.²³

Клетвеници су имали двострану доказну функцију. У неким случајевима они су потврђивали изјаву једне од странака, а у другом они су износили самостални исказ о спорним чињеницама. Први случајеви су били доста ретки, а Душанов законик говори на само једном месту о томе (чл. 160), када изјава клеветника служи као оправдање за оптуженог. Оно што треба посебно нагласити јесте то да се у таквим случајевима исказ поротника мора поклапати са исказом оштећеног, да би се сматрао као пресудно доказно средство. Они дакле не поступају самостално већ као помагачи тужиоца или туженог.

Подаци о клетвеницима су се највише сачували у манастирским хрисовуљама. Из тих података се види да су се клетвеници највише употребљавали у вези са споровима око својине, земљишта и одређивања граница. Пошто је примена клетвеника била тако честа у овим споровима, то се и озаконило у Душановом законнику, па тако чл. 80 каже: *О међи сеоској: За међе сеоске, да обоје, који траже, даду сведоке, он половину, а он половину, по закону; куда рекну сведоци, његово да је.* У парницама поводом граница, својине земљишта и процењивања нанете штете попашом, клетвеници су износили самосталну изјаву о предмету спора. У том случају клетвеници нису оправдавали странку, већ су давали самостални исказ који се касније намеће странкама. Из овог члана се јасно сагледава да су изјаве клет-

²⁰ Т. Тарановски (2002), 589.

²¹ У смислу да су они говорили по души.

²² Израз „сведоци“ се помиње у Дечанској хрисовуљи из 1330. године и Другој Аранђеловској хрисовуљи из 1353. године, вид. Т. Тарановски (2002), 590.

²³ Т. Тарановски (2002), 588.

веника од пресудног значаја и да је потпуно ирелевантно шта су изјавиле странке.

Клетвеници се нису употребљавали само у овим случајевима. Тако Скопска хрисовуља из 1300. године спомиње поротнике као општу институцију која није била везана за одређена питања. Душанов законик такође помиње пороту као опште доказно средство за повлашћени сталеж, чији се припадници служе поротом, а себри у истом случају морају да *роне руке у котао*.²⁴

У неким случајевима Душанов законик даје клетвеницима својство нарочитог и искључивог доказног средства, па се на основу изјаве клетвеника одређује вредност нанесене штете. Тако чл. 76 Душановог законика каже: *За попашу: А ко попасе жито, или виноград, или ливаду, грешком, ту попашу да плати што рекну душевници, који процењују, аколи намерно попасе, да плати попашу и шест волова.*

Клетвеници су били нарочито значајни у споровима о својини на покретним стварима прибављеним у иностранству.²⁵

2. 4. Заклетва после слома средњовековне српске државе

После слома средњовековне српске државе, у Србији се и даље задржала заклетва као доказно средство. Њоме се могао прибавити потпун доказ о кривици неког лица. Заклетву је по правилу полагао оптужени.²⁶ Споразумом се решавало питање која ће се странка заклетити, а ако се нису могли договорити, то би решавао суд и то коцком.²⁷ Полагању заклетве предходило је споразумевање странака о месту на коме ће се извршити заклињање. Заклетва се обично полагала на плугу, камену, у цркви или манастиру или касније у суду. Заклетва се увек састојала од изговарања неке унапред прописане формуле.²⁸

Код заклињања на плугу, страна која се заклиње, стављала би руку на со и хлеб који су постављали на плуг и рекла би: „Ако није

²⁴ Чл. 106 Душановог законика: *О дворанима: Дворани властeosки, ако учини које зло ко од њих, ко буде проијаревић, да га оправда очина дружина поротом, аколи је себар, да захвати у котао.*

²⁵ Вид. чл. 132 Душановог законика.

²⁶ А. С. Јовановић, *Доказна средства у нашем старом казненом законарству*, Београд 1898, 12

²⁷ А. С. Јовановић, *Приноси за историју старог српског права*, Београд 1900, 45

²⁸ Те формуле нису биле свуда исте, већ су се разликовале од краја до краја. Такође су се разликовале и од поступка заклињања и места изговарања заклетве. Честе су биле заклетве са помињањем светаца, а нарочито Светог Петра и Василија Острошког. А. С. Јовановић (1900), 39.

*тако, као што сам показао, тако ми Бог не помогао, а хлеб и плуг издали ме*²⁹.

Заклетва на камену води порекло од прастарих обичаја, а налазимо је и у старим приморским песмама.³⁰ Углавном се вршила тако што би лице које се заклиње стајало ногама на камену и загрлило сув јавор, па би се потом клео да му ноге остану на студеном мрамору, а руке на сувом јавору.³¹ Чак се и после ослобођења у судницама налазио камен на столу поред крста и Јеванђеља, јер се веровало да ће се лицу које се заклиње окаменити срце ако се лажно закуне.

Најозбиљније заклетве су полагане у манастирима на моштима и ћивоту светаца. Оне су полагане пред старешином и братијом манастира и пред сељанима из најближе околине.³²

Ако би у неком случају било евентуално више оптужених који су живели у једној кући и били у блиском сродству, онда би једно лице, а обично је то био старешина куће, полагао заклетву.

Они који су били нечисте савести, подметали су под своја стопала ноге од кокошке, пловке или друге пернате животиње, мислећи да ће тако преварити Бога. Такође се сматрало да ће да стигне проклетство онога ко се криво закуне, сем у случају да је лажно заклињање последица неких врло неизбежних околности.³³

Развитком државе, нерационалност заклетве се све више увиђала, па се постепено избацивала из доказног система, најпре тако што

²⁹ А. С. Јовановић (1900), 36

³⁰ Да би скинуо сумњу љубоморног брата Стјепана, Митар Јакшић у народној песми притискује грудима о студени мрамор, рукама обухвата дрво јаворово и заклиње се овако: *Ако сам ти брате љубио венчану љубовцу, да Бог-да ми срдашце устинуло кано мрамор студени, а руке ми усахле кано јавор суво дрво*, А. С. Јовановић (1900), 36–37.

³¹ Јаворово дрво има посебну симболику у нашој претхришћанској религији. Срби су имали посебан култ дрвећа и биљака, међу којима су највише обожавали липу, леску, босиљак, јавор, итд. Јавор је био повезан са култом предака, па су се и мртвачки сандуци правили од јаворовине. Такође су се и гусле, које представљају српски национални инструмент, уз које су се певале епске песме о јуначким прецима Срба, правиле од јаворовине.

³² Ево једне заклетве која је забележена у Црној Гори: *Тако ти овог животвораштег крста, који претвара небо и земљу, ако ишта знаш за ову работу, немој се заклетти лукаво. А од суда ти неће бити потере никакве, ни глобе; а ови коме си учинио ову работу за коју те куне, неће ни он више узети, него разлогом што рече суд. Немој се нипошто заклетти лукаво, ако ишта знаш за ову работу – тако ти не погинуо траг по трагу; тако ти иљеме не плануло на долину; тако ти људска губа не уљегла у кућу; тако ти не погинуо род у баштину; тако те не изјела живина; тако се не разгуба; тако те не изјела вукоједина, да се свка васељена од тебе заклиње; и тако ти не погинуо рад у земљу, плод људски и скотски*, А. С. Јовановић (1900), 39.

³³ О томе говори и народна песма *Марко Краљевић и кћи краља арапскога*, В. С. Караџић, *Српске народне пјесме*, Београд 1985, 270–272.

се употребљавала само као крајње доказно средство у недостатку других. Заклетва као доказно средство је прећутно укинута у Србији доказним правилима из 1842. године. Међутим, судови су, не разумејући ту прећутну забрану, и даље користили заклетву, што је проузроковало изричиту забрану употребе заклетве расписом Апелационог суда од 16. септембра 1844. године.³⁴

У Црној Гори заклетва се нешто дуже задржала, о чему говори и чл. 87 Законика књаза Данила из 1855. године: *Најпослије остаје да један и други нађу за себе четир поштена чоeka, који ће се заклетти; који ли узима више поштеније људи, да се за њега закуну, онај добија разлог и правицу.*³⁵

2.5. Јамчење

Јамчење, које се користило за време турске владавине и после ослобођења од Турака, нема везе са јемством у данашњем смислу речи. Њему се прибегавало када би преступник био непознат. Тада би власт окупила сељане на месту извршења кривичног дела, који би јамчили један за другог да нису преступници. Ако би сви нашли јемца, преступник би и даље остао непознат, па би село плаћало глобу. У супротном, ако неко не би нашао јемца, био би сумњив, па би од њега кренула истрага. Јамчење у првој фази нема карактер доказног средства, већ се појављује само као припремна радња власти, да се почне истраживање од одређеног лица. Снагу доказног средства јамчење има тек на суду, заузимањем за оптужено лице, што има сличности са клетвеницима и душевницима у средњовековном српском праву.³⁶

Да се јамчење често користило говори и наша народна песма *Мајстор Манојло*: „Изгуби се пашина јабука/У Будиму граду бијеломе/пушта Паша лаког телала/телал виче по Будиму граду/да се јадан за другога јамчи/за којега јемац не изиде/хоће њега паша погубити“.³⁷

3. БОЖЈИ СУД

Божји суд представља типично ирационално доказно средство, а састоји се у томе што се оптужени подвргава нарочито опасним радњама по његов живот и тело, па ако те експерименте прође неповређен, сматрало се да је невин. У основи божјег суда лежи веро-

³⁴ Б. Марковић (1908), 87

³⁵ В. Д. Јовићевић, *Данилов законик снага државе*, Подгорица 1994, 29.

³⁶ А. С. Јовановић (1900), 48.

³⁷ В. С. Карацић, 231–235.

вање да ће сам Бог интервенисати у испитивању кривице и да неће дозволити да праведно и невино лице страда.³⁸

Божји суд познају готово сви народи старог и средњег века, осим Атине (па и целе старе Грчке) и Рима. Примењивао се у недостатку других доказних средстава (а код најтежих кривичних дела је било једино доказно средство). Лица без правне способности и лица која нису могла да се користе заклетвом (јер им се није веровало), била су упућена на ово доказно средство.³⁹ Божји суд има неколико облика, а најпознатији су *котао*, *железо*, *суд хладне воде* и *двобој*. Поред наведених, који су се најчешће примењивали, правна историја познаје и друга, која су забележена код Германа, што не значи да се њима нису користили и други народи. Она се такође заснивају на уверењу да ће Бог реаговати у датим околностима и да неће дозволити да невино лице страда или да поклекне мукама. Забележено је да се оптуженом стављао у уста комад хлеба или сира одређене величине (*iudicium panis et casei* – суд хлебом и сиром), а он је требало тај комад да прогута без тешкоћа како би се оправдао. Такође, некад су се супротстављене стране такмичиле која ће дуже да издржи испред крста са раширеним рукама (*iudicium crucis* – суд крста). Странка која би дуже издржала сматрала би се у праву.⁴⁰

3.1. Котао

Котао или суд вреле воде (*iudicium aquae ferventis*) се састојао у томе што се у пун котао узвреле воде стави комад гвожђа или камен, а оптужени је требало да их, засукавши рукаве, голим рукама извади. Ако се том приликом опече, важило је да је крив за учињено кривично дело. У супротном се ослобађао од одговорности.⁴¹

Код Срба, котао постепено застарева у XIV веку. То сведоче Скопска хрисовуља из 1300. године, Хрисовуља из 1350. године цркви Анагноста Драгоја, Хиландарска хрисовуља из 1328. године, као и две хиландарске хрисовуље из 1355. године. Све говоре о укидању котла као доказног средства у црквеним патримонијалним судовима. Међутим, Душанов законик одржава га у државним, тј. световним судовима,⁴² учвршћује га, наглашава његову пресудну снагу и да се

³⁸ Т. Тарановски (2002), 583.

³⁹ R. Bartlett, 26–28.

⁴⁰ Ове и сличне установе су нарочито честе код Германа, в. више С. Аврамовић, В. Станимировић, 211.

⁴¹ Т. Тарановски (2002), 584; Б. Марковић (1908), 69.

⁴² Судско уређење у средњовековном српском праву је било доста разуђено и сложено. Постојале су различите врсте судова и није постојало једнообразно устројство. Најважнији судови су били патримонијални, црквени, државни, градски, владаочев суд и станак. Патримонијални суд је постојао у два облика, као суд све-

операција котлом извршава бесплатно. При том ограничава његову примену само на себре, јер им се није довољно веровало да би се користили заклетвом. Тако чл. 84. Душановог законика гласи: *О котлу: Суда да нема за котао, нити икаква оправдања, ко се оправдао да не даје судијама оправдања; на суду да нема руке ни оправдања, ни удаве, само да се суде по закону*“. А чл. 106 наводи: *„О дворанима: Дворани властеоски, ако учини које зло ко од њих, ко буде про- нијаревии, да га оправда очина дружина поротом, аколи је себар, да захвати у котао. Аранђеловска хрисовуља из 1348. године укида примену котла само за мешовите парнице црквених људи са жупљанима, а за међусобне парнице црквених људи одржава га. Овај засебан став Аранђеловске хрисовуље се објашњава тиме што су се у Аранђеловском властелинству чували и други закони који су важили у Србији, а да је укидање у Скопској и Хиландарској хрисовуљи изазвано грчким утицајем. Божји суд се примењивао и у Византији, али изгледа тек када прихватила „ордалије“ са Запада у XIII веку, за време Латинског царства.⁴³*

Због недостатака изворних података, не може се тачно рећи у којим случајевима се код Срба котао примењивао, али је засигурно био у широкој употреби, јер се није користио само за нека дела, како је то експлицитно наведено за железно. Не може се са пуном тачношћу тврдити ни да се котао примењивао само за кривична дела, јер се у суседној Угарској испитивање врелом водом употребљавало и у грађанским парницама, о чему јасно говори Вараждински регистар (*Regestrum Varadiense*).⁴⁴

3.2. Мазија

Испитивање божјим судом се међу Србима примењивало и у време Турака, а било је познато под називом *мазија*. Мазија је подразумевала спајање два доказна средства: котла и железа, па је оптужени имао да извади из вреле воде усијано гвожђе. Мазија се често примењивала, а задржала се и по ослобођењу од турске власти, па је тако Карађорђе осудио извесног Милутина Гарашанина да вади ма-

товног властелина и црквени суд који је судио људима који су насељавали црквена имања. О судском уређењу у том периоду вид. Д. Јевтић, Д. Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2003, 64–66.

⁴³ Т. Тарановски (2002), 585.

⁴⁴ Детаљније о котлу вид. Т. Тарановски (2002), 584–586; Б. Марковић (1908), 69–70. Вараждински регистар је први пут објављен 1550. године под насловом *Ritus explorandae veritatis quo Hungarica natio in dirimendis controversiis ante annos trecentos et quadringenta usa est, et eius testimonia plurima in sacrario summi templi Varadien. Reperta*, а односио се на XIII век, Т. Тарановски, „Неки нови прилози за историју словенских права“, *Архив за правне и друштвене науке* 37/1930, 150.

зију због попаљених сена.⁴⁵ Мазија се употребљавала и у Црној Гори, а њиме су се најчешће оправдавале жене за браколомство и удовице за рђав глас.⁴⁶ Такође, мазија се употребљавала и у Херцеговини, како код муслимана тако и код православаца, што говори да је тај обичај био народни, и да је надилазио религије. Вађење мазије у Херцеговини је пратила и молитва Богу или клањање Алаху у зависности од вере. У узаврелу воду се обично стављала усијана секира или потковица. Пре него што је оптужени зарањао руке у врелу воду, полагао је заклетву.⁴⁷ Потом што брже може захвати руке у котао, ухвати мазију и хитро је избаци на траву. Ако остане неповређен, тужилац би га замолио за опроштај. Иначе, тужилац, док се вади мазија, не сме стајати близу, како не би нешто бацио у воду и како га не би попрскала врела вода. Мазија се често употребљавала у случају крађе, паљевине, убиства, итд. Она се примењивала пошто тужилац није могао да нађе сведоке. Он је понекад оптуживао и цело једно село, што је проузроковало и вађење мазије од стране свих сељана. Оптужена лица нису избегавала мазију, јер су били спремнији на тај подухват како би се оправдали, дакле да не носе сумњу за крађу или убиство.⁴⁸

3.3. Железо

Железо се као доказно средство највише примењивало код Словена и Германа. И данас се облици железа примењују у неким афричким племенима која су на ступњу првобитне заједнице. Састојао се у томе што би се оптужено лице жарило усијаним гвожђем на различите делове тела, па би се потом гледало за колико ће времена рана да му зарасте и колико се опекао.

Железо је имало два облика: ручно железо (*iudicium candentis ferri manualis*) и усијани раоник. Испитивањем усијаним раоником (*iudicium vomerum*) се састојало у томе што је оптужени морао да

⁴⁵ А. С. Јовановић, (1898), 2–3.

⁴⁶ Мазија је била правдајући доказ и обично се користила када се истина неке тврдње није могла доказати ни на који други начин. Успешно правдање мазијом забележено у Васојевићима 1875. године. О томе вид. више П. Ђ. Стојановић, *Настајање савременог права у Црној Гори 1850 – 1900*, Титоград 1991, 82.

⁴⁷ Једна од таквих заклетви изгледа овако: *О водо! Тако ти свевишега, свезнајућег и свемогућег Бога, који је створио небо над нама, и све звијезде по небу; а пред њима сјајно, жарко сунце, које грије земљу, коју је сами Господ Бог створио! Тако ти земаљскијех њедара из којих си и ти изашла! Тако ти светога Јована, који је крстио Христа на води Јордану; и тако ти светога оца Николаја чудотворца којег се све воде боје, ако сам прав стани! Немој врати! Немој ме ожећи! А ако сам крив, узаврио стотруко! Сажежи ми руку до рамена, да се браћа уклањају од мене као од губавца! Амин!*, А. С. Јовановић (1900), 13.

⁴⁸ А. С. Јовановић (1900), 13–14.

стане на усијани раоник за своје оправдање. Примена овог доказног средства није била позната у нашем праву.⁴⁹

Испитивање ручним железом, код нас се састојало у томе што се пред вратима цркве усија на ватри железо, тј. комад гвожђа, а оптуженик је био дужан да дигне то железо из ватре и да га положи на свету трпезу. Ако се оптуженик не би опекао, не би био крив и даље се не би смео окривљивати. Душанов законик тачно одређује за која се дела примењује железо, за разбојништво (гусу) и крађу (татбу),⁵⁰ и примењивало се кад није било „обличенија“, тако да је оно било супсидијарно доказно средство.

3.4. Суд хладне воде

Суд хладне воде представља облик божјег суда, а састојао се у томе што се дало води да одлучи да ли је неко крив или не. Вероватно потиче од тога што су се у првобитним религијама реке сматрале као свете, јер је од њих у највишој мери зависио живот људи (Тигар, Еуфрат, Нил, Дунав, итд.). Суд хладне воде (*iudicium aquae frigidae*) је имао два облика: „брођење“ и бацање у хладну воду.

Код доказног средства брођења, тужилац је требало да загази у воду, а три корака иза њега је ишао оптужени. Поступак се одвијао тако да су у том растојању обојица требало да преброде реку. Ако тужилац потоне, оптужени се враћао потпуно оправдан, као и кад обојица преброде реку. Ако оптужени потоне, губи и парницу и главу.⁵¹

Бацање у хладну воду је било карактеристично за семитске народе у старом веку, а такође се дуго задржало и код Словена и Германа. Код већине семитских народа, а касније и код Словена и Германа, оно се другачије примењивало него код Вавилонца. Наиме, већина Семита је оптуженика бацала у воду, па ако би он потонуо сматрао би се невиним. Насупрот њима, Вавилонци су сматрали да у воду бачен човек, ако је невин, остаје на површини воде, а ако је крив, потонуће. У основи првог облика бацања у хладну воду је лежало веровање да кривац неће потонути, тј. да рђавог човека ни вода не прима.⁵² Хамурабијев законик јасно говори о схватању Вавилонца у погледу бацања у воду. Тако чл. 2. говори: *Ако неко другоме пребацаи враџбине, али то не може да докаже, и онај, коме је враџбина пре-*

⁴⁹ *Ibid.*, 12.

⁵⁰ Чл. 150 Душановог законика: *О лопову: И ако ко потера судом разбојника и лопова, а не буде доказа, да им је оправдање железом, што је одредило царство ми, да га узимају на вратима црквеним из огња, и да га постави на светој трпези.*

⁵¹ А. С. Јовановић (1900), 10.

⁵² С. Аврамовић, В. Станимировић, 81.

*бачена, оде на реку, скочи у реку; ако га река узме, ко га је окривио узеће његову кућу. Али ако река покаже да је невин и он плива, онај који му је пребацио враџбине да се убије, онај који је скочио у реку узеће кућу свог обедиоца.*⁵³

Ово доказно средство је примењивао и Карађорђе према женама на које је пала сумња да су вештице, у време „море“ или „дечије редње“. У том случају, Карађорђеви момци би скинули одећу женама и обавили их конопцима, па их потом бацили у воду. Пошто су све потонуле, брзо су их извадили, а њихово тоњење је било доказ да нису вештице.⁵⁴

3.5. Судски двобој

Судски двобој (*iudicium duelli*) такође представља облик бојјег суда, а његов основ је веровање да ће праведнија страна дуже издржати или победити у двобоју. Као и сва друга ирационална доказна средства, судски двобој је уско повезан са религијским уверењима.⁵⁵ У таквим друштвеним и религијским околностима, праведан човек би при веровању да Бог штити праведне, добијао јако надахнуће и велику унутрашњу снагу, која би му давала моћ да докаже да је невин.

Судски двобој је наилазио на широку употребу у германским племенима. Законници Бавараца, Ломбарда и Саксонаца помињу судски двобој, а многи извори показују да судски двобој примењивао и код Франака без обзира што га Салијски законик не помиње. На простору Енглеске нема извора о примењивању судског двобоја пре освајања Нормана.⁵⁶

Двобој се састојао у томе што се, у недостатку других доказа, остављало оружју да реши ко има право или не. Он се вршио до победе једне стране или до заласка сунца.⁵⁷ На њега се могао позвати и оптужени и тужилац, а тврђење оног ко је у борби подлегао се смат-

⁵³ Љ.Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд 1977, 35.

⁵⁴ А. С. Јовановић (1898), 3. Касније је Карађорђе забранио прогон вештица. Детаљније о томе вид. А. С. Јовановић (1900), 11.

⁵⁵ То се најбоље види на примеру Старог завета. Наиме, читав религиозни живот Јевреја се састојао у испуњавању уговора који су они склопили са Богом. Ако би се тај уговор прекршио дошло би до кажњавања народа од стране непријатеља, нешто слично као судски двобој. Тако је и повод за рушење Јерусалима било кршење уговора између Израела и Асирије. Вид. F. Ch. Fensham, „Ordeal by Battle in the Ancient Near East and the Old Testament“, *Studi in Onore di Edoardo Volterra*, VI, Milano 1971.

⁵⁶ R. Bartlett, 103.

⁵⁷ С. Аврамовић (2004), 216.

рало неистинитим. Двобој се морао лично вршити, а само изузетно се допуштала замена, па је жену могао да замени муж а децу отац.

На Западу је двобој био у нарочитој употреби код властеле, нарочито у случајевима „издаје Господара“.⁵⁸ Занимиво је то што се двобој није примењивао само код странака у спору, већ је могао да се примени и на сведоке или на треће лице. Такође, постојала су и правила о томе ко све може да прибегне судском двобоју. Слуге и неслободни људи нису могли да изазивају на двобој остале, а у Немачкој витезови су морали да докажу и своје витешко порекло да би се упустили у двобој.⁵⁹ У неким земљама су од двобоја били искључени сељаци и жене, а у старом чешком праву није било разликовања по сталежима и половима, па су и жене могле да се користе двобојем како би добиле задовољење за убиство неког блиског лица, мужа или сродника.⁶⁰ Двобоју је претходила заклетва, коју је најпре полагао тужилац о постојању штете или кривице, а затим оптужени за доказ своје невиности. Потом су се тукли користећи мачеве и штитове. Ако је питање спора било убиство или телесна повреда, двобој је вршен мачем, а код увреде као и кад је један од бораца странац, двобој је вршен батином. На западу је судски двобој пратио свештеник.⁶¹

Стојан Новаковић је сматрао да се судски двобој употребљавао и у средњовековној српској држави, па га је Душанов законик укинуо као редовни доказ, а оставио да се примењује за војнике кад су на походу. До таквог закључка Новаковић је дошао тумачењем речи „узданије“ из чл. 102 Новаковић такође сматра да се према Душановом законуку спор између два војника завршавао двобојем, под забраном да нико не помаже ни једном ни другом борцу. Међутим, Тарановски одбацује овакав закључак и сматра да се овде није радило о судском двобоју, већ о вансудском. Да је то био судски двобој, не би било потребно изричито стављати ограничење, јер се он вршио пред судом где је свакако забрањена свака врста мешања у спор. Ограничење је било сасвим оправдано, јер је то био вансудски двобој који се најчешће завршавао са покољем великог броја људи.⁶²

Решавање спора двобојем се дуго задржало у нашем народу, што говори и Карађорђево предлог Петру Добрњцу и Миленку Стојковићу да своје размирице реше двобојем. Такође, двобој се употребљавао и код Албанаца.⁶³ У Русији се такође употребљавао и пре

⁵⁸ R. Bartlett, 107 и даље.

⁵⁹ *Ibid.*, 109–110.

⁶⁰ А. С. Јовановић (1900), 14.

⁶¹ А. С. Јовановић (1900), 15.

⁶² Т. Тарановски (2002), 586.

⁶³ А. С. Јовановић (1900), 16.

Руске правде и после, мада се у њој изричито не помиње.⁶⁴ Касније је дбобој изгубио судско значење и постао опште средство личног задовољења у одбрани части.

4. ИРАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА У ПРОЦЕСИМА ПРОТИВ ВЕШТИЦА

У сваком народу постојало је схватање да појединци поседују неку тајанствену моћ која превазилази реалне људске могућности. То су били разни врач и чаробњаци који су, користећи магију, углавном прорицали будућност.⁶⁵ У почетку се забрањивало само чаробњаштво које је било уперено на нечију штету, док се предвиђање будућности у државне сврхе толерисало. И сами Римљани су у те сврхе користили свештенике *augure*, који су ослушкивали звук птице, и на основу тога предвиђали шта треба урадити.⁶⁶ Политеистичке религије су имале негативан став само према штетном чаробњаштву, док су предвиђање у корисне сврхе одобравали. Насупрот њима, монотеистичке религије су имале у потпуности негативан став према магији, јер су је сматрале отпадништвом од вере.⁶⁷ Тако је под утицајем католичке цркве покренут стравичан прогон такозваних вештица у Западној Европи, упоредо са прогоном јеретика. Сматрало се да чаробњаштво представља један посебан уговор са ђаволом, који може бити изричит – *pactum expressum*, или прећутан – *pactum tacitum*, на основу којег човек добија извесну моћ, а ђаво да га човек слави као божанство.⁶⁸ На терет чаробњака се обично стављало то да претварају људе у животиње, да лете на метли, магарцу и јарцу, како би ишли на тајне састанке, да изазивају полну немоћ, итд.

Суд хладне воде се примењивао у процесима против вештица у Западној Европи. Он се вршио на уобичајен начин, оптужени би се превезивао и бацао у воду, па ако би потонуо, брзо би се извадио и сматрао би се као невин, у супротном, ако не потоне, сматрао би се као чаробњак или вештица. Пошто је примена оваквог средства углавном водила до позитивних резултата по оптуженог, католички ин-

⁶⁴ Т. Тарановски (2002), 587.

⁶⁵ Реч „магија“ потиче од племена Маги, који су живели у Медији (данашњи Иран). Они су били познати по томе да су имали доста врачара и свештеника који су путовали и обилазили друге земље предвиђајући будућност. Вид. више Vladimir Bayer, *Ugovor s đavлом*, Zagreb 1982, 23.

⁶⁶ V. Bayer, 27.

⁶⁷ Стари завет говори о томе: „Вештицу нећеш остављати да живи“, *Изразак* 22, 18, док се у Новом завету о томе говори у Павловој *Посланици Галатима* 5, 20 и *Откровењу*, 21, 8.

⁶⁸ V. Bayer, 56.

квизитори су увидели његову непрактичност, па су почели да после суда хладне воде примењују тортуру.⁶⁹ Такође, забележени су и неки примери кад оптужени није потонуо, што се приписује вештим и лукавим намештаљкама од стране инквизитора, а неке жене нису могле да потону и због велике одеће у којима се задржавао ваздух.⁷⁰

Схватање код суда хладне воде било је да вештице не прима ни вода. То се даље повезало са једном од делатности вештица, са њиховим летом на метли, магарцу или јарцу, чиме су оне ишле на своје састанке (*sabbath*). Из тога се изводио закључак да су вештице необично лаке, што је увело једно ново доказно средство – „вагање“. Вагање вештица, тј. мерење тежине појединих жена, било је посебно заступљено у Холандији и Мађарској. И овде су се примењивали разни трикови како би резултат вагања био негативан по оптужену, тј. како би и крупније жене имале необично малу тежину. Једна таква вага која је била намештена да показује мању тежину чува се и данас у Холандији.⁷¹ Примену оваквог доказног средства против вештица налазимо и у хрватским изворима.⁷²

Оглед са сузама представља доказно средство које је први пут уведено у поступцима против вештица. Њега су препоручивали сви велики заступници прогона вештица, јер је оно било најбоље средство за доказивање чаробњаштва. Оглед се вршио тако што судија или свештеник ставља руку на главу оптуженој, која пред њим стоји или се налази пред мучилима. При том је изговарао овакву формулу: *Заклињем те горким сузама, што их је на крсту пролио наш Спаситељ и господин Исус Христос за спасење света и највредијим сузама преславне девице, његове мајке, што их је увече пролила над његовим ранама и сузама што су их на овој свету пролили сви свеци и одабраници божији са чијих је очију сада Бог отро сваку сузу, да пролијеш сузе ако си недужна. Ако си крива, да никако не пролијеш. У име оца и сина и светог духа амин!*⁷³ Из поменуте заклетве се види да ће оптужена бити крива ако не заплаче, јер се сматрало да је ђаво спречава да се не покаје. А пошто је плакање физиолошки процес који не зависи од наше воље, у пракси је овај оглед доводио до погубљења великог броја жена, оптужених за чаробњаштво.⁷⁴

Оглед са иглом такође представља доказно средство које је први пут уведено у поступцима против вештица. Наиме, пошто се

⁶⁹ *Ibid.*, 174.

⁷⁰ V. Bayer, 269.

⁷¹ *Ibid.*, 175.

⁷² *Ibid.*, 723.

⁷³ *Ibid.*, 176.

⁷⁴ *Ibid.*, 176.

чаробњаштво сматрало као уговор са ђаволом, претпостављало се да је тај уговор представљен неким белегом на човечјем телу чиме ђаво обележава своје људе. Такође се сматрало да је човек на том делу тела неосетљив, па се оглед са иглом састојао у томе што се човек на месту белега убада иглом. Ако после убода потече крв, као кад би уболи други незаштићени део тела, сматрало се да није чаробњак или вештица. У супротном, ако не потече крв, сматрало се да је то потпун доказ о његовом чаробњаштву.⁷⁵

У почетку се у поступцима против вештица и чаробњака користила и заклетва са одређеним бројем помагача, али ово доказно средство није довело до прогона вештица, па је убрзо и превазиђено.⁷⁶

Судски двобој као врста божјег суда се исто само у почетку примењивао. Као пример примене овог доказног средства можемо поменути један случај из 1028. године, када се тешко разболео гроф у Аквитанији *Guillaume d'Angouleme*. Као разлог његове болести, људи су видели чарање од стране једне жене осумњичене за чаробњаштво. Тадашњи суд је одлучио да се спор реши судским двобојем (*iudicium pignae*). Пошто је оптужена била жена, она је била принуђена да постави неког борца уместо ње. Борба се завршила а борац оптужене није пао, што је значило да је невина.⁷⁷

Поменута ирационална доказна средства су се брзо заборавила, јер нису могла да оправдају велики прогон вештица, а уместо њих се све више примењивала тортура, као начин да се добије признање, које се сматрало краљицом доказа (*regina probationem*).

5. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Правни систем, као један део свеобухватне друштвене сфере, никако не може бити раздвојен од времена, места, културе и менталитета народа у коме се примењује. Он и настаје из потребе људи за бољим функционисањем заједнице у којој живе, па се отуд не може одвојено посматрати од читавог друштвеног и културног миљеа, већ он у највећој мери зависи од њега. Данашњи човек не носи у себи толику дозу религиозности као онај из древних времена, а и критеријуми части, поштења и морала су се у многоструком променили, па му стога древни правни институти делују тако превазиђено и неподобно.

⁷⁵ V. Bayer, 153.

⁷⁶ *Ibid.*, 70.

⁷⁷ *Ibid.*, 74–75.

Ипак, можемо ли само зато што је данашње право савременије, потцењивати доказни систем старог и средњег века? Мада судски двобој представља примитиван начин решавања спорова, он је тада одговарао потребама и свести таквог човека, који је живео верујући да ће божанство интервенисати и спасити га од оптужби. Уосталом, да ли ико може ишта постићи ако нема довољну психичку снагу? Данас та психичка снага долази од мотива различите врсте, али је у прошлости она у већој мери долазила из веровања да ће Бог заштитити праведне (које уверење, дакако, постоји и данас код великог броја људи). При таквој свести, дубоко религиозни човек доживљава екстазу која утиче на сва ткива и делује као врста анестезије, што му је помагало да издржи и највеће напоре. Ако још имамо у виду да је постојала и читава казуистичка теорија о томе који је степен опеко-тине довољан за осуду, а који не, уочићемо да је пракса божјег суда била веома софистицирана.⁷⁸ Сигурно је и то да заклетва као доказно средство изгледа превазиђено у данашњој цивилизацији, али је исто тако чињеница да јој још увек прибегава велики број савремених, развијених правних система (од англосаксонског, до нашег, који је недавно увео ту могућност). Додуше, она се данас јавља увек и само у форми промисорне заклетве. То доказно средство је, пак, у прошлости вршило своју функцију и то врло добро, јер су се људи искрено плашили својих божанстава и били уверени да је од криво-клетства могла бити већа штета него корист. Још ако се има у виду да је најделотворнија санкција грижа савести, лако је схватити зашто се заклетва толико дуго задржала у употреби.

Имајући у виду и то да су људи живели у много мањим заједницама где се све брзо сазна, извесно је да су заклетва, као и друга тзв. ирационална средства, у таквом социјалном и културном миљеу, вршили сасвим добро функцију доказног средства. Имајући све то у виду, стиче се утисак да су нека ирационална доказна средства (изузимајући „огледе“ у процесима против вештица, суд хладне воде, итд.) била прилично рационално, у најмању руку ефикасно средство. Уосталом, можда ће данашњи доказни систем неке, након више стотина година, изгледати ирационално и можда ће данашња рационалност сутра представљати ирационалност – на пример, уколико једног дана полиграф постане пресудно доказно средство. И, најзад, ако је председник једне од најмоћнијих савремених држава приликом увођења у функцију недавно полагао заклетву, па је још и морао понављати због грешке у форми, остаје отворено важно питање: у којој је мери све оно што се обично у правној историји и теорији квалификује ирационалним, можда ипак много више рационално и антрополошки неопходно, него што би се могло учинити на први поглед.

⁷⁸ Т. Тарановски (2002), 588.

Stojan Micović

Graduate Student

University of Belgrade Faculty of Law

IRRATIONAL EVIDENCE

Summary

The main purpose of this article is to examine the irrational means of evidence known to many of the early legal systems. These types of proofs were predominantly used in ancient and medieval societies, characterized by a strong connection to religion. Therefore, many of the irrational means of evidence rested on the presumption of God's involvement in judiciary proceedings. The presence of God was perceived as crucial to avoiding infliction of pain and suffering to innocent individuals.

The author provides examples of the oaths and other ordalias as pieces of evidence in Serbian medieval and XIX century law. After a careful and methodical analysis, the author concludes that irrational means of evidence occurred in specific social and cultural milieus, and carried out the intended social function properly, by the standards of that time. The presence of oath as an inherently irrational means of evidence in certain contemporary legal systems – such as the formal oath of the American President; shows that irrational evidence is anthropologically intrinsic to many societies, and that it should not be connected solely to the primitive mentality and frame of mind.

Key words: *Oath. – Ordalia. – Serbian Medieval Law.*