

ћином од управних службеника, но који се могу окарактеризирати као специјални управни судови, као напр. дисциплински судови, суци и вијећа за прекршаје, експропријационе комисије. Ту се ради просто о судском акту, иако различном од оног редовног суда, и заводило би само у блудњу, кад би се ту говорило о управном акту у формалном и судском у материјалном смислу.

Да је теорија судског акта у материјалном смислу ушла у точну анализу правних посљедица њеног материјалног акта (а да не бјежи од тога као „ђаво од тамјана“), она би и сама морала увидјети, да се у напријед наведеним случајевима ради о нечем посве другом, него што су њени редовни случајеви акта у материјалном смислу. Конкретно, нешто је посве друго кад се каже, да је кажњавање због дисциплинске неуредности управни акт у формалном, а судски у материјалном смислу, него кад се то исто каже и за кажњавање дисциплинских преступа. Уистину не треба прибјежавати овом амфибијском акту, у првом случају имамо посла с управним, а у другом са судским актом.

*

Теорија судског акта у материјалном смислу нити је успјела да теоретски точно развије ту категорију, а нити да покаже специфичне правне ефекте те категорије. Није ни од какве користи теорији, а у правној пракси доводи само до конфузије. Чини се, да је њен једини стварни задатак, да докаже постојање материјално-функционалне разлике између судова и управе, — а то је премало, да оправда своје постојање.

Проф. Иво Крбек

ОКО КАРАКТЕРА КВАЗИДЕЛИКАТА У РИМСКОМ ПРАВУ

Супротно у посткласичном праву уобичајеној подели облигација на: оне које настају из контракта, оне које настају из деликта и оне који настају *ex variis causarum figuris*(1), у Јустинијановим Институцијама(2) облигације су подељене на четири групе: оне које настају из контракта, оне које настају из квазиконтракта, оне које настају из деликата и оне које настају из квазиделиката. У одељку који говори о облигацијама које настају из квазиделиката(3)

(1) Ову поделу Дигеста (44, 7, 1 пр.) приписују Гајусовом делу *Res cotidianae sive Aureae*. Из тога би излазило да је Гајус у два разна дела дао две разне поделе облигација, јер их је у Институцијама поделио на две групе. Међутим, аутентичност и самог овог Гајусовог дела и наведеног текста оспорена је (v. Arangio — Ruiz: *Mélanges Cornil*, I, стр. 83 до 95, и *Studi Bonfante*, I, стр. 495 и сл.) па је владајуће мишљење да је ова подела облигација на три групе дело посткласичних правника.

(2) J. 3, 13, 2: „Sequens divisio in quatuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio“. В. такође J. 3, 14—4, 6. Интересантно је да у Дигестама ни у титулусу *De obligationibus et actionibus* (D. 44, 7), ни у даљим титулусима који говоре о појединим облигацијама није усвојена подела облигација на четири групе, него је, напротив, (D. 44, 7, 1 пр.) изрично наведена само тобожња Гајусова подела облигација на три групе.

набројана су ова четири случаја: *si iudex litem suam fecerit, actio de delectis vel effusis, actio de positis et suspensis* и *actio adversus nautas caupones stabularios*.

Зашто су писци Јустинијанових Институција издвојили само(4) ове четири пеналне тужбе и створили од њих посебну, четврту, групу облигација, остало је необјашњено у Институцијама, нити се до данас успело наћи задовољавајући одговор на то питање. Међу многим теоријама које су о томе створене, у новије време често се среће мишљење да су то били разлози симетрије(5): писци Институција су издвојили само ове случајеве и створили квазиделикте да би у оба случаја добили број четири или да би тиме створили категорију облигација која би симетрично одговарала категорији квазиконтракта. Иако се број четири врло често среће у Јустинијановим класификацијама(6), иако симетричне класификације имају велика мнемотехничка преимућства (Институције су уџбеник!), ипак се с правом може поставити питање да ли је то случајност и, ако није, шта је Јустинијанова комисија била спремна да жртвује да би постигла ту симетрију, односно да ли ју је постизала и на штету логичности својих класификација. Судећи по томе што се у делима Јустинијанове комисије, па и у самим Институцијама, срећу и многи други бројеви при набрајањима и класификацијама(7), несумњиво је да она није по сваку цену желела постићи симетрију. У сваком случају симетрији као решењу можемо прибећи само онда ако заиста не успемо да нађемо друге разлоге који су руководили комисију при издвајању квазиделиката.

Да ли се могу наћи, да ли су постојали други разлози који су руководили Јустинијанову комисију? Другим речима: у чему су Јустинијанови правници видели сличност и разлику између облигација које настају *ex delicto* и оних које настају *quasi ex delicto*?

Иако се овим питањем бавио релативно мали број писаца, изнето је неколико гледишта. Њихова заједничка карактеристика је у томе што разлоге издвајања ове четири облигације у посебну категорију — квазиделикте — траже у њиховој унутрашњој вези, у њиховој заједничкој особини која их спаја у целину. Они полазе од претпоставке да нека заједничка карактеристика чини од ова четири случаја посебну врсту облигација, која је као целина, због те заједничке карактеристике, издвојена из деликата. Зато су сви њихови напори управљени на то да открију ту заједничку особину квазиделиката.

(3) *Quae quasi ex delicto nascuntur* — J. 4, 5.

(4) Преторских писаних тужби иначе има много а међу њима неколико таквих које су, по мишљењу многих (в. Girard: *Manuel* (7), стр. 673 пр. 1) сличне са ове четири.

(5) В., на пример, Perozzi: *Le obbligazioni romane*, стр. 150—152; Chastaignet: *La notion de quasidélit*. These 1927, стр. 78 и сл.; Giffard: *Précis de droit romain*, II (1934), стр. 223; Хорват: *Римско право*, II (1953), стр. 126.

(6) Тако на пример: има 4 врсте контракта, постоје 4 реална и 4 консенсуална контракта, у Институцијама се помињу само 4 облигације које настају *ex delicto*, постоје 4 врсте легата, облигације се гасе на 4 начина, постоје 4 врсте стипулација итд.

(7) Тако напр.: вербалних и литерарних контракта нема 4, наводи се 7 квазиконтракта (J. 3, 27), наводи се 5 подела тужби (J. 4,6) итд.

1. По транзиционалном схватању(8), које је преко Потијеа ушло и у француски Code civil (art. 1383), ова четири случаја су издвојена из деликата зато што се за одговорност њихових извршилаца не тражи намера да се нанесе штета (dolus) — што је по њиховом мишљењу битна карактеристика деликата, — него непажња (imperitia — culpa). Другим речима: док у свим другим случајевима наношења штете другоме недозвољеном радњом, извршилац одговара само ако је то извршио са намером, у ова четири случаја који су издвојени у квазиделикте, извршилац је одговарао иако је радњу извршио само из непажње.

Анализа одговарајућих текстова и установа говори против овога гледишта: нити је culpa заједничка карактеристика квазиделиката, нити је dolus битни елемент деликата. Једино бродари, гостионичари и власници штала одговарају квазиделиктно за штете нанете гостима само онда „si modo ipsius nullum est maleficio”(9), тј. само за culpa и то culpa in eligendo јер „opera malorum hominum utuntur“. Ако су штету нанели сами или су долозно бирали намештенике, наступиле не квазиделиктна него одговарајућа деликтна одговорност (damnum iniuria datum, rapina итд.). У свим другим случајевима квазиделиката ствар стоји друкчије. У случајевима de deiectionis vel effusis и de positis et suspensis нема никаквог значаја да ли је радња извршена долозно или кулпно: корисник стана ће одговарати квазиделиктно без обзира на то да ли је он сам извршио радњу која је проузроковала штету(10) и да ли је онај који је то учинио делао долозно или кулпно. Сигурност уличног саобраћаја је захтевала да се оштећени или угрожени ослободе обавезе истраживања извршиоца и доказивања његове кривице и да им се омогући најједноставнија заштита(11). Зато је одговорност пребачена на корисника стана, који је дужан да накнади штету без обзира ко је извршилац дела.

Највише тешкоће присталицама овог гледишта прави одговорност судије qui litem suam fecit. Могло би се узети да три већ цитирана текста(12) потврђују њихово гледиште, јер изрично кажу да ће судија одговарати „utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam“. Међутим, Улпијанус(13), супротно томе, тврди да

(8) В. напр. Potier: Obligations, 116; Rotondi: Scritti giuridici, II (Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle theorie bizantine), стр. 386—387, и III (Fonte delle obbligazioni), стр. 492; Sohm: Institutionen, (14 изд.), пар. 86, стр. 578; Czychlarz: Institutionen, (10 изд.), пар. 99, стр. 202; Keller: Röm Zivilproz., No 1083, стр. 277.

(9) J. 4, 5; D. 44, 7, 5, 6.

(10) Овај закључак заснивамо на реченици: „Plerumque ob alterius culpa tenetur aut servi aut liberi“ употребљеној у J. 4, 5, 1 и D. 44, 7, 5, 5. Истицући да у оваквим случајевима корисник стана најчешће одговара за радњу другог, Гајус је истовремено нагласио да то не мора бити увек. Осим тога овде није искључена квазиделиктна одговорност ако је он сам извршилац дела, као што је то урађено у J. 4, 5, 3 и D. 44, 7, 5, 6 за бродаре, гостионичаре и власнике штала.

(11) Да је стварање action de positis et suspensis и actio de effusis vel deiectionis имало првенствено тај циљ може се закључити из чињенице да оштећени није био обавезан да тражи квазиделиктну заштиту. Он је могао по својој вољи употребити и одговарајуће деликтне тужбе (actio legis Aquiliae, actio iniuriarum и др.) али само против непосредног извршиоца радње. Разумљиво је да је најчешће употребљавана квазиделиктна тужба, јер је за тужбоца била једноставнија а доносила му већу накнаду.

(12) J. 4, 5, пр.; D. 44, 7, 5, 4; и D. 50, 13, 6.

(13) D. 5, 1, 15, 1.

„iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem liges sententiam dixerit”(15). Овај Улпианусов фрагмент је изазвао многе дискусије. Неки аутори(15) мисле да се Улпианусов текст односи на специјалан случај који је он хтео изузетно да изузме од деликата и изједначи са судијином одговорношћу за друге грешке. Други(16) сматрају обрнуто (пошто се у фрагменту не каже ништа о томе у коју категорију облигација спада ово дело, него само даје његова дефиниција) да је реч о специјалном случају који је Улпианус хтео да одвоји од других случајева судијине одговорности и уврсти га у деликте. Поред тога што ни једно од ових гледишта није прибавило за себе довољно убедљивих аргумената, она су неприхватљива и због тога што се сукобљавају са чињеницом да не постоји никаква друга тужба сем квазиделиктне којом би странке оштећене долозном радњом судије могле захтевати од њега обештећење. Пошто је судија одговарао за штету коју је причинио странкама немарношћу, несумњиво је, и тим пре, одговарао и за долозно причињену штету. Ако је нормално квазиделиктно одговарао само за *imprudentia*, онда је за *dolus* морао одговарати на други начин. Ако никаква друга тужба не постоји, морамо закључити да је *iudex qui litem suam fecit* одговарао квазиделиктно без обзира да ли је дело извршио долозно или кулпносно. Ако су Аурее инсистирале на *imprudentia*, оне су то могле чинити да истакну да судија одговара и за немарност — израз „*licet per imprudentiam*“ овде значи: „макар из непажње“ или „иако се ради о непажњи“. Откуда пак неслагање Улпијанусова текста и других текстова, видећемо касније.

Из целе ове анализе најмање што се може закључити то је да *culpa* није заједничка карактеристика око које су Јустинијанови правници окупили случајеве које су сврстали у квазиделикте: у многим случајевима могуће је долозно извршење квазиделикта(17).

Што се тиче другог дела ове теорије — да је битна карактеристика деликата *dolus* извршиоца, она је још очигледније неоснована. Још Жирар(18) је указао да ће у многим случајевима предвиђеним у *lex Aquilia* постојати деликт *damnum iniuria datum* иако је радња извршена кулпносно а не долозно. За поткрепљење овога довољно је навести два места из Јустинијанових Институција (4, 3, 3 и 4,3 14(19) и неколико места из Дигеста (9, 2,30, 3; 2,5, 1; 19, 2, 32 пр.)(20).

(14) И даље објашњава: „*Dolo malo autem videtur hoc facere si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes.*”

(15) Lenel: *Edictum perpetuum* (2), стр. 163 и 216; Levy: *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen röm. Recht*, (1915), стр. 49; Cuq: *Manuel*, (2), стр. 590.

(16) Yvonne Chastagniet: *La notion de quasidélit*, Thèse, 1927, стр. 38—39.

(17) Утолико је Киблеров (Kübler: *Die Haftung für Verschulden bei kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1918, стр. 218) закључак тачан да је код квазиделиката кривица извршиоца могућа али није нужна.

(18) Girard: *Manuel*, (7), стр. 673 пр. 2.

(19) J. 4, 3, 3: „... nam aliquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hec lege tenetur; J. 4, 3, 14: „... si dolo aut culpa eius homo... ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno...”

2. По другој теорији(21) квазиделикти обухватају случајеве одговорности за деликтне радње другога. Одговорност за радње другога несумњиво постоји у случају бродара, гостионичара и власника штала. Текстови изрично кажу да ће они одговарати квазиделиктно само онда ако су штету путнику нанели њихови намештеници. Ако је штета нанета њиховом радњом, они ће одговарати деликтно. Сасвим друкчије је у осталим случајевима квазиделиката. Код *actio de positis et suspensis* и *actio de delectis vel effusis*, као што смо напред видели, станар је одговарао квазиделиктно без обзира да ли је радњу извршио он или неко други. Истина, он ће „*plerumque*“ у овим случајевима одговарати за радње „*aut servi aut liberi*“ — у таквим случајевима несумњиво је реч о одговорности за радње другога, али то се дешава само најчешће а не искључиво(22). Према томе, код ове две тужбе одговорност за радње другога је могућа али није неопходна.

Најтеже је ову теорију усвојити за одговорност судије, јер ту очигледно нема одговорности за деликтне радње другога. Киблер(23) је покушао да реши ово питање правећи разлику између „правих“ квазиделиката (у које убраја све квазиделикте изузев одговорности судије)(24) и случаја судије *qui litem suam fecit*, који су Римљани само „из разлога корисности“ сврстали у квазиделикте. Међутим, то је остао само покушај.

3. Најзад, неки аутори(25) виде карактеристику квазиделиката која их је издвојила из деликата у томе што су они створени преторским правом и заштићени преторском *actio in factum*. Чињеница је да су сви квазиделикти заштићени са преторском *actio in factum*, али та чињеница не чини од њих посебну групу облигација, јер *actio in factum* се, с једне стране, употребљавала у многим другим

(20) D. 9, 2, 30, 3: *Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit*; D. 9, 2, 30, 3: *In hoc quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur*; D. 9, 2, 32 pr.: *veluti si culpa et non dolo damnum daretur*.

(21) Demangeat: *Cours de droit romain*, II, стр. 416—417; Kübler: *op. cit.* стр. 218; Fritz Schulz: *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, *Grünhuts Zeitschrift*, 38 (1911), стр. 9—54; Buckland: *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian* (2) 1950, стр. 599.

(22) Да би избегаво ову примедбу, Fr. Schulz (*op. cit.*, стр. 49) позива се на Pernice-a који је изразио сумњу (Labeo 2, 2, 1, стр. 50, пр. 5) да је реч „*plerumque*“ интерполирана. Ако би ова сумња била основана, онда би заиста из преосталог текста излазило да се две тужбе о којима је реч могу употребити само онда ако се власник позива на одговорност за радње других лица. Међутим, та сумња није ничим поткрепљена. Напротив, из саме природе ових тужби и разлога због којих су уведене произилази да реч *plerumque* није сувишна. Уосталом на овом месту нас не интересује како је било у класичном праву — важно је да су Јустинијанови правници осетили потребу да ту реч оставе или уметну.

(23) Фр. Шулиц није ни расправљао питање карактера квазиделиката него је, расправљајући о одговорности господара за радње својих намештеника, говорио и о одговорности бродара, гостионичара и власника штала и станара за штете које причине њихови намештеници. Пошто квазиделикт *si iudex litem suam fecerit* не могу да изврше намештеници, о њему није ни говорио. Деманжа је такође инсистирао само на прва три случаја.

(24) *Op. cit.*, стр. 223.

(25) Desenne: *Des obligations qui naissent des délits et quasidélits en droit romain et en droit français*, 1874. стр. 6 и 75; Arangio-Ruiz: *Istituzioni di diritto romano*, стр. 345.

случајевима недозвољених радњи које нису у списку квазиделиката(26) а, с друге стране, има деликата (*rapina*)(27) који су несумњиво преторског порекла а заштићени су са *actio in factum*. Прва примедба би се могла отклонити ако се, са Аранђо-Руицем, усвоји(28) да су четири квазиделикта набројана у Институцијама и Дигестама само као „пример квазиделиката“ а не са намером да се наброје сви квазиделикти. Друга се примедба, међутим, не може отклонити, а она је довољна да докаже погрешност овога схватања.

Као што се види, ниједно од предложених решења не може се усвојити. Њихов неуспех је истовремено и неуспех претпоставке од које су она пошла: да је квазиделикте окупила и истовремено искључила из деликата нека њихова заједничка особина. То нам, пак, даје за право да претпоставимо да четири набројана квазиделикта и немају ничега другог заједничког сем да произлазе из недозвољених радњи и да нису сврстани међу деликте. Друге, унутрашње везе између њих нема, нити је она била нужна да Јустинијанови правници начине од њих посебну групу облигација. Довољно је да сваки од њих из неких разлога, који не морају бити заједнички за све њих, није могао бити увршћен међу деликте — самим тим што нису увршћени у деликте они претстављају посебну групу: то су недозвољене радње (као и деликти) које из неких разлога (свака из свог) нису деликти.

Ако се од ове претпоставке пође, онда одговор на питање зашто су Јустинијанови правници створили посебну групу облигација *quae quasi ex delicto nascuntur* треба тражити не у њиховом схватању квазиделиката него у римском схватању деликата а за сваки поједини случај квазиделиката треба истраживати не зашто је сврстан међу квазиделикте, не тражити његове заједничке особине са осталим квазиделиктима, него тражити зашто он није могао бити сврстан међу деликте, односно које битне елементе римског схватања деликата он нема.

Ако овако посматрамо четири Јустинијанова квазиделикта, виђемо да сваки од њих има карактеристике непомирљиве са римским схватањем деликата које су учиниле да они никада нису могли бити сврстани међу деликте и поред тога што проистичу из недозвољених радњи. То је, вероватно, дало повода Јустинијановим правницима да од њих начине посебну групу облигација симетричну квазиконтрактима(29).

1) *Actio de effusis vel deiectis* је установљена, као и *actio de positis et suspensis*, ради заштите пролазника: да би се оштећени пролазник ослободио обавезе да истражује извршиоца и доказује његову кривицу. Притом, корисник стана ће одговарати подједнако без обзира да ли је радњу извршио он или неко од чланова поро-

(26) *Hamp. actio adversus mensorem qui falsum modum dixerit, actio servi corrupti, actio sepulchri violati* и др.

(27) Тако Girard: *Manuel*, (3) стр. 633 пр. 4.

(28) То би се могло можда усвојити с обзиром на чињеницу да на многим местима у Јустинијановим компилацијама набрајања нису исцрпна.

(29) Утолико може бити говора о симетрији: квазиделикти су симетрични квазиконтрактима, али нису створени „из разлога симетрије“.

дице, робова или случајних посетилаца, и без обзира да ли до њега или извршиоца има кривице или не. Баш због тога његова одговорност није могла бити уврштена у деликте. Ево из којих разлога.

Овом одговорношћу су уствари обухваћене две групе случајева: случајеви који су, по речима Дигеста и Институција, најчешћи (обични, *plerumque*) када радњу не изврши корисник стана него он „*ob alterius culpam tenetur*“; и случајеви када је радњу извршио сам корисник. Институције не праве разлику између ова два случаја у погледу одговорности, али, и ако их раздвојимо ни један од њих није могао бити сврстан међу деликте.

Првој групи случајева недостају два од битних елемената римског појма деликта: (1) По римском схватању деликтна одговорност је строго везана за личност (и то физичку личност) извршиоца деликта. Таквог схватања деликтне одговорности, које има порекло у првим почецима римскога права и његовој вези са религијом, иако се током времена ослободило својих примитивних и сурових облика, римско право се није никада потпуно ослободило. Отуда су и робови и лица *allieni iuris doli* сарах — својим деликтним радњама обавезују себе и ту обавезу носе собом мењајући господара или *pater familias*-а, или добијајући слободу; отуда се деликтне обавезе гасе услед смрти деликвента (нема више физичке личности!) а не гасе при *capitis deminutio* (јер физичка личност још постоји!); отуда је деликтна одговорност ненаследива итд. Последица или наличје овога је схватање да се деликтно може одговарати само за своје сопствене радње и то активне радње — чињење. Чак ни ноксална одговорност не тражи од *pater familias*-а да накнади штету коју је причинило потчињено му лице, нити је он обавезан да то уради, него само да уручи оштећеном деликвента, а *facultas alternativa* коју има не значи приманье одговорности на себе него откупљивање деликвента. — (2) Са друге стране, Римљани нису схватили да се деликт може извршити и нечињењем. Отуда против закупца који запали закупљену вилу, може се подићи *actio legis Aquiliae* (значи његова радња се сматра деликтом *damnum iniuria datum*)(30) а против комодатара или депозитара који не храни поверену му животињу, може се подићи само *actio commodati* односно *depositi*(31). Осим тога за деликтну одговорност потребна је кривица (*dolus* или *culpa*)(32). Док контрактна одговорност познаје објективну одговорност (*custodia*) у више случајева, у домену деликата нема објективне одговорности. Радња која је дала право оштећеном да употреби

(30) D. 9, 2, 27, 9.

(31) Одговорност лекара по *lex Aquilia* која се помиње у D. 9, 2, 7, 8 и D. 9, 2, 8, рг. није у супротности са овим тврђењем јер лекар ту одговара не за нелечење него за рђаво лечење.

(32) Потребна је заправо „противправна воља“ (Mommson: *Droit pénal*, I, стр. 99) и то не само у односу на радњу него и у односу на све чињенице које чине дело противправним. Зато, напр., иако је неко свестан да напада човека неће учинити *crimen laese maiestatis* ако не зна да је нападнути високи магистрат; неће учинити инјурију ако не зна да је нападнути роб; неће учинити *furtum* ако мисли да је ствар његова итд. — в. D. 3, 2, 11, 4; D. 41, 3, 36, 1; D. 41, 3, 37.

actio de effusis et deiectis (јер то је бенефиција у односу на *actio legis Aquiliae*) може бити извршена долозно или кулпно, може чак бити неке кривице и до власника стана (напр., није ставио решетке на прозоре, није пажљиво бирао послугу), али за подизање тужбе то се не тражи, то се тужиоца ни судије не тиче — одговорност из овог квазиделикта је објективна. — Из ових разлога одговорност корисника стана за штете које причине њему потчињена или друга лица није могла бити сврстана у деликте.

У другој групи случајева, када је дело извршио сам власник односно корисник стана, ситуација је нешто друкчија. Јер: радња је његова а и кривица постоји (морао је знати да је бацање кроз прозор противправна радња). Ипак *actio de effusis et deiectis* коју оштећени подиже против њега није могла бити сврстана међу деликте, јер се тужилац подижући тужбу против сопственика стана није морао позвати на то да је он извршилац дела, ни на његову кривицу. За успех тужбе је то индиферентно, јер он подједнако одговара било да је дело извршио сам било да га је извршио неко други. Ако је оштећени хтео да употреби баш деликтну тужбу (а то је могао урадити јер су испуњени основни услови за деликтну одговорност), он је морао употребити *actio legis Aquiliae* и доказати да је тужени извршилац дела и да је за штету крив(33).

2) *Actio de positis et suspensis* је, као и *actio de effusis vel deiectis*, установљена ради сигурности пролазника. Као таква она је уствари полициска мера. Што су је Римљани установили у облику грађанскоправне обавезе онога који је предмет поставио, односно станара зграде на којој је постављен, да пријавиоцу плати суму новца, није много необично јер они нису правили сасвим јасну разлику између *delicta publica* и *delicta privata* (зато су, на пример, у фуртуму и инјурији видели приватне деликте, а полициским мерама врло често давали грађанскоправну санкцију). Разлози што ова тужба у Јустинијановим Институцијама није стављена међу деликте су исти као и код *actio de effusis vel deiectis*. Но осим њих постоји још један значајан разлог, специфичан за ову тужбу, а то је: што се она подизала иако последица недозвољене радње није наступила — није наступила штета. Још је Момсен(34) указао на то да римско право не зна за покушај кривичног дела, нити је имало технички термин за њега. Исто тако римско право није познавало опасност, односно угрожавање као последицу. Деликт постоји само онда ако је радња свршена и последица (штета) наступила. Зато, на пример, Паулус(35) подвлачи „*sola cogitatio furti faciendi non facit furem*“, а затим „ако неко ради крађе продре у собу још није лопов иако је ушао ради крађе“, па се против њега не може подићи

(33) Наравно да је оштећени то врло ретко чинио јер је при *actio de effusis et deiectis* имао да докаже једино да је радња извршена и да је штета наступила (а не и ко је извршио и његову кривицу) а усто добија два пута већу накнаду.

(34) Mommsen: *Droit pénal*, I, стр. 110.

(35) D. 47, 2, 1, 1.

actio furti, него евентуално *actio iniuriarum* или *actio de vi*(36), а инјурију ће, по Лабеевим речима(37), учинити „*non qui abducere comitem coepit sed qui perfecit tu commes cum eo non esset*“(38). Док се, дакле, код свих деликата тужба могла подићи само када је штета већ наступила, *actio de positis et suspensis* се могла употребити само онда ако обешена ствар није пала и причинила штету(39). Према томе, само онда ако постоји могућност штете — основ тужбе је угрожавање пролазника — а то значи ако штета није још наступила(40). Зато она није могла бити уврћена међу деликтне тужбе.

3) У случају *actio adversus nautas caupones et stabularios* несумњиво је реч о одговорности за туђе радње, јер се она може подићи само у случају ако оштећење путникових ствари изврше намештеници брода, гостионице или штале и ако до сопственика нема никакве кривице за ту радњу. Ова тужба дакле није могла бити сврстана међу деликтне зато што последица није наступила из њихове радње. Међутим, њихова одговорност се знатно разликује од одговорности станара у претходна два случаја, јер она није објектигна већ на основу претпостављене (и то *praesumptio iuris et de iure*) кривице (*culpa*). По томе је њихова одговорност слична деликтној. То је истовремено разлог што се правила тако велика разлика између одговорности за штете које путнику нанесу намештеници, која је сматрана квазиделиктном, и оне коју нанесу страна лица (разбојници, лопови и други), која је сматрана контрактном (била је заштићена са *actio de recepto*) и почивала на претпостављеном пакту *receptum nautarum cauponum et stabulariorum*.

Одговорност бродара и власника одморишта на друмовима установљена је, нема сумње, ради заштите путника и његове имовине. Он је штету могао претрпети са три стране: или од самог бродара односно власника одморишта, или од његових намештеника, или од лица која са бродом односно одмориштем немају никакве везе. За установљење одговорности у првом случају није било никакве тешкоће: из власникове активне радње проистиче штета, значи извршио је деликт *furtum, damnum iniuria datum* или *rapina*. У другом случају путник може такође да употреби једну од ове три тужбе против самих извршилаца, али за њега је то тешко јер треба прво да утврди ко је извршилац а затим да доказује његову

(36) D. 47, 2, 21, 7.

(37) D. 47, 10, 15, 17.

(38) В. такође D. 50, 16, 225.

(9) Јер ако је ствар пала и причинила штету онда се може или употребити *actio de effusis et deiectionis*, или *actio legis Aquiliae* или *actio iniuriarum*.

(40) У једном случају је направљен изузетак од овога правила баш зато што римско право није познавало покушај: ако лопов буде откривен у крађи па побегне остављајући ствари које је покушао да украде покрадени од тога није имао никакву штету а ипак ће моћи да употреби *actio furti*. Непознавајући одговорност за покушај деликта, Римљани су, да не би остао некажњен онај који је покушао крађу, прописали да ће се крађа сматрати извршеном (да је штета наступила) чим је лопов ухватио ствари које је имао намеру да украде, па је зато одговарао подједнако било да је ствари однео или не. В. Mommsen: *op. cit.*, I, стр. 112 и II, стр. 45—46.

кривицу. Осим тога могућности наплате накнаде штете од оваквих лица су минималне. Зато је наложено власнику да може држати у служби само поуздана лица, а као санкција за ову обавезу, установљена је његова одговорност путнику за штете које му причине намештеници. Ако намештеници изврше радњу у споразуму са власником, онда је он саизвршилац па се против њега поступа као у првом случају. Ако пак он није учествовао у извршењу радње која је непосредно оштетила путника („si modo ipsius nullum est maleficium“), онда је то туђа радња па према томе не може бити речи о његовој деликтној одговорности. Али његова одговорност има ипак неке сличности са деликтом, јер је штета наступила зато што је узео за намештенике непоуздана лица — значи његовом кривицом. Зато су Јустинијанови правници ову одговорност сврстали међу квазиделикте. У трећем случају, када радњу изврше страна лица, нема ни ове сличности са деликтима (нема никакве ни претпостављене кривице власника), зато је одговорност власника базирана на претпостављеном пакту — контрактна.

4) Квазиделикт *si iudex litem suam fecerit* разликују се од свих других по томе што је стара установа. Док су сви други случајеви настали у класичном и посткласичном праву и у Јустинијановом праву имали пуну примену, он је био познат још закону од 12 таблица(41), у време легисакционог и формуларног поступка је имао важну функцију и свој процват, а у посткласичном и Јустинијановом праву се задржао углавном из разлога традиције(42). Кроз цело ово време судијина одговорност није сматрана деликтном. За прекласично и класично право то се да закључити из Јулијанусова мишљења да одговорност судије прелази и на његове наследнике (недоследност је једно од напогрешивих мерила којим се утврђује деликтни карактер облигације)(43). За класично и касније право то је јасно из Гајусове и Јустинијанове класификације.

Основни разлог што одговорност судије није могла бити никада сврстана међу деликте (иако је радња која ју је проузроковала несумњиво противправна) јесте тај што јој недостаје један такође основни елемент римског схватања деликта: што штета коју је су-

(41) То се закључује из таблице 2,2 у којој се само *morbus soticus* наводи као оправдање за судију који је одложио заказано рочиште.

(42) Вероватно је било и неких практичних разлога без великог значаја, можда и разлог „борбе против опадајућег морала водећих чиновника“ који је император овом установом „држао у шаку“, па је тако можда она била „политичко средство за управљање империјом“ (Hübner: Zur Haftung des iudex qui litem suam fecit, Iura, 1954, стр. 208).

(43) D. 5, 1, 16. Не треба да нас буну што Улпијанус тврди да то Јулианусово мишљење „vera non est et a multis notata est“, јер је врло вероватно, као што многи аутори мисле, да је Јулианус изнео старо схватање и стару праксу (њему се грешка није могла поткрасти), која је касније напуштена. Уосталом, већ сама чињеница да је још у класичном праву била спорна ненаследивост судијине одговорности довољно указује да она није сматрана деликтном.

(44) Начин изражавања у Дигестама и Институцијама може створити заблуду као да *litem suam facere* значи радњу која изазива квазиделиктну одговорност — као да *iudex* одговара зато „што је учинио спор својим“. Међутим, *iudex* није одговарао „зато што је учинио спор својим“, него је „учинио спор својим“ зато што је извршио неку противправну радњу. *Litem suam facere* је последица а не радња. Тако Chastaignet: op. cit., стр. 14.

дија имао да накнади није наступила непосредно из његове радње. Да би ово објаснили, додирнућемо два спорна питања која се у вези са одговорношћу судије постављају:

а) за које радње, која дела је судија одговарао, односно у којим случајевима *iudex litem suam facit*;

б) у чему се састојала његова одговорност, односно шта то значи учинити спор својим.

а) На прво питање дају нам одговор Улпианус и Макробиус(45). Улпианус каже да *iudex tunc litem suam facere intellegitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*, а Макробиус наводи говор С. Titius-а (из времена између 180 и 102 године пре н. е.) који оптужује судије сенаторе да су провели време у јелу и пиву и тек у последњем моменту са журбом отишли да изрекну пресуду и тиме се спасли да не учине *litem suam*(46). Ова два текста се несумњиво допуњују и сваки указује на другу грешку коју судија може учинити: *iudex litem suam facit* када изрекне пресуду која је противна праву (рђаво пресуди) или ако на време не обави процесне радње(47). Вероватно тиме нису исцрпљени сви случајеви(48), али је извесно да сви морају бити варијанте једне или друге од ове две судијине грешке. У време легисакционог и формуларног поступку правила се велика разлика између ове две судијине грешке. У првом случају судија ће одговарати само ако је изрекао рђаву пресуду *dolo malo*, што Улпианус изрично каже. У другом случају ће одговарати ако до њега има ма какве кривице — *licet per imprudentiam*(49). Вероватно је касније, када су у екстраординарном поступку створени правни лекови, одговорност судије промењена утолико што је и за рђаво изречену пресуду одговарао за сваку кривицу па зато Институције и Аурее ову разлику не домињу.

б) Квазиделикт *si iudex litem suam fecerit* је настао и развио се у легисакционом и формуларном поступку и у њима добио своје карактеристике. Зато одговор на сва питања у вези са њима треба тражити првенствено у том периоду. При тражењу одговара на питање у чему се састојала одговорност судије, несумњиво прво пада у очи име овог квазиделикта које није неразумљиво, нити је могло случајно настати, јер је описно. Оно пак указује да је судија који

(45) D. 5, 1, 15, 1; Macrobius: Saturnales, 3, 16, 15.

(46) *Ubi hore decem sunt, iubent puerum vocari — ut comitium eat percussatum in foro... Inde ad comitium vadunt ne litem faciant rei.*

(47) Истина Макробиусов и Улпианусов текст се односе на одговорност судије у легисакционом и формуларном поступку, али је несумњиво да су то биле основне грешке које је *iudex* морао учинити и у екстраординарном поступку.

(48) На још неке указује Ленел (*Das Edictum perpetuum*, (2) стр. 163).

(49) Мислим да тако треба решити тобожњи сукоб између Улпианусова текста и текста Гајуса и Институција. Истина за то нема других доказа сем Улпианусова текста (а он ту није могао погрешити), али такво решење произилази и из општег положаја *iudex*-а у легисакционом и формуларном поступку. Бити *iudex*-а је грађанска дужност којој се мора одавати. Усто, то је почаст, што по римским схватањима намеће појачане обавезе и тражи појачану пажњу. Зато се *iudex* мора не само примити те дужности него и све процесне радње свршити у време и на начин како је то прописано. За обављање тих радњи не треба никаква већа стручност од оне коју је сваки грађанин морао имати. Ту су, углавном, биле у пи-

је изрекао погрешну пресуду у неком облику и обиму преузимао на себе одговорност за потраживања о којима је требало да пресуди.

Напред смо видели да се судијина грешка могла састојати или у пропуштању рокова или у рђаво изреченој пресуди. У оба случаја кривицом судије тужилац није дошао до свога права. У легисакционом и формуларном поступку тај губитак је био ненакадив, јер они нису познавали правне лекове. У таквим условима квазиделикт *si iudex litem suam fecerit* је претстављао неку врсту замене правним лековима. Наиме *iudex* је тада добијао своју функцију тек по закљученом *litis contestatio*. Због правила да се после једанпут закљученог *litis contestatio* не може поново покренути поступак по истој ствари, без обзира да ли је пресуда изречена или не; због преклузивног рока(50) у коме је требало донети пресуду; и због недостатка правних лекова, странке су се могле наћи у ситуацији да непоправимо буду оштећене било тиме што су судијиним кривицом прошли преклузивни рокови, било тиме што је судија изрекао очитледно рђаву пресуду. Према томе, штета коју су странке претрпеле судијиним кривицом састојала се увек у томе што су изгубиле могућност да дођу до остварења свога права. Материјална штета која је тиме наступила за странке овде је секундарног карактера. Да се из ове ситуације изађе, створена је могућност за тужиоца да понова покрене поступак, али овога пута против *iudex*-а који је својим поступцима показао (необорива претпоставка!) да је лично заинтересован за предмет — да је спор учинио својим. Судијина одговорност дакле није била установљена као службеничко кривично дело нити као деликт(51) већ као средство да странка дође до свога права које је изгубила судијиним кривицом. Отуда и назив *si iudex litem suam fecerit*, отуда судија одговара не у висини штете коју је причинио рђавом пресудом, него у висини пуне вредности спора односно *vera litis aestimatio*(52).

Судијином радњом се, дакле, врши нека врста новације и то новације у којој је промењена само једна странка (дужник), док су основ и предмет остали исти: он одговара за туђи дуг који је преузео на себе својом кривицом. У томе је битна разлика између римског схватања приватних деликата и овога квазиделикта: док

тању тачност и уредност. Сваки нехат у том погледу је несумњиво био за осуду. Међутим, судије су лаици који не морају ни познавати право. Зато имају доста прилике да изрекну погрешну пресуду. Правна сигурност и ауторитет судства би били знатно уздрмани ако би странке могле кривити судију за *imprudencia* при доношењу пресуде. Зато се у интересу ауторитета *iudex*-а (утолико греши Hübner када мисли да је римски судија био у горем положају од данашњег) и правосуђа уопште пресуда могла нападати само онда ако је судија погрешну пресуду изрекао доложено.

(50) По Закону од дванаест таблица пресуда се морала изрећи истаго дана по заласку сунца. Према *lex Julia iudiciaria* (Gai. Inst. 4, 104) спорови између римских грађана морали су бити окончани у року од 18 месеци, а *iudicia imperio continens* морала су бити окончана за време док траје мандат магистрату који их води. Ако су странке закључиле *litis contestatio* а пресуда се не донесе у овом року, поступак се више не може покренути.

(51) На шта убедљиво указује Hübner: *op. cit.*, стр. 201—202.

(52) D. 5, 1, 15, 1) односно *quantum aequum iudici videbitur* (I. 5, pr.; D. 50, 13, 6 — v. Lenel *op. cit.*, стр. 168) што у овом времену никако није могло бити мање од вредности спора који је судија требало да пресуди, али је могло бити више јер су странке могле од судије захтевати и трошкове и штете које је понављање спора изазвало.

у свим деликтима деликвентова радња непосредно повређује ствар, тело, углед, слободу воље при закључивању уговора⁽⁵³⁾ и он одговара за облигацију коју је том својом радњом створио, судија одговара за једну облигацију у чијем настајању није ни на који начин учествовао, одговара за туђи дуг. Својом радњом (пропуштање рока или долозно рђавом пресудом — пропуштањем, нечињењем се не може учинити деликт!) он је „учинио спор својим“, али оно на шта ће бити због тога осуђен, што ће морати да плати (дуг о коме је требао да изрекне правилну пресуду) није последица његове радње — он није нинакоји начин учествовао у настајању тога облигационога односа који је преузео на себе. Зато он, иако „*utique recasse aliquid intellegitur*“ није одговоран „*non proprie ex maleficio*“ „*neque ex contractu*“ него „*quasi ex delicto*“.

Када су у екстраординарном поступку створени правни лекови, значај овога квазиделикта се у основи променио. Рђаво изречена пресуда и друге судијине грешке у току поступка нису више повлачили ненакнадиви губитак за странке јер с њих оне правним лековима могле извојевати своје право. Зато није више било потребе „учинити спор судијиним“, па се обавеза судије ограничила само на накнаду материјалне штете коју су странке претрпеле тиме што су морале чекати или употребити правне лекове. Она је опет износила *quantum aequum iudici videbitur* али никада није била *vera litis aestimatio*⁽⁵⁴⁾ — није се мерила вредношћу спора него износом штете. Истовремено се и разлика у степену кривице која се захтевала за судијину одговорност (*dolus* — *imprudentia*) изгубила. Судија је сада био професионални школовани службеник који је морао посветити исто толико пажње доношењу пресуде као и свим другим радњама у поступку, а његов ауторитет је самом установом правних лекова већ окрњен у корист ауторитета императора као последње инстанце. Зато Аурее и Институције говоре само о *imprudentia*.

У оваквим условима, карактеристике одговорности судије скоро потпуно су се приближиле деликтној одговорности. Остало је још само то да најчешће штета за странке није наступила непосредним активним судијиним деловањем на имовину странака, него његовим нечињењем које не изазива оштећење неког странкиног добра, него само изазива нове трошкове за њу и, евентуално, *lucrum cessans*. Због тога, али исто тако из разлога традиције, Јустинијанови правници нису одговорност судије сврстали међу деликте него међу квазиделикте, као што су и стипулацију задржали међу вербалним контрактима иако она то више није била.

Др. Драг. Стојчевић

(53) У ово набрајање не спада повреда права јер такву повреду Римљани нису сматрали деликтом. Зато, на пример, сметање поседа, ма којим начином било извршено, не даје право на деликтну тужбу ако не садржи у себи неки други деликт. Тек знатно касније је створен *furtum usus* али је он схваћен првенствено као крађа плодова ствари.

(54) Зато Аурее и Институције не помињу *vera litis aestimatio*.