

Razvoj malomarnosti kot oblike krivde v rimskem pravu

*Aljoša Dežman**

POVZETEK

Avtor v razpravi analizira razvoj krivdne odgovornosti v rimskem pravu, ki je kot eden temeljnih civilizacijskih dosežkov vplivala na pravni razvoj v sodobnih pravih t.i. rimsko-germanskega pravnega kroga. V osrednjem delu prispevka se avtor ukvarja pretežno z vprašanji razvoja malomarnosti kot oblike krivde.

Ključne besede: odgovornost, subjektivna odgovornost, malomarnost, civilno pravo, rimsko pravo, zgodovinski razvoj

The development of malpractise as the kind of culpability in Roman Law

ABSTRACT

The author analyses the development of the subjective liability in the Roman law, which has, as one of the basic achievements of the civilization, influenced the legal development in the modern laws of the Roman-Germanic legal circle. In the central part of the article author deals predominantly with the questions of the development of the negligence as a kind of a culpability.

Key words: liability, subjective liability, negligence, civil law, roman law, historical development

* Doktor pravnih znanosti, docent za rimsko in civilno pravo na Evropski pravni fakulteti Nove univerze in na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, aljosadezman@gmail.com

1. Razmerje med pojmom odgovornost in krivda v teoriji civilnega prava

Pravna pravila so po svoji naravi normativno usmerjene zapovedi pravnim naslovnikom, za predpisujejo, kakšni načini vedenj in ravnanj se od njih pričakujejo v določeni (družbeno urejeni) skupnosti. Za kršitev predpisanega (in pričakovanega) načina ravnanja je določena pravna sankcija. Pravni redi poznajo veliko število različnih sankcij. Slednje se medsebojno razlikujejo že glede na to ali gre za področje zasebnega ali javnega prava. Na obeh temeljnih področjih prava (gledano s stališča temeljne delitve prava v t.i. rimsko-germanskem pravnem krogu) pa v razvitih, civiliziranih pravnih vidimo navezavo takšnih pravnih sankcij, ki zadenejo človeka kot subjekt pravnega reda, na načelo krivdne odgovornosti. Odvisnost pravne sankcije od obstoja subjektivnega očitka pravnemu naslovniku, da je prekršil določeno pravilo, je postala temeljni postulat modernih pravnih sistemov, ki utemeljuje varstvo z ustavami suverenih držav in mednarodnimi akti priznanih temeljnih človekovih pravic in svoboščin. Razvoj odvisnosti odgovornosti od elementa krivde se je v modernih pravnih t.i. rimsko-germanskega pravnega kroga prvič utemeljil na recepciji rimskega prava, ki na določeni razvojni stopnji storilo ta veliki civilizacijski premik. V tem prispevku želimo analizirati temeljne odlomke iz rimske klasične kazuistike, ki so utemeljili zahtevo po krivdi (subjektivnem očitku) pri civilni odgovornosti.

Krivdo v pravu označujemo kot subjektivni odnos povzročitelja do določene (protipravne) posledice,¹ odgovornost pa kot (objektivno) možnost, da se pravnemu subjektu pripiše določena pravna posledica. V civilnem odškodninskem pravu je odgovornost hkrati tudi predpostavka nastanka odškodninske obligacije. Odgovornost lahko temelji bodisi na krivdi (krivdna odgovornost) bodisi že na samem ravnanju povzročitelja oziroma dejstvu nastanka protipravne škode iz takšnega ravnanja (objektivna ali kavzalna odgovornost). Kdaj je odgovornost v konkretnem primeru utemeljena oziroma za katere vrste protipravnih ravnanj povzročitelj odgovarja, določajo pravna pravila. Tako zakonodajalec s pravili določi, če je odgovornost povzročitelja protipravne posledice v določenem primeru objektivna ali subjektivna (kriv-

¹ V nemški pravni doktrini se to razmerje označuje s pravnim terminom *načelo zakrivitve* (*Verschuldensprinzip*). Gl. Medicus, 1993, str. 143. Gl. tudi Cigoj, 2000, str. 184.

dna). Odvisnost odgovornosti od krivde poimenuje pravna teorija načelo krivde (nem. *Verschuldensprinzip*), nasprotno pa govori o načelu povzročitve (nem. *Verursachungsprinzip*) takrat, kadar pravni red pripisuje pravnemu subjektu odgovornost za nastalo posledico ne glede na krivdo.²

Posledično je odgovornost (gledano s stališča sistematike pravnih institutov) splošnejši institut od krivde, ker vključuje v določenih primerih subjektivno (krivdno), zopet v drugih pa objektivno odgovornost. S tega gledišča je odgovornost kot pravno-sistemizacijska kategorija neodvisna od konkretnega povzročitelja protipravnega stanja in je kot takšna objektivna pravna kategorija, ki jo določa vsakokratno s strani zakonodajalca postavljeno pravo s svojimi pravili. Po drugi strani pa je v sistemu subjektivne odgovornosti slednja neločljivo odvisna od krivde. Povzročitelj protipravne posledice odgovarja v primeru subjektivne odgovornosti le takrat, ko je ravnal krivdno. Tako sta krivda in odgovornost v sistemu subjektivne odgovornosti dve neločljivo povezani pravni kategoriji. V sistemu subjektivne odgovornosti namreč odgovornost ni podana brez krivde in obratno, le kdor ravna krivdno, za svoja ravnanja tudi pravno odgovarja.

Kljub povedanemu pravna teorija na tem mestu opozarja na določen paradoks, ki je lasten konceptu krivdne odgovornosti. Subjektivna odgovornost v zasebnem pravu namreč ni vedno povsem subjektivizirana oz. povsem odvisna od krivde povzročitelja protipravne posledice. Takšna bi bila le v primeru popolnega upoštevanja krivde, to je kolikor bi se upoštevala celota zmožnosti, dojemanj, hotenj in znanj konkretnega povzročitelja³. Zato ustreza definiciji čiste subjektivne konceptije krivdne odgovornosti le direktni naklep kot hujša oblika krivde. Tam je namreč podano jasno zavedanje storilca (povzročitelja) glede protipravne posledice, prav tako pa tudi njegova jasna subjektivna afiniteta glede hotenja nastale posledice. Že pri eventuelnem naklepu je element subjektivne afinitete nekoliko bolj vprašljiv, četudi je (vsaj v teoretični konceptiji) podana jasna povzročiteljeva voljna privolitev v njen nastanek. Drugače pa slednje pri opredeljevanju malomarnosti kot vrste krivde v polnem obsegu ne pride v poštev. Malomarnost se presoja po abstraktnem merilu in tam se ravnanje konkretnega povzročitelja primerja z določenim objektivnim

² Medicus, 1993, str. 143. Enako meni Larenz, 1987, str. 277. Tako tudi Schlechtriem, 1997, str. 136.

³ Schlechtriem, 1997, str. 139.

merilom, to je s pravnim standardom, ki ga predstavlja abstrakten (namišljen) subjekt (kot sta na primer pojma dober gospodar ali dober gospodarstvenik). Sam pojem opredelilnega merila za presojanje malomarnosti kot kategorije krivde v civilnem pravu je torej načeloma objektiviziran.⁴ V pravni teoriji t.i. rimsko-germanskega pravnega kroga, ki so ji lastni instituti recipiranega rimskega prava, ugotavlja K. Larenz, da se preko abstraktnega pravnega standarda malomarnosti odgovornost zavezanca za nastalo škodo tipizira in objektivizira, zato je subjektivna narava odgovornosti v primeru upoštevanja malomarnosti kot vrste krivde precej oslabiljena.⁵ Navkljub abstraktnemu (objektivnemu) merilu njenega opredeljevanja je ekskulpacijski razlog pri malomarnosti vendarle subjektiven. Konkretni povzročitelj se lahko razbremeni odgovornosti, če dokaže, da je ravnal (vsaj) tako skrbno, kot od njega zahteva abstraktno merilo. Načeloma velja fikcija, da vsak pozna vsebino pravnih pravil, ki veljajo v določeni družbi.⁶ Zatorej bi povzročitelj moral vedeti, kakšno ravnanja predpisuje v določenem primeru pravni red. Način njegovega konkretnega ravnanja v posameznem primeru pa je njegova lastna (voljna) izbira. Ravno v slednjem se (delno objektivizirana) odgovornost v primeru malomarnosti loči od objektivne odgovornosti. Pri objektivni odgovornosti zavezanec odgovarja ne glede na skrbnost, če je škoda izšla iz sfere njegovega nadzora oziroma delovanja.

Po drugi strani pa tudi objektivna odgovornost ni nikoli povsem objektivna. V svoji skrajni koncepciji bi objektivna odgovornost pomenila, da bi zavezanec odgovarjal za nastalo škodo v vsakem primeru in da ne bi imel prav nikakršne možnosti za

⁴ Medicus, 1993, str. 143: »Der Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts ist objektiv.«

⁵ Larenz, 1987, str. 277: »Indessen ist der Verschuldensgedanke, das Prinzip persönlicher Verantwortung, hier, (...) durch eine gewisse *Objektivierung* und *Typisierung* des Fahrlässigkeitsmaßstabes abgeschwächt.« Enako Peter Schlechtriem, 1997, str. 138: »Nach herrschender Lehre ist die verkehrserforderliche Sorgfalt objektiviert und verlangt Einhaltung der Standards, die im betreffenden Berufskreis gelten: (...)«

⁶ Slednje je izraženo v enem izmed načel, na katerih temelji sleherni pravni red, da nepoznavanje prava škoduje (*ignorantia iuris nocet*) in da posledično pravna zmota ni upoštevana. Glede rimskega prava prim.: Paul. D. 22, 6, 9, pr. (l. 2 *de iuris et facti* ig.): »*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*...« Izjeme od tega načela, kjer bi bila pravna zmota upoštevana, so zelo redke. V rimskem pravu so se na pravno zmoto lahko sklicevale nekatere kategorije oseb, za katere se je domnevalo, da objektivno niso imele priložnosti biti seznanjene (oziroma vsaj pravočasno seznanjene) z vsebino pozitivnih pravnih pravil. Prim.: Paul. D. 22, 6, 9, pr. (l. 2 *De iuris et facti* ig.): »...*Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse*.«

razbremenitev odgovornosti. Zavezanec bi torej nosil vse potencialne zunanje rizike ne glede na njihovo naravo. S tem bi nase prevzel škodne posledice vseh takšnih rizikov. Skrajna (teoretična) koncepcija objektivne odgovornosti torej ne bi poznala nikakršnega razbremenilnega razloga, ki bi omogočal razbremenitev zavezanca. Moderna civilna prava takšne skrajne objektivne odgovornosti ne poznajo. Številna so preko historičnega procesa recepcije prevzela subjektivno koncepcijo odgovornosti, uveljavljeno v Justinijanovi kodifikaciji. Tam je do objektivizacije odškodninske odgovornosti prišlo izjemoma v dveh primerih. Pri pravno-poslovnih zavezancih v primeru odgovornosti za varovanje stvari, pri neposlovni odgovornosti pa v primeru t. i. kvazideliktih obligacij. V primeru odgovornosti za varovanje stvari (*custodia*) je šlo le za določene (posamezne) specifične rizike, tako, da je bila tovrstna strožja odgovornost dobro utemeljena.⁷ Kolikor je postala izpolnitev nemogoča zaradi zunanjega razloga, na katerega pogodbeni zavezanec ni imel nikakršnega vpliva, je rimsko pravo slednjega razbremenilo odgovornosti. V takšnih primerih govorijo rimski viri iz klasičnega časa o višji sili (*vis maior*),⁸ o višjem naključju (*casus maior*),⁹ veliki sili (*vis magna*)¹⁰ ali usodni škodi (*damnum fatale*).¹¹ V odlomku rimskega klasičnega pravnika Gaja se pojavi tudi grški izraz božja sila (θεού βίαν).¹²

Tudi v modernih civilnih pravih objektivna odgovornost ni absolutna.¹³ Uveljavljena je predvsem na neposlovnem področju.¹⁴ Do njenega nastanka je v razvoju modernih prav prišlo sicer s specifično pravno-politično utemeljitvijo. Nastala je kot posledica hitrega razvoja tehnike v času tako imenovane prve in (deloma) tudi druge industrijske revolucije, ki je sovpadal z ustvarjanjem velikih civilnih evropskih kodifikacij. Iz nekaterih novih tehničnih dosežkov je izhajala za takratne predstave bistveno povečana

⁷ O odgovornosti za varovanje predmeta izpolnitve v rimskem pravu gl. podrobno Kaser, 1971, str. 506 in nasl. Gl. tudi Zimmermann, 1996, str. 198-199.

⁸ Gai. D. 19, 2, 25, 6 (l. 10 ad ed. provinc.).

⁹ Gai. D. 44, 7, 1, 4 (l. 2 Aureor.).

¹⁰ Gai. D. 18, 6, 2, 1 (l. 2 Cott. rer.).

¹¹ Gai. D. 18, 6, 2, 1 (l. 2 Cott. rer.).

¹² Gai. D. 19, 2, 25, 6 (l. 10 ad ed. provinc.).

¹³ Prim.: 153. člen OZ, ki omogoča razbremenitev dolžnika iz treh različnih sklopov razlogov: zunanje vzroka, čigar učinka ni bilo mogoče pričakovati, preprečiti ali se mu izogniti; dejanja oškodovanca ali dejanja tretjega, ki jih ni bilo mogoče pričakovati in se njihovim posledicam ni bilo mogoče ne izogniti niti jih odstraniti. Prim. tudi § 833 nemškega BGB in §§ 1 in 2 nemškega HPfLG.

¹⁴ Prim.: 149. in 150. člen OZ. Gl. tudi § 833 BGB in §§ 1 in 2 HPfLG ter §§ 55 in 56 OR. V rimskem pravu bi lahko govorili o neposlovni objektivni odškodninski odgovornosti pri nekaterih izmed kvazideliktov.

nevarnost, kar je za okolico pomenilo precej večji riziko od tradicionalnih nevarnosti. Tako so pravni teoretiki poizkušali utemeljiti objektivno odgovornost na različnih podlagah.¹⁵ Slednje lahko strnemo v dve osnovni skupini. Prva utemeljuje objektivno odgovornost imetnika nevarne stvari oziroma nevarne dejavnosti na načelu pravičnosti in nalaga odgovornost za nastalo škodo tistemu, ki ima (potencialno) korist iz takšne dejavnosti. Druga pa jo utemeljuje na podlagi preprostejšega reševanja tovrstnih sporov. Tudi takšne utemeljitve vsebujejo element teorije pravičnosti.

V nadaljevanju se bomo osredotočili na razvoj in pojmovanje odgovornosti ter krivde na pravno-poslovnem področju v virih klasičnega rimskega prava.

2. Pregled razvoja naklepa in malomarnost v rimskem pravu

Upoštevanje različnih vrst krivde se je v rimskem pravu razvijalo postopoma. Že zgodnje klasično rimsko pravo je pri tožbenih zahtevkih, ki so sodili v *bonae fidei iudicia*, domnevno omogočilo relativno široke možnosti upoštevanja krivde sopogodbениkov.¹⁶ Na področju dispozitivnega obligacijskega prava je imela vsekakor prednost volja pogodbenih strank. Kolikor pa med strankami ni bilo dogovora so se dejanski stani odgovornosti ravnali glede na enakost (ali neenakost) položaja interesov pogodbenih strank v pogodbenem razmerju.¹⁷ Dolžnik je v primeru pravnih razmerij *bonae fidei*, ki so bila pravno varovana z akcijami z nedoločno tožbeno intencijo in dostavkom *ex fide bona*, moral svoje vedenje glede izpolnjevanja vsebine pogodbene zaveze prilagoditi občemu (družbenemu) naziranju dobre vere in poštenja. Tako je bil kot naslovnik celotnega dometa obligacijskopравnga načela dobre vere in poštenja zavezan k upoštevanju merila skrbnosti. Neupoštevanje oziroma kršitev teh zavez je bila podlaga tožbenemu zahtevku za uveljavljanje odškodnine¹⁸. Zavezanec je najkasneje v

¹⁵ O teoretičnih utemeljitvah objektivne odgovornosti gl. Cigoj, 2000, str. 188. Avtor kot teoretično utemeljitev objektivne odgovornosti omenja različne teorije, zlasti: teorijo rizika za nevarno obratovanje, teorijo koristi, ki temelji na načelu »ubi emolumentum ibi onus«, dolžnost nadzorovanja, teorijo pravičnosti, teorijo o distributivni pravičnosti in teorijo o sferi učinka o tipičnem ogrožanju.

¹⁶ Podrobneje glede pravnih posledic nemožnosti izpolnitve v razmerjih, ki so se uvrščala v *bonae fidei iudicia* gl. Medicus, 1969, str. 95 in nasl.

¹⁷ Zimmermann, 1996, str. 789. Avtor v tej zvezi piše o standardu odgovornosti, za katerega je odgovarjal dolžnik. Enako Kaser, 1971, str. 509.

¹⁸ Zimmermann, 1996, str. 789.

klasičnem pravu odgovarjal tako za namerno kot tudi malomarno škodno ravnanje. Odgovoren je bil tako za kršitve obveznosti, ki so bile v opustitvah, kot tudi v aktivnih ravnanjih (pozitivne kršitve pogodbenih obveznosti). Tako je na primer odgovarjal tisti mandatar, ki je mandanta namerno zapeljal v zmoto glede vrednosti dediščine in jo nato sam odkupil za znesek, ki je bil manjši od resnične vrednosti slednje. Vendar je prav tako odgovarjal mandatar, ki je svojega mandanta napačno obvestil glede plačilne zmožnosti osebe, s katero je ta zatem sklenil posojilno pogodbo:

Ulp. D. 17, 1, 42 (*l. 11 ad. ed.*): *Si mandavero tibi, ut excuteres vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris, et mandati mihi teneberis. Tantundem et si tibi mandavi, ut vires excuteret eius cui eram crediturus et renuntiaveris eum idoneum esse.*¹⁹

V odlomku nazorno vidimo upoštevanje različne intenzivnosti krivde sopogodbenika. V prvem stavku odlomka imamo opravljanje z mandatarjevim naklepom, v drugem pa verjetno z njegovo malomarnostjo. Slednja je v malomarnem pozitivnem ravnanju (storitvi) zavezanca, ki pri preiskavi plačilne zmožnosti potencialnega sopogodbenika svojega mandatarja ni pokazal zadostne skrbnosti. Po merilu dobre vere in poštenja v obligacijskem pravu je rimski mandatar odgovarjal tudi za takšno malomarno opustitveno ravnanje. Iz drugega dela odlomka ni nedvomno razvidna oblika mandatarjeve krivde. Lahko bi rekli, da je šlo za precejšnje opuščanje skrbnosti. To izhaja že iz same posledice tega primera, saj bi, upoštevajoč obče človeško nagnjenje k previdnosti pred različnimi tveganji, mandant najverjetneje ne sklenil pogodbe s tretjo osebo, če bi ga mandatar vsaj opozoril na sum njene plačilne nezmožnosti.

O poteku razvoja krivdnih oblik v predklasičnem in klasičnem rimskem pravu, ki je pripeljal do nekoliko bolj sistematične slike v Justinijanovem času in bil kasneje teoretično nadalje izgrajen in do določene mere abstrahiran, lahko zaradi pomanjkanja (zlasti zgodnjih) neposrednih spoznavnih virov v večji meri zgolj domnevamo. *L. Mitteis* ugotavlja, da se je ravnanje, ki je zavestno nasprotovalo dobri veri (kot merilu obligacijskega prava), sprva označevalo kot *dolus malus*²⁰. Poleg odgovornosti za naklep se je

¹⁹ Ulp. D. 17, 1, 42 (*l. 11 ad. ed.*): Če sem ti naročil, da pregledaš vrednost dediščine in si jo ti, (prikazujoč) da je manjše (vrednosti), od mene odkupil, boš odgovarjal tudi iz naročila. In tako (velja tudi v primeru), če sem ti naročil preiskati (plačilno zmožnost) tistega, ki sem mu hotel dati posojilo in ga prikazal kot ustreznega.

²⁰ Mitteis, 1908, str. 317.

v zgodnjih razvojnih obdobjih v določenih primerih razvila tudi odgovornost za varovanje zaupane stvari (*custodia*). D. Nörr ugotavlja, da je bila najbrž še pred diferenciacijo pravnega pojma malomarnega ravnanja dvojnost dejanskih stanov odgovornosti na *dolus* in *custodia*.²¹

Izraz *dolus malus* je najprej najverjetneje označeval le zvijačno ravnanje oziroma prevaro.²² Takšen pomen je na deliktne področju ohranil tudi v klasičnem pravu. To je razvidno iz naslednjega Ulpijanovega odlomka, kjer Ulpijan sooča stališči rimskih pravnikov Servija in Labea glede definicije pravnega pojma *dolus malus*:

Ulp. D. 4, 3, 1, 2 (*l. 11 ad ed.*): »*Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*»²³

V Servijevem času (*Servius Sulpicius Rufus*)²⁴ je bil pomen pojma *dolus malus* kot zvijačne prevare ožji kot v klasični dobi rimskega prava. Najprej je vključeval le prevaro z lažnim prikazovanjem določenih okoliščin. Labeo pa ugotavlja, da je mogoče prevarati tudi na druge načine. Tako je kot zvijačno prevaro opredelil vsako lokavost, zvijačo, prevaro ali spletko, s katero skuša nekdo preslepiti, prevarati ali ogoljufati drugega. Takšno naziranje je prevzel tudi Ulpijan.

S kasnejšim pravnim razvojem se je pomen termina *dolus* razširil in ni vključeval le zvijačne prevare, temveč je pomenil vsako nepošteno ravnanje, ki je odstopalo od ravnanja spodobnega

²¹ Nörr, 1956, str. 117. Glej tudi odlomke Gai. 3, 206 in Gai 3, 207. Gl. tudi Gai. D. 19, 2, 40, pr. (*l. 5 ad ed. provinc.*).

²² Prevara že sama po sebi predpostavlja naklep, saj si ni mogoče zamisliti prevare brez naklepa.

²³ Ulp. D. 4, 3, 1, 2 (*l. 11 ad ed.*): Servij pa je *dolus malus* opredelil takole: kot neke vrste spletko zaradi prevare drugega, ko se eno hlini (simulira) in nekaj drugega (dejansko) počenja. Labeo pa je dejal, da se lahko tudi brez lažnega prikazovanja doseže, da je nekdo prevaran. Mogoče pa je tudi brez zvijačne prevare nekaj početi in nekaj drugega prikazovati, kot ravna tisti, ki s takim prikrivanjem služijo in varujejo bodisi svoje, bodisi tuje (premoženje). In tako je sam opredelil zvijačno prevaro kot vsako lokavost, zvijačo, prevaro ali spletko, s katero skuša nekdo preslepiti, prevarati ali ogoljufati drugega. Labeonova opredelitev je pravilna.

²⁴ Glede časovne umestitve vsebine odlomka je potrebno upoštevati, da je bil *Servius Sulpicius Rufus* Ciceronov sodobnik, rojen okoli leta 106 pr. Kr. Glede življenja in dela tega predklasičnega pravnika gl. Kunkel, 2001, str. 25.

pripadnika rimske družbe²⁵. Tovrstna ravnanja zavezanca, ki so nasprotovala načelu dobre vere, so bila pri razmerjih *bonae fidei* vsakršne kršitve zaupanja med strankama razmerja.²⁶ Tako se je v obligacijskih razmerjih *bonae fidei* najbrž sčasoma izoblikoval abstraktni pravni standard vedenja oziroma ravnanja, pri katerem se je ravnanje določene osebe primerjalo z ravnanjem (namišljene) idealnega subjekta. Namišljeno ravnanje je predstavljalo vzor, kako bi ravnal tisti, ki bi obveznost izpolnil pošteno, to je v skladu z dobro vero in zaupanjem do sopogodbenika. S tem je rimsko pravo, seveda nenačrtno in spontano, v posameznih primerih z razlago pravnikov ustvarilo abstraktno merilo krivde, ki je uveljavljeno še dandanes v modernih civilnih pravih. Kakor je nadaljnji pravni razvoj stremel k temu, da bi razlikoval med pojmom *dolus* in *culpa*, ki je pomenila vsakršno obliko krivde, tako je *dolus* pridobival na področju pogodbene odškodninske odgovornosti moderni pomen naklepa, torej zavestnega in hotenega ravnanja za povzročitev protipravne posledice.²⁷

Ko se je pojem *dolus malus* uveljavil v vseh primerih obligacijskih razmerjih *bonae fidei* je nadalje tudi na tem področju pridobil pravni pomen strankine zavestne nezvestobe pravnemu razmerju²⁸. Presojanje obligacijskih razmerij v skladu z merilom dobre vere v obligacijskem pravu, oziroma svoboda presojanja, ki je sodniku omogočala *bonae fidei iudicia*, je že v času pozne republike domnevno pripeljala do stopnjevanja odgovornosti glede na različne vrste dejanskih stanj. Nasprotovanje dobri veri oziroma kršitev načela dobre vere so rimski pravniki videli v določenih primerih zgolj v zvičajnem, v določenih primerih pa tudi v malomarnemu ravnanju pogodbениh strank, kot izhaja iz naslednjega Celzovega primera:

Cels. D. 16, 3, 32 (*l. 11 Dig.*): *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito*

²⁵ Jörs et al., 1949, str. 177.

²⁶ Kaser, 1971, str. 511. Pri določenih razmerjih je kot posledica obsodbe druge stranke obligacijskega razmerja zadela obsojenega toženca infamija. Takšna razmerja so bila *societas*, *mandatum*, *depositum*, *fiducia* in *tutela*.

²⁷ Kaser, 1971, str. 511: »...nimmt *dolus* auch im Bereich der Kontraktshaftung die Bedeutung des Vorsatzes an, also des Wissens und Wollens, den obligationswidrigen Erfolg herbeizuführen.« Takšen pomen pojma *dolus* je zaslediti v *Festusovem* odlomku glede naklepnege umora, ki ga pripisujejo drugemu kralju mesta Rim, Numi Pompiliju: Fest., P. 221: »Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto.«

²⁸ Kaser, 1971, str. 509.

*praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*²⁹

V malomarnem ravnanju shranjevalca je Celz videl kršitev načela dobre vere. Slednjega je prekršil tisti zavezanec, čigar ravnanje je odstopalo od tiste skrbnosti, ki jo je sicer izkazoval v lastnih zadevah. Sleherno odstopanje od skrbnosti po običajni meri konkretnega zavezanca pojmuje Celz kot naklepno ravnanje. To se zdi utemeljeno, kajti do vsakršnega odstopanja od lastne mere skrbnosti zavezanca lahko pride le z zavedanjem in hotenjem takšnega (načina) ravnanja. In v primeru takšnega načina ravnanja se je štel, da je zavezanec okrnil (dobro) vero (... *nec enim salva fide* ...), kar je pomenilo, da je izpolnjen pogoj za obsodbo zavezanca v skladu z intencijo tožbene formule v razmerjih *bonae fidei*.

Prvi nam poznani primer upoštevanja malomarnega ravnanja v pogledu oblike krivde izhaja iz Cicerovega govora *Pro Sexto Roscio Amerino*:³⁰

Cic. *Pro. Ros. Am.* (111-113): *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam neglegentius, eius maiores summum admisisse dedecus existimabant* ...³¹

Pravni pomen obravnavanega odlomka je sporen. Odlomek govori o odgovornosti mandatarja. Teoretiki si niso enotni glede pomena omenjenega odlomka za naše razumevanje odgovornosti rimskega mandatarja.³² Ni jasno ali je v tem času malomarnost že pojmovana kot pravno-tehnični pojem vrste krivde. Slednje najverjetneje v tem razvojnem obdobju še ni moglo biti podano. Vsekakor pa nam kaže na morebitno upoštevanje malomarnosti kot kršitve načela dobre vere že v predklasičnem času.

²⁹ Cels. D. 16, 3, 32 (*l. 11 Dig.*): Kar je rekel Nerva, da je velika malomarnost naklep, Prokulu ni ugajalo, meni pa se zdi zelo resnično. Tudi če nekdo namreč ni skrben do takšne mere, kot jo zahteva človekova narava, kljub temu ni brez prevare, če pri hrambi ne pokaže skrbnosti po svoji običajni meri. Ne da bi namreč okrnil (dobro) vero, ne bo mogel pokazati manjše skrbnosti, kot v lastnih zadevah.

³⁰ Cicerov govor *Pro Sexto Roscio Amerino* je nastal leta 80 pr. Kr. v času Sulove diktature. *Sextus Roscius* ml. je bil obtožen naklepnega umora (*parricidium*), Cicero pa je nastopal kot njegov zagovornik pred kazenskim sodiščem. Podrobneje glede tega dela gl. A. Dyck, 2003, str. 235-246.

³¹ Cic. *Pro. Ros. Am.* (111-113): Če je nekdo v zasebnih zadevah izvršil naročilo ne samo zvičajno za svoj dobiček ali korist, temveč tudi kadar je ravnal malomarno, je s tem po mnenju naših prednikov ravnal zelo nečastno ...

³² *Mitteis* je menil, da je mandatar na začetku odgovarjal le za določno ravnanje. Tako utemeljuje, da iz sintagme »*negligentius gessisse*« ne izhaja odgovornost mandatarja za *diligentia*. Pri tem mandatar po njegovem ni odgovarjal za skrbnost, temveč za krivdo, ki ni bila utemeljena na nikakršni zasebni koristi, za posledico pa je imela infamijo. Prim. *Mitteis*, 1908, str. 325. Drugačno mnenje zastopa *A. Watson*, ki navaja, da je mandatar vsaj v določenih primerih odgovarjal tako za naklep (*dolus*) kot tudi za malomarnost (*neglegentia*). Prim. *Watson*, 1961, str. 199.

V nekaterih primerih je bila kršitev načelu dobre vere podana tudi v primeru, če zavezanec ni (ob)varoval predmeta obveznosti, ki mu je bil zaupan. Tukaj je šlo za takšna razmerja, kjer so že po naravi stvari šteli, da pošteno ravnanje v pogodbenem razmerju vsebuje tudi varovanje predmeta pogodbe pred določenimi ustaljenimi in preprečljivimi riziki. Krivda je bila tipizirana v kršitvi obveznosti glede izpolnitve tistega, kar se je dolžnik zavezal upniku izpolniti. Pri tem se ob morebitni kršitvi pogodbe ni ugotavljala krivda konkretnega zavezanca, temveč se je zavezancu pripisala krivda na podlagi samega ravnanja, saj bi pošten sopogodbenu stvar obvaroval in jo vrnil. Ščasoma so rimski klasični pravniki tudi tukaj pričeli argumentirati odgovornost na podlagi krivde zavezanca.³³

Navkljub kazuističnemu pristopu rimskih pravnikov najdemo v virih oblikovanje pojma malomarnosti kot pravno-tehničnega termina. Takšen primer je odlomek Paul. D. 9, 2, 31 (*l. 10 ad Sab.*): *Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provi-sum aut tum denuntiandum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.*³⁴

Odlomek je pomemben za opredelitev različnih oblik krivde, to je razločevanje naklepa od malomarnosti. Čeprav uporablja Pavel v odlomku za vse oblike krivde enotno besedo *culpa*, izhaja iz njegove vsebine jasna delitev krivde na dve podvrsti, na naklep

³³ Glej odlomke Gai. D. 13, 6, 18, pr. (*l. 9 ad ed. provinc.*) in Ulp. D. 13, 6, 5, 9 (*l. 28 ad ed.*).

³⁴ Paul. D. 9, 2, 31, pr. (*l. 10 ad Sab.*): Če je obrezovalec, ko je z drevesa vrgel vejo ali delavec pri gradbenem stroju ubil mimoidočega sužnja, odgovarja takrat, če pade (stvar) na javno površino in tudi če ni zavpil, da bi se bilo tako mogoče izogniti nesreči (dobesedno: naključju). Toda Mucij je tudi dejal, da je mogoče tožiti zaradi krivde, če se je isto zgodilo na zasebnem zemljišču. Krivda pa je v tem, da tistega, kar bi lahko skrbni predvidel, (povzročitelj) ni predvidel, ali da je šele takrat naznanil (nevarnost), ko se ji ni bilo mogoče več izogniti. Pri tem razlogovanju ni posebej pomembno ali je šel preko javnega ali zasebnega zemljišča, ker se pogosto hodi tudi preko zasebnih zemljišč. Če pa (pod drevesom) ni bilo (nobene) poti, odgovarja (povzročitelj) zgolj toliko, da ni naklepoma vrgel na tistega, ki ga je videl iti mimo. Kajti od njega ni mogoče uveljavljati krivde, če ni mogel predvideti, ali bo kdo šel tam čez.

in malomarnost.³⁵ V prvem delu odlomka opredeljuje Pavel, kdaj gre za malomarno ravnanje. Govori o krivdi (*culpa*) in skrbnosti (*diligentia*) ter o povezavi krivde z opuščanjem skrbnosti. Krivda je v tem, da povzročitelj ni storil tistega, kar bi (abstraktna) skrbna oseba storila. Takšna oseba bi namreč pravočasno naznanila nevarnost, ki je grozila mimoidočim po javni poti, ali pa bi predvidela, kdaj je primeren čas za to, da odvrže odrezano vejo na javno pot. Opuščanje skrbnosti pa je malomarno ravnanje povzročitelja, saj povzročitelj ni hotel ali privolil, da nastane protipravna posledica. Odlomek je vsebinsko enak odlomku iz Justinijanovih Institucij 4, 3, 5.³⁶ Iz drugega dela odlomka Paul. D. 9, 2, 31, pr. (l. 10 *ad Sab.*) izhajata druga (strožja) oblika krivde, to je naklep. Klasik namreč v primeru, da pod drevesom ni bilo speljane poti, razširi možnost ekskulpacije povzročitelja škode. V takšnem primeru slednji za malomarno ravnanje ne odgovarja. Odgovarja namreč le za hoteno (naklepno) ravnanje.

Obravnavani odlomek nam lepo prikaže, kako so rimski pravniki klasične dobe v konkretnih primerih z argumentacijo razvijali krivdo povzročitelja po akvilijskem zakonu. Odlomek nam nazorno kaže, da so rimski klasiki medsebojno razlikovali in tudi upoštevali obe krivdni obliki, tako naklep kot udi malomarnost. V določenih primerih so od pravnih subjektov zahtevali skrbno ravnanje, kakor bi ravnala abstraktna skrbna oseba. V teh primerih je bila odgovornost podana že v primeru malomarnega ravnanja. Zopet v drugih primerih pa so sankcionirali zgolj naklepno povzročitev škode.³⁷ Razlikovanje med dejanskimi primeri, v katerih se je kot vrsta krivde upoštevala malomarnost in med tistimi, kjer je povzročitelj odgovarjal le za naklepno ravnanje, je bilo argumentacijsko utemeljeno na različnih dejanskih položajih. Slednje

³⁵ Kaser, 1971, str. 504. Avtor opozarja, da sta pojma *dolus* in *culpa* v (klasičnem) rimskem pravu sicer primerljiva z modernima pojmom naklepa in malomarnosti, vendar s pomembno razliko. V rimskem pravu imata oba izraza več različnih pomenov in ozko koneksnost s samim dejanjem povzročitelja. Izraz *Culpa* je bil sprva pravni termin, ki je na splošno označeval krivdo. Obsegal je torej tako malomarnost, kot tudi naklep. Šele pozneje se je uveljavil kot strokovni pravni termin za malomarnost, ter predstavljal nasprotje naklepu. Gl. tudi Honsell *et al.*, 1987, str. 231.

³⁶ Inst. 4, 3, 5: »*Item si putator ex arbore deiecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est neque praeclamavit, ut casus evitari possit, culpa reus est: si praeclamavit neque ille curavit cavere, extra culpam est putator. Aequae extra culpam esse intellegitur, si seorsum a via forte vel in medio fundo caedebat, licet non praeclamavit, quia eo loco nulli extraneo ius fuerat versandi.*« Glede malomarnosti v opustitvenem ravnanju gl. Gai. D. 9, 2, 8, pr. (l. 7 *ad ed. provinc.*). Primerjaj tudi Paul. D. 9, 2, 9, 10 (l. 22 *ad ed.*).

³⁷ Rimski pravniki so v sistemizaciji ter abstrakciji pravnih pojmov in institutov videli celo nevarnost za njihovo nadaljnjo uporabo. Prim.: Iav. D. 50, 17, 202 (l. 11 *Epist.*): »*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti potest.*«

izhaja iz omenjenega odlomka Paul. D. 9, 2, 31, pr. (*l. 10 ad Sab.*). Pomemben razlikovalni kriterij je bil, ali je pod zemljiščem speljana pot ali ne. Prav ta okoliščina se je klasiku zdela tako pomembna, da je za vsak izmed omenjenih primerov drugače opredelil odgovornost povzročitelja. Na javnem zemljišču in ob poti je bilo potrebno izkazovati posebno skrbnost, zato je povzročitelj škode naključnemu mimoidočemu odgovarjal že za malomarno škodno ravnanje. Na zasebnem zemljišču, kjer ni bilo speljane poti se očitno ni zahtevala posebna skrbnost. Povzročitelj je odgovarjal le, če je škodo povzročil hote, to je naklepoma.

Besedo *culpa* bi bilo v odlomku mogoče razumeti kot krivdo na splošno. Vendar je iz konteksta odlomka razvidno, da je imel klasik z njo v mislih malomarnost. V odlomku opazimo poizkus njenega abstraktnega definiranja, ki se približuje modernemu pravnemu pojmovanju (*«... culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum ...»*). Malomarnost je torej takšna oblika krivde, kjer se ravnanje konkretnega povzročitelja škodnega dogodka primerja z abstraktnim namišljenim vzorom. Krivda je v tem, da povzročitelj ni predvidel nastopa tistih (nevarnih) okoliščin oziroma posledic, ki bi jih bil predvidel tisti, ki bi bil ravnal skrbno.³⁸

Zaradi tesne povezanosti materialnega prava s procesnim pravom se je tudi krivda posledično razvijala pretežno v odvisnosti od tožbenih formul posameznih akcij. Pri določenih akcijah *bonae fidei* je kot posledica obsodbe toženca zadela infamija. Pri obligacijskih razmerjih družbe, naročila, hrambe, fiducije in varuštva je bil zavezanec zavezan drugi pogodbeni stranki k varovanju medsebojnega zaupanja in je zato z obsodbo zaradi kršitve tega zaupanja postal nečasten (*infames*)³⁹. Sprva je domnevno prišlo do te, za dolžnika zelo hude posledice, le v primerih, kjer je dolžnik ravnal določno v smislu hotenega (namernega) ravnanja⁴⁰. Kasneje se je odgovornost dolžnika tudi pri teh pogodbenih razmerjih, z izjemo vrnitvenega zahtevka *in factum concepta* pri hrambi,⁴¹ razširila tudi na malomarno ravnanje. Na izenačevanje velike malomarnosti z naklepom v poznem klasičnem pravu kaže

³⁸ Odlomek je bil predmet razprav med romanisti. Vprašljiva je predvsem njegova klasična narava. Gl. Arangio-Ruiz, 1927, str. 247-248.

³⁹ Kaser, 1971, str. 511.

⁴⁰ Mitteis, 1908, str. 325.

⁴¹ Tožbena formula vrnitvenega zahtevka *in factum concepta* pri *actio depositi* se je glasila izključno na *«dolo malo redditam non esse»*. Prim.: Gai. 4, 47. Prim. tudi Kaser, 1971, str. 510.

zgoraj obravnavani odlomek Cels. D. 16, 3, 32 (*l. 11 Dig.*), kjer je Celz takšen pogled pripisal že pravniku Nervi⁴².

Preostale akcije *bonae fidei*, ki niso imele za posledico infamije toženca, so se v primerjavi z infamirajočimi akcijami lažje širile na dejanske stane odgovornosti za malomarno ravnanje in celo za varovanje predmeta obveznosti.⁴³ V odlomkih klasičnih rimskih pravnikov v Justinijanovih Digestah srečamo veliko primerov, kjer pogodbenne stranke odgovarjajo za malomarno ravnanje. Glede njihove avtentičnosti se odpira vprašanje v kolikšni meri vsebujejo avtentično materijo klasičnega rimskega prava. Glede tega menimo, da do velikih sprememb snovi s strani Justinijanovih kompilatorjev dejansko ni moglo priti. Glede na relativno malo časa, ki so ga imeli na razpolago za predelavo izjemno obsežne in medsebojno neusklajene pravne materije je mogoče domnevati, da se je njihovo delo pretežno osredotočilo na izločanje tistih spisov, ki so jih šteli za zastarele in posledično neprimerne spremenjenim družbenim razmeram⁴⁴. Vsekakor med romanisti danes ni vprašljivo, da je prišlo do določenih posegov v besedila klasičnih pravnikov.

3. Utilitetno načelo

V pravu rimskega klasičnega obdobja so bile prisotne težnje, da bi odgovornost pogodbenega zavezanca stopnjevito sistematizirali po načelu koristnosti (t.i. utilitetnem načelu). Stranka, ki ima od posla določeno korist, naj odgovarja strožje, kot tisti sopogodbenuk, ki nima koristi in sklenu posel zgolj zaradi interesa sopogodbenuka. Takšna ureditev odgovornosti je bila seveda *ius dispositivum* in je prišla v poštev le, če v konkretnem primeru ni bilo med strankami pravnega posla drugačnega dogovora glede odgovornosti.

Velika večina pravnih poslov je bila seveda ekonomsko odplačnih. Takšni posli so pomenili torej ekonomsko korist za oba sopogodbenuka, kot je to na primer pri prodaji. Odvisnost odgovornosti glede na koristnost pa se je po naravi stvari najprej uveljavila pri nekaterih enostransko obveznostnih poslih,⁴⁵ iz katerih

⁴² Kaser, 1971, str. 510. Pri tem misli Celz najverjetneje na *N. Cocceius Nerva* starejšega, ki je deloval v prvi polovici prvega stoletja, saj v odlomku ni sintagme *nerva* mlajši (*Nerva filius*).

⁴³ Kaser, 1971, str. 510-511. Gl. tudi Arangio-Ruiz, 1927, str. 173.

⁴⁴ Kaser, 1975, str. 35.

⁴⁵ Kot enostransko obveznostne smo poimenovali tiste pravne posle, ki ustvarjajo zavezo le za eno

so izhajali vrnitveni zahtevki, kot na primer pri shranjevalni ali posodbeni pogodbi.

Rimska shranjevalna pogodba (*depositum*) je bila praviloma v interesu položnika (deponenta), shranjevalec (depozitar) od nje ni imel nikakršne koristi. Na podlagi tožbe z vrnitvenim zahtevkom *actio depositi in factum concepta* je deponentu odgovarjal zgolj za določno ravnanje.⁴⁶ Drugače pa je depozitar pri tožbi z odškodninskim (dajatvenim) zahtevkom *actio depositi in ius concepta* odgovarjal za vsa ravnanja, ki nasprotujejo načelu dobre vere in poštenja.⁴⁷

Pri posodbeni pogodbi (*commodatum*) je izposojevalec, ki je imel od posla korist, odgovarjal tudi za malomarno ravnanje in celo za varovanje izposojene stvari:

Ulp. D. 13, 6, 5, 2 (*l. 28 ad. ed.*): *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*⁴⁸

Klasični pravniki so pri svojih rešitvah primerov glede opredeljevanja odgovornosti upoštevali vsakokratne interese pogodbenih strank. Teorija ugotavlja, da kljub temu ne bi mogli trditi, da so se pri svojih utemeljitvah rešitev praktičnih primerov v tem času že ravnali po splošnem pravnem načelu.⁴⁹ Avtor sicer navaja, da so zametki temeljne zamisli povezave krivde s koristjo, ki za stranke izhaja iz pravnega posla, nedvomno obstajali že v

stranko.

⁴⁶ Kaser, 1971, str. 512. Gl. tudi odlomek Gai. 4, 47.

⁴⁷ Gl. odlomek Gai. 4, 47.

⁴⁸ Ulp. D. 13, 6, 5, 2 (*l. 28 ad. ed.*): Zdaj (pa) je treba pogledati, kaj se upošteva pri tožbi iz posodbene pogodbe (dobesedno: kaj pride v tožbo iz posodbene pogodbe), ali samo naklep, ali tudi malomarnost, ali pa tudi (odgovornost za) vsako nevarnost. V pogodbah namreč včasih odgovarjamo samo za naklep, včasih (pa) tudi za malomarnost: (samo) za naklep (odgovarjamo) pri shranjevalni (pogodbi): ker namreč ne nastane nobena korist (za) tistega, pri katerem se (stvar) shrani, se po pravici odgovarja le za naklep. Kolikor morda ni bilo dogovorjeno plačilo (takrat se namreč, kot je bilo določeno tudi s cesarsko konstitucijo, odgovarja vrh tega za malomarnost), ali če ni bilo to dogovorjeno (že) na začetku, da naj odgovarja za malomarnost in nevarnost (naključja) tisti, pri komur je (stvar) shranjena. Kjer pa je po sredi korist obeh, kot pri kupni (pogodbi), pri *locatio conductio*, doti, zastavni pogodbi kot (tudi) pri družbeni pogodbi, se odgovarja za naklep in malomarnost.

⁴⁹ Nörr, 1956, str. 69. Podobno tudi Kaser, 1971, str. 512.

klasičnem pravu. Vendar hkrati opozarja, da je potrebno pri tem razlikovati na eni strani med utilitetno zamislijo kot pravodajnim motivom (nagibom), ki pride do izraza zlasti pri argumentiranju odločitev v konkretnih primerih in na drugi strani med utilitetnim načelom z občo (pozitivnopravno oziroma vsaj dogmatično) veljavo⁵⁰. Predvsem je vprašljiv klasični rimski izvor tistih fragmentov, ki predstavljajo edini oprijemljivi avtentični vir glede pravnega položaja v klasični dobi rimskega prava.⁵¹ D. Nörr je glede tega vprašanja na stališču, da je smiselnost ugotavljanja klasičnega izvora utilitetnega načela glede določanja odgovornosti vprašljiva. Kakor hitro je namreč na določeni razvojni stopnji prišlo do diferenciranja stopenj krivde, je bil utilitetni motiv zgolj eden izmed različnih motivov, ki so vodili pravnike v njihovih argumentacijah primerov. Nadalje ugotavlja, da se je že s samo okoliščino upoštevanja različnih krivdnih oblik in oblik odgovornosti kot so *dolus*, *culpa* in *custodia* postavilo vprašanje interesov različnih pogodbenih strank v pogodbenih razmerjih. Natančnega časa takšnega razvoja določanja odgovornosti v odvisnosti od koristi strank zaradi pomanjkanja relevantnih virov sicer ni mogoče določiti, zagotovo pa naj bi se prvo obdobje diferenciacije krivdnih oblik v rimskem pravu zaključilo v večjem delu s koncem rimske republike⁵².

D. Nörr ugotavlja, da je utilitetni motiv prišel najprej do izraza pri tistih razmerjih, ki so sodila v *bonae fidei iudicia*. Tam je bilo glede na sodniku dane možnosti oziroma manevrski prostor sodnika glede na vrsto tožbene formule mogoče upoštevati različne krivdne oblike.⁵³ Iz posameznih primerov klasičnega prava, kjer so pri določanju odgovornosti izhajali iz koristi pogodbenih

⁵⁰ Nörr, 1956, str. 114.

⁵¹ Glede avtentičnosti obravnavanega odlomka Ulp. D. 13, 6, 5, 2 (*l. 28 ad. ed.*) imajo nekateri določene pomisleke. M. Kaser ga sistemsko navaja kot avtentičen primer klasične materije. Gl. Kaser, 1971, str. 512. K odlomku pristopa metodološko D. Nörr, ki avtentičnost odlomka utemeljuje z dejstvom, da je v njem uporabljena besedna sintagma »*nunc videndum est*«, ki je značilna za klasičnega pravnika Ulpijana. Prav tako govori po mnenju avtorja v prid avtentičnosti odlomka vsebinska primerjalna zoperstavitev shranjevalne in posodbene pogodbe, ki je značilna za pravnike klasičnega časa. Po drugi strani pa govori nelogična zgradba odlomka v prid tezi, da je bil slednji v postklasičnem času močno predelan. Dikcija odlomka se namreč najprej vprašuje, ali se pri hrambi odgovarja bodisi za *dolus* bodisi za *culpa* bodisi za *omne periculum*. Avtor odlomka postulira torej vsebinsko členitev na tri dele. Takoj zatem, ko preide vsebina na utilitetno načelo, pa določa, da se pri pogodbah odgovarja bodisi za *dolus* bodisi tudi za *culpa*. V tem delu je razvidna vsebinska dvodelnost delitve krivde. Prim. D. Nörr, 1956, str. 114.

⁵² Nörr, 1956, str. 114-115.

⁵³ Več o tem vprašanju gl. D. Nörr, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens, stran 115. Avtor ugotavlja, da v tem razvojnem obdobju lahko govorimo zgolj o utilitetnem motivu in ne o (pravno-dogmatičnem) utilitetnem načelu.

strank, je najverjetneje šele postklasična pravna šola razvila splošno načelo obligacijskega prava o odvisnosti abstraktnih dejanskih stanov odgovornosti od dejstva ali ima konkretni sopogodbenik (pogodbena stranka) od pogodbene razmerja korist ali ne⁵⁴.

V moderni romanistiki je poznano pod poimenovanjem utilitetno (koristnostno) načelo (nem. Utilitätsgedanke; angl. the Principle of Utility). To načelo se je uporabljalo subsidiarno v primeru, da se stranki v konkretnem primeru nista glede odgovornosti drugače dogovorili. V občem pravu je veljalo, da naj tista stranka obligacijskega razmerja, ki ima glede slednjega interes, v primeru neizpolnitve ali nepravilne izpolnitve obveznosti odgovarja tako za naklepno kot tudi za malomarno ravnanje, tista stranka, ki nima interesa, pa samo za naklepno ravnanje⁵⁵:

Afr. D. 30, 108, 12 (l. 5 *Quaest.*): *Cum quid tibi legatum fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*⁵⁶

in

Ulp. D. 50, 17, 23 (l. 29 *ad Sab.*): »*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae,*

⁵⁴ Kaser, 1971, str. 512.

⁵⁵ Kaser, 1971, str. 512. Enako navajata tudi Zimmermann, 1996, str. 198 in Korošec, 1980, str. 243.

⁵⁶ Afr. D. 30, 108, 12 (l. 5 *Quaest.*): Če ti je bilo nekaj voljeno in ti je bilo s fideikomisom naročeno, da mi (kot fiduciar slednje) vrneš, kadar nisi iz oporoke prejel nobene druge naklonitve, mi odgovarjaš le, če naklepno nisi zahteval volila, sicer pa je bil (Julijan) mnenja, da mi odgovarjaš tudi za malomarnost. Kot velja pri kontraktih *bonae fidei*, da se odgovarja tudi za malomarnost, če imata oba sopogodbenika korist, če pa jo ima en sam, se odgovarja samo za naklep.

*tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*⁵⁷

Navedena odlomka nam prikazujeta ureditev odgovornosti in krivde po utilitetnem načelu. *M. Kaser* in *D. Nörr* pri tem opozarjata, da je klasični izvor obravnavanih odlomkov vprašljiv⁵⁸. Najverjetneje drži, da so oba navedena odlomka (vsaj v določenem delu) predelali v postklasični dobi in nam ne kažeta stanja glede pogodbene odgovornosti v klasičnem pravu,⁵⁹ temveč zlasti v postklasičnem času. Takrat se je najverjetneje tudi izoblikovalo, iz motiva koristi, prisotnega v klasični dobi, obče sprejeto (materialnopravno) utilitetno načelo, po katerem se je pogodbena odškodninska odgovornost ravnala glede na korist pogodbenih strank iz pravnega posla.

Utilitetno načelo je urejalo krivdno odgovornost. Po utilitetnem načelu se je določalo ali odgovarja sopogodbenik samo za naklep (in z njim izenačeno) veliko malomarnost ali pa tudi za (malo) malomarnost, kot je razvidno iz zgoraj obravnavanega Afrikanovega odlomka Afr. D. 30, 108, 12 (*l. 5 Quaest.*: »... *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*«). Tisti zavezanec, ki od pravnega razmerja ni imel koristi, je odgovarjal manj strogo, in sicer le za naklep in veliko malomarnost. Posledično torej ni odgovarjal za vsako krivdo. Nasprotno je tisti zavezanec, ki je imel od pogodbenega razmerja korist, odgovarjal za vsako krivdo, to je tudi za majhno malomarnost. Utilitetno načelo je torej določalo odgovornost med obema vrstama malomarnosti.

⁵⁷ Ulp. D. 50, 17, 23 (*l. 29 ad Sab.*): Pri nekaterih pogodbah se odgovarja samo za naklep, pri nekaterih za naklep in malomarnost. Samo za naklep: pri shranjevalni pogodbi in prekariju; za naklep in malomarnost: pri naročilu, posodbi, prodaji, zastavni pogodbi, pri *locatio conductio*, enako pri prepustitvi dote, varuštvu (nedoraslih), poslovodstvu brez naročila: pri teh tudi za skrbnost. Družbena pogodba in (naključna) premoženjska skupnost upoštevatata naklep in malomarnost. Toda to (pride v poštev) takrat, če ni bilo pri konkretni pogodbi kaj izrecno dogovorjeno (bodisi za večjo ali manjšo odgovornost): kajti upoštevalo se bo tisto, kar je bilo dogovorjeno na začetku, (pogodba je vsebovala posebno določilo), razen tistega, kar po Celzovem mnenju ne velja, če je bilo dogovorjeno, da se ne odgovarja za naklep. To namreč nasprotuje tožbi *bonae fidei* in tako velja. Tudi za primere smrti pri živalih, ki se zgodijo brez krivde, za pobege sužnjev, ki se običajno ne varujejo, za rope, nereda, požare, povodnji, roparske vpade, nihče ne odgovarja.

⁵⁸ Nörr, 1956, str. 102. Avtor opozarja, da je glede prvega odlomka Afr. D. 30, 108, 12 (*l. 5 Quaest.*) zelo negotovo, ali so klasiki (tudi) za primer fidejkomisa že poznali odgovornost za malomarno ravnanje. Drugi del odstavka (od besedice *sicut* dalje) pa po ugotovitvah avtorja zagotovo ne sodi v klasično pravo. Temu pritruje tudi *M. Kaser*, ki ugotavlja, da sta bila oba navedena odlomka predelana in da nam kvečjemu kažeta stanje v postklasičnem pravu. Gl. Kaser, 1971, str. 512.

⁵⁹ Kaser, 1971, str. 512. Glede domnevnega položaja krivdnih oblik pri pogodbeni odškodninski odgovornosti v klasičnem pravu gl. tudi D. Nörr, 1956, str. 68.

Iz odlomka Ulp. D. 50, 17, 23 (*l. 29 ad Sab.*) je razvidno, da je utilitetno načelo veljalo subsidiarno. V poštev je prišlo le v tistih primerih, kjer se sopogodbenika nista dogovorila za drugačno odgovornost v pogodbenem razmerju (*»Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), ...«*). Pri tem sta bili pogodbeni stranki omejeni s tem, da se z dogovorom nista mogla razbremeniti odgovornosti za naklep, kar je prav tako razvidno iz Ulp. D. 50, 17, 23 (*l. 29 ad Sab.*) (*»... excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur ...«*). Enako je veljalo tudi za veliko malomarnost, kar je razvidno iz zgoraj obravnavanega Celzovega odlomka Cels. D. 16, 3, 32 (*l. 11 Dig.*). Zato tudi ni bil mogoč dogovor, da sopogodbenik ne bi odgovarjal za veliko malomarnost. S pogodbo je tako bilo mogoče izključiti le odgovornost za majhno malomarnost. Pogodbena svoboda glede določanja odgovornosti pa je bila po drugi strani omejena tudi s tem, da se nihče ni mogel veljavno zavezati, da bo odgovarjal za višjo silo.⁶⁰

Od utilitetnega načela so obstajale nekatere izjeme. Takšna izjema je bila denimo pri naročilu (mandatu), kjer iz zgoraj obravnavanega odlomka Ulp. D. 50, 17, 23 (*l. 29 ad Sab.*)⁶¹ izhaja, da je prejemnik naročila odgovarjal tudi za (majhno) malomarnost kljub temu, da iz (vsaj formalno) neodplačnega mandata⁶² ni imel nikakršne koristi. Kot izjemo od utilitetnega načela bi lahko označili tudi odgovornost za skrbnost, ki jo sopogodbenik kaže v lastnih zadevah (*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*).⁶³ V tem primeru se je malomarnost presojala glede na konkretno merilo, to je skrbnost konkretnega povzročitelja. Pri razmerjih, kjer se je ta pojavljala, kriterij za določanje odgovornosti ni bila korist pogodbene stranke od pravnega razmerja, temveč se je prepletal interes vseh udeleženih sopogodbenikov. Tako so na primer

⁶⁰ Gl. na primer odlomka Gai. D. 44, 7, 1, 4 (*l. 2 Aureor.*) in Inst. 3, 14, 2.

⁶¹ Nekateri dvomijo v klasičen izvor tega odlomka. Iz odlomka Mod. Coll. 10, 2, 3 namreč izhaja, da je prejemnik naročila odgovarjal samo za naklep. Prim. Mod. Coll. 10, 2, 3: *»In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.«*

⁶² Odplačno naročilo bi bilo nično kot izhaja iz Pavlovega odlomka Paul. D. 17, 1, 1, 4 (*l. 32 ad ed.*): *»Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.«* M. Kaser pri tem opozarja, da so na podlagi naročila opravljali tudi nekatere dejavnosti večjega ugleda, ki jih višji stanovi niso smeli opravljati odplačno. Kot odmeno za opravljanje takšnih dejavnosti so prejeli določeno nagrado (*honorarium*). Prim. Kaser, 1971, str. 578.

⁶³ Prim. odlomek Gai. D. 17, 2, 72 (*l. 2 Rerum cottidianarum sive aureorum*).

družbeniki ali tisti, ki so bili v neki naključni premoženjski skupnosti, imeli skupen interes na uspešnem izvrševanju skupnih zadev. Glede skrbnosti kot v lastnih zadevah smo že povedali, da gre dejansko za odgovornost za naklep, saj sopogodbenu ne bi mogel ravnati drugače kot je navajen glede lastnih zadev, ne da bi se za to odločil zavestno in hote⁶⁴. Zavest in hotenje določene posledice, v tem primeru drugačnega načina ravnanja, pa sta elementa naklepa. Vendar gre tako pri odgovornosti prevzemnika naročila kot tudi družbenika za skrbnost kot v lastnih zadevah za subjektivno odgovornost. Izjema od utilitetnega načela, pri kateri je bila odgovornost pogodbenega zavezanca objektivna, pa je bila odgovornost za varovanje stvari.

4. Zaključek

Upoštevanje krivde pri predpostavki odgovornosti v pravu predstavlja velik civilizacijski dosežek, ki neposredno vpliva na pravni položaj posameznika. Pred razvojnimi pričetki upoštevanja krivdne odgovornosti je bila krivda v pravih starega veka, kjer zgodnje rimsko pravo ni bilo izjema, tipizirana, kar pomeni, da se je povzročitelja protipravne posledice preprosto štelo za krivega že zaradi same povzročitve posledice, ne da bi se pri tem pravo vsebinsko oziralo na razloge na strani konkretnega povzročitelja, ki so pripeljali do takšne posledice. To je pomenilo, da je tisti, ki je povzročil protipravno posledico brez lastne krivde kot subjektivnega odnosa do nastale posledice, kljub temu odgovarjal in ga je tudi zadela pravna sankcija, ki je bila lahko v primeru nehotene povzročitve smrti človeka tudi smrtna kazen na podlagi talionskega načela. Zgodnji primer upoštevanja krivde zasledimo v rimskem pravu že v Zakoniku XII plošč (*lex duodecim tabularum*), kjer je bilo določeno, da če je orožje bolj ušlo iz rok kot pa bilo vrženo (in zadelo svobodnega človeka) mora storilec dati ovna⁶⁵ (za žrtvovanje namesto talionske povračilne sankcije do svobodnega človeka). Takšno upoštevanje krivde v rimskem pravu predstavlja velik civilizacijski dosežek proti tistemu položaju, ki ga v sodobnih pravih označujemo kot upoštevanje človekovih pravic. Kljub kazuistični naravi in precejšnji odsotnosti sistemizacije v rimskem pravu, so v rimskih virih zaradi upoštevanja subjek-

⁶⁴ Janez Kranjc, 2008, str. 857.

⁶⁵ Rekonstrukcija Zakonika XII plošč, tab. 24a: »Si telum manu fugit magis quam iecit, aries subicitur.«

tivnega odnosa storilca do nastale protipravne posledice opazni jasni pogledi, ki varujejo posameznika pred pretirano represijo pravnega sistema kot takšnega. Predvsem se takšen pogled razširi v času ob koncu rimske republike, ko se prične upoštevati tudi malomarnost kot oblika krivde (poleg naklepa), ki že predstavlja abstraktno in (dokaj) sistemsko kategorijo upoštevavanja povzročiteljevega subjektivnega odnosa do nastale posledice, to je njegove krivde.

Upoštevanje malomarnosti kot sistemske oblike krivde in celo vzpostavitev sistema za njeno opredeljevanja po načelu koristi od pravno-poslovnega razmerja, kaže jasne tendence po sistematični ureditvi male malomarnosti kot najpogostejše in hkrati (glede na stopnjo krivde) najšibkejše vrste odgovornosti, ki je po svoji naravi abstraktna in je očitek povzročitelju pravzaprav v okoliščini, da bi moral poznati zahtevo prava glede skrbnosti v določenem ravnanju in se tega ni držal. V tem pogledu je rimski razvoj malomarnosti kot krivdne oblike pripeljal do današnjih ureditev načela skrbnosti v modernih pravih t.i. rimsko-germanske pravne družine.

SEZNAM LITERATURE

- Arangio-Ruiz, V. (1927). *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. Napoli: Nicola Jovene & C. Editori.
- Cigoj, S. (2000). *Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava*. Ljubljana: Založba Uradni list Republike Slovenije.
- Dyck, A. (2003). Evidence and Rhetoric in Cicero's Pro Roscio Amerino: The Case Against Sex. Roscius. *The Classical Quarterly*, vol. 53, no. 1, str. 235-246.
- Honsell, H., Mayer-Maly, T., Selb, W. (1987). *Römisches Recht*. Berlin et al.: Springer Verlag.
- Kaser, M. (1971). *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1975). *Das Römische Privatrecht, zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*. München: C. H. Beck.
- Korošec, V. (1980). *Rimsko pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
- Kranjc, J. (2008). *Rimsko pravo*. Ljubljana: GV Založba.
- Kunkel, W. (2001). *Die römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung, Unveränderter Nachdruck*. Köln: Böhlau.
- Larenz, K. (1987). *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck.
- Medicus D. (1993). *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck.
- Medicus, D. (1969). *Zur Funktion der Leistungunmöglichkeit*. München: ZSS.
- Mitteis, L. (1908). *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Band I*. Leipzig: Duncker/Humboldt.
- Nörr, D. (1956). Die Entwicklung des Utilitätsgedankens. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*. Št. 73, str. 68-119.
- Schlechtriem, P. (1997). *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*. Tübingen: J. C. B. Mohr; P. Siebeck.
- Watson, A. (1961). *Contract of Mandate in Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.

SEZNAM RIMSKIH VIROV

Codex Iustinianus, ed. Krüger, P. (1954). Corpus Iuris Civilis II. Berlin.
Iustiniani Digesta, ed. Mommsen, T., Krüger, P. (1954). Corpus Iuris Civilis I. Berlin.
Gai Institutionum commentarii quattuor, ed. Kübler, B. (1935). Leipzig.