

Др Мајдолна Сич, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

IUDICIA BONAE FIDEI¹

Сажетак: *Iudicia bonae fidei* је парнични поступак у ком судија по службеној дужности води рачуна о *bona fidesy*, тј. о њонашанју странака у оном односу који је довео до спора, а које је било сујројино принципну савесности и поштења. Ова судијина обавеза се базира на клаузули прејторове формуле: судија осуди туженог на све оно што је обавезан да да или учини на основу савесности и поштења („*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“). У овом раду ће бити разматрана много дискутиована питања наситанка, основа, као и функције ове врсте поступка у римском праву.

Кључне речи: *iudicia bonae fidei*, *bona fides*, *aequitas*, римско право, грађански поступак

1. УВОД

Уопштено посматрано *iudicia bonae fidei* је парнични поступак у ком судија који изводи доказни поступак (*apud iudicem*) на основу формуле састављене у поступку који води магистрат (*in iure*), а која садржи клаузулу о *bona fidesy*: судија осуди туженог на све оно што је обавезан да да или учини на основу савесности и поштења („*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“) има обавезу да испита случај у целини, дајући странкама могућност да се позову на несавесно и непоштено понашање супротне стране, да би пресуда била добра и правична. Тужбе путем којих се ови поступци покрећу назване су *actiones bonae fidei*. Насупрот овом поступку стоји поступак стриктног права (*iudicia stricti iuris*). У овом поступку судија поступа строго по праву и нема овлашћење да узме у обзир околности које указују на непоштовање принципа *bona fides*. То су спорови најстаријег римског права поводом правних послова код којих се примењује правило „како су изговорене речи, нека је то право“ (*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*),² а од

¹ Оај рад је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета у Новом Саду: „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“.

² Закон XII таблица, VI, 1.

каснијих они, заштићени тужбом названом *condictio*, као што је, на пример, правно неосновано богаћење. Временом, међутим, и у овим споровима је било могуће водити рачуна о несавесним и непоштеним односима странака ако је то истакнуто у виду приговора (*ope exceptionis*) у поступку пред претором (*in iure*) и било је уписано у преторову формулу. У овом случају је судија у поступку *apud iudicem*, обзиром на то да је приговор био уведен у преторову формулу, изводио доказни поступак и по приговору преваре, принуде, закљученог споразума о отпусту дуга итд. Међутим, ако су странке занемариле да истакну несавесно и непоштено понашање друге стране у поступку пред претором, то више нису могле да учине у поступку пред судијом, јер је судија у овом случају био овлашћен да изводи доказни поступак само о ономе што је било наведено у преторовој формули. Овај поступак је био базиран на старом *ius civile*у и био је заштићен тужбама, *actiones stricti iuris*.

Обзиром на то да је римско право било систем тужби, било би логично да се назив *actiones bonae fidei* у изворима појави пре израза *iudicia bonae fidei*. Међутим, у изворима, према Хорвату (*Horvat*), подела тужби на *actiones stricti iuris* и *actiones bonae fidei* потиче тек из Јустинијановог времена, док су класични правници уместо *actiones* користили израз *iudicia bonae fidei*.³ Сам назив *iudicia bonae fidei* први пут се среће у време Хадријана код правника Јулијана.⁴ У преткласичном периоду, ни тај израз није био у употреби. Цицерон поступке засноване на *bona fides*у означава са: „*iudiciis in quibus additur ex fide bona*“⁵ или „*iis arbitriis in quibus additur ex fide bona*“.⁶

Имајући у виду наведено, приликом разматрања питања настанка и функције парничног поступка заснованог на *bona fides*у, нећемо пратити прву појаву термилошке конструкције „*iudicia bonae fidei*“ у изворима, јер ни иначе извори у погледу коришћења термина нису доследни, већ ћемо посматрати почетке суштинског уважавања *fides/bona fides* од стране судије у парничном поступку.

2. НАСТАНАК *BONAE FIDEI IUDICIA*

У недостатку непосредних извора из времена када се у судском поступку почело уважавати савесност и поштење при решавању спорова, у савременој романистици до данашњих дана постоји дилема око тога да ли

³ Литературу вид. Marijan Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznoga prava*, Zagreb 1939, 32.

⁴ D. 30, 84, 5.

⁵ Cicero, *De officiis*, III, 61, такође, Cicero, *Topica*, 66.

⁶ Cicero, *De officiis*, III, 70.

је *iudicia bonae fidei* заснована на делатности претора, посебно перегринског и настаје због потребе регулисања односа Римљана са другим народима, или је овај поступак резултат промена *ius civilea* и претходи споровима са странцима, као и избору перегринског претора. Постоји размимоилажење у мишљењима и у погледу тога, шта чини основ ових тужби које нису засноване на закону. Да ли је то *bona fides, imperium* магистрата (*iudicium imperio continens*), или наведене чињенице, као што је случај код *actiones in factum*. Са свим овим је повезано и питање, да ли се настанак *iudicia bonae fidei* везује за увођење формуларног поступка.

Према раније опште прихваћеном мишљењу које заступа и Хорват,⁷ порекло *iudicia bonae fidei* се може приписати активности перегринског претора при стварању *ius gentiuma*.

Присталице мишљења да је *bona fides* прво уважавао перегрински претор, везивали су настанак *iudicia bonae fidei* за формуларни поступак. При томе полазили су од тога да се захтеви засновани на *bona fidesy*, обзиром на то да нису били засновани на закону,⁸ нису могли бити реализовани у легисакционом већ само само у формуларном поступку. Према томе увођење формуларног поступка био је битан предуслов за настанак *bonae fidei iudicia*. Према Шермајеру (*Schermaier*), међутим, један је био разлог настанка формуларног поступка, а сасвим други оправдава настанак *bonae fidei iudicia*. Трговина са странцима је битно утицала на настанак формуларног поступка, јер је легисакциони био резервисан само за римске грађане.⁹ То исто се, међутим, не може тврдити за *bonae fidei iudicia*. Позивајући се на Вијакера (*Wieacker*)¹⁰ сматра да ова врста поступка не потиче из односа странаца са римским грађанима и без обзира на то што је *bona fides* једнако везивала римске грађане и странце овај принцип се ипак мора тумачити полазећи од римског искуства.¹¹

У чланку под насловом: „*Fides* и *bona fides* у процесу стварања римског општег права (*ius gentium*)“,¹² указали смо на то да је *fides* била мерило понашања Римљана како у својим међусобним односима, тако и у односима са другим народима од најстаријих времена, као и на то да и додатак придева

⁷ М. Horvat (1939), 52 – 58.

⁸ *Gaius Inst.* 4, 11.

⁹ *Gaius Inst.* 4, 103 – 105.

¹⁰ Franz Wieacker (Вијакер), „Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia*“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)*, 80/1963, 9.

¹¹ Martin Josef Schermaier (Шермајер), „*Bona fides* in Roman contract law“ у: Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, 76 – 77.

¹² Магдолна Сич, „*Fides* и *bona fides* у процесу стварања римског општег права (*ius gentium*)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 2/2012, 157-176.

bona уз *fides* пре може објаснити потребом разјашњења неодређеног појма *fides* у смислу доброг (*bona*) понашања у складу са захтевима постављеним путем обичаја старих (*mos maiorum*), него ступањем Римљана у пословне односе са страним народима. Према томе, до промене *fides* у *bona fides* није морало доћи искључиво услед пословних односа Римљана са страним народима, већ и услед појаве нових пословних односа међу самим римским грађанима, који су захтевали поштовање испуњења узајамних обавеза странака. Све ове чињенице умањују улогу перегринског претора у погледу увођења парничног поступка заснованог на *bona fides*у и потврђују да је везивање *iudicia bonae fidei* за увођење формуларног поступка неоснована. То још не негира улогу градског претора у томе, јер према још увек преовладајућем мишљењу *iudicia bonae fidei* је створена преторовом активношћу и само је временом, захваљујући правној науци преузета у *ius civile*.¹³

Ово мишљење да је *iudicia bonae fidei* била створена преторовом активношћу, који је за то имао овлашћење на основу свог империјума и да је била заснована на империјуму магистрата (*iudicia imperio continentia*), ипак се не може сматрати опште прихваћеним. Тако, једна група аутора, мада не оспорава преторову улогу у погледу креирања формула *bonae fidei*, ипак сматра да је у томе претор имао пре формалну него суштинску улогу. Тако према Брођинију (*Broggini*) мада је *bona fides* службено била уведена у III веку старе ере путем империјума магистрата, ипак не треба сматрати да су ови поступци створени од стране претора, јер је претор у суштини консултујући се са познаваоцима права само прихватио и дао форму оним односима који су већ од раније били прихваћени у заједници.¹⁴ Сличног је мишљења и Ломбарди (*Lombardi*). Ломбарди порекло правних послова и тужби *bonae fidei*, налази у односима заснованим на римском *fides*у као што су: *tutela*, *fiducia*, *societas*, *mandatum*. Сматра да су формуле *bonae fidei* настале на основу приватних арбитража, а претор их је касније прихватио на основу већ устаљене праксе. Правни послови трговинског промета између римских грађана и перегринина као што су купопродаја и закуп следе ове типичне римске правне послове засноване на *fides*у.¹⁵ Исти правац следи и Вијакер, ко пред тога сматра да су пред крај периода републике тужбе *bonae fidei* постале и цивилне.¹⁶ Истог су ми-

¹³ Roberto Fiori (Фиори), „*Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*“, http://www.academia.edu/1515969/Ius_civile_ius_gentium_ius_honorarium_il_problema_della_recezione_dei_iudicia_bonae_fidei# /16. јул 2014/, 165.

¹⁴ Gerardo Broggin (Брођини), *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 124.

¹⁵ Luigi Lombardi (Ломбарди), *Dalla „fides“ alla „bona fides“*, Milano 1961, 165.

¹⁶ F. Wieacker, 31 и даље.

шљења Шермајер¹⁷ и Парицио (*Paricio*). Парицио посебно истиче да *actiones bonae fidei* имају основа и своје порекло у цивилном праву јер се базирају на традиционалном схватању о *fidesy*. Прво су биле признате у заједници римских грађана, а касније имајући у виду да је захтев за понашањем у складу са *fides* постојао и код других народа ове тужбе су проширене и на остале народе.¹⁸ Овој групи аутора припада и Монијер (*Monier*).¹⁹ Према његовом мишљењу, *actiones bonae fidei* су се развиле из *arbitrium boni viri* који је коришћен за решавање проблема насталих из неформалних послова закључених међу пријатељима. Овај арбитар је судио на основу начела правичности.²⁰ Међутим, његова пресуда је имала само моралну вредност. Стога странке, ако су овој арбитражи хтеле да дају правну обавезност, затражиле би од претора да формулом инструира тог арбитра. Тако је дошло до *arbitria honoraria* о којој говори Цицерон, а од ових су се развиле цивилне тужбе *bonae fidei*.

Сва ова мишљења негирају примат перегринског претора у формирању *iudicia bonae fidei* и потврђују супротно, да је овај поступак прво био одомаћен у пракси римске заједнице и тек је касније проширен и на друге народе.²¹ Супротно овим екстремним мишљењима, Таламанка стоји у средини. Он сматра да као што је и сама концепција *fidesa* била универзална, тако је и *iudicia bonae fidei* имала своје порекло како у односима са странцима тако и у унутрашњим односима самих римских грађана.²²

Прихватамо мишљење, да је улога претора у увођењу овог поступка била само формална, али обзиром на то да нема непосредних доказа о томе да ли је овај поступак прво био примењиван у односима са странцима или у унутрашњим међусобним односима римских грађана, заузети став о томе базирало би се на већој или мањој вероватноћи. Ми стога сматрамо битнијим од овог питања, да истакнемо утицај грчке филозофске мисли, као и преткласичне правне науке у формирању поступка заснованог на *fidesy*. Мада Грци не користе термин *fides*, они то изражавају терми-

¹⁷ M. J. Schermaier, 82 – 83.

¹⁸ Javier Paricio (Парицио), „Genesi e natura dei *bonae fidei iudicia*“ *Rivista di Diritto Romano*, 1/2001,

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html> /15. јул 2014/, 5.

¹⁹ Raymond Monier (Монијер), *Manuel élémentaire de droit romain*, Tom 2, Aalen 1977, 134 – 136.

²⁰ О таквој арбитражи говори на пример Катон, Cato, *De re rustica*, 144; 149.

²¹ Ово мишљење заступа и Фелди, András Földi (Фелди), *A jóhiszeműség és tisztesség elve, Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, Budapest 2001, 12.

²² Mario Talamanca (Таламанка), „La *bona fides* nei giuristi romani ‘Leerformel’ e valori dell’ordinamento“, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* (Padova – Venezia – Treviso, 14-16 giugno 2001), *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova 4/2003 (даље, *Il ruolo della buona fede*), 41.

ном *pistis*,²³ а питање савесности и поштења много шире разматрају, говоре о правичном човеку, о морално бољем човеку.²⁴ Исправним су сматрали понашање сходно вишим природним законима. Да ли су се странке понашале према овим законима? О томе је судија требало да води рачуна. Аристотел већ у IV веку пре нове ере спомиње и постојање судске формуле: „судити по својем најбољем разумевању“, која овлашћује судију да уколико писани закон противуречи конкретном случају, да прибегне општем закону (који је заснован на природи) који је сагласнији са правичношћу и правдом.²⁵ Ова формула даје слична овлашћења судији као и римска клаузула формуле о *bona fides*. У случају уговорних односа, сходно томе, судија је и код Грка требало да води рачуна о евентуалној превари или принуди (тј. несавесном поступању странака).²⁶ Прикључујемо се оним романистима који сматрају неспорним утицај грчке филозофије на римско право већ у преткласичном периоду, имајући у виду пре свега најосновније филозофске категорије: *aequitas*, *ius naturale*, *ius gentium*.²⁷ Тако, није било случајно што Цицерон међу изворе права убраја и правичност,²⁸ коју су примењивали у тумачењу права учени правници преткласичног периода (*veteres*), међу којима је истакнуто место припало и Квинту Муцију Сцеволи. Сматрамо према томе, да су мишљења преткласичних правника, којима су грчки филозофски концепти били ите како познати, могла имати битан утицај на формирање поступка заснованог на *fides*, како оног међу римским грађанима тако и поступка вођеног између римских грађана и перегрини.

3. ОСНОВ *IUDICIA BONAE FIDEI*

Обзиром на то да ова врста поступка није била заснована на закону, као што и сам Цицерон констатује: „*et sine lege iudicium, in quibus additur ex fide bona*“;²⁹ поставља се питање на чему је она заснована. Као што смо напред видели, мишљење да су оне биле засноване на империјуму магистра-

²³ Remo Martini (Мартини), „*Fides e pistis in materia contrattuale*“, *Il ruolo della buona fede*, 448, сматра да док римски *fides* има основа у религијским схватањима, докле се *pistis* базира на пријатељским односима.

²⁴ Platon, *Država* (5. изд. у преводу Албина Вилхара и Бранка Павловића, Београд 2002): 330 d - 354 c; 362 d - 365 e; 434 d; 441 d - 444 e.

²⁵ Aristotel, *Retorika* (у преводу Марка Вишића, Загреб, 1989): I, 15, 4.

²⁶ Aristotel, *Retorika*, I, 15, 24 – 25.

²⁷ Elemér Pólay (Полаји), *A római jogászok gondolkodásmódja*, Budapest 1988, 44 – 47 и 104 – 110.

²⁸ Cicero, *Topica*, 28.

²⁹ Cicero, *De officiis*, III, 15, 61.

та подлеже озбиљној критици.³⁰ Још мање је присталица мишљења које заступа Власак (*Wlasak*), да су оне засноване на наведеним чињеницама и да су *formulae in factum* претходиле цивилним формулама тужби *iudicia bonae fidei*.³¹ Насупрот овим мишљењима, све више присталица има теза да је основ овог поступка *fides*, односно *bona fides*.

Први пут је Бискарди (*Biscardi*)³² скренуо пажњу на један Гајев текст, који ће инспирисати Магделаин (*Magdelain*) да постави хипотезу о основу *iudicia bonae fidei*. Наиме, према овом Гајевом тексту, поред тужби који произилазе из легисакција (*ad legis actionem exprimuntur*,³³ друге су настале сопственом снагом (*sua vi ac potestate*).

Gaius Inst. 4, 10: “*Quaedam praeterea sunt actiones quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant.*” (Поред тога постоје оне тужбе које су засноване на закону */legis actiones/* као и друге које су настале по сопственој снази и овлашћењу */vim ac potestatem/*).

Магделаин је овај Гајев текст повезао са Цицероновим текстом, где се он позива на Квинта Муција који говори о *summa vis* у погледу арбитража у којима се узима у обзир *bona fides*.

Цицеро, *De officiis*, III, 70: “*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona...*” (Тако Сцевола, врховни свештеник казује да постоји потпуна снага у свим оним арбитражама у којима стоји *ex fide bona*).

Сматра да је извор ових тужби *bona fides* и да је *summa vis* који укључује клаузулу *ex fide bona* била првенствена област тужби *quae sua vis ac potestate constant*.³⁴ Ове тужбе немају основа у преторовом албуму, не потичу из преторовог едикта или његове јурисдикције, за њих претор никад није рекао: *iudicium dabo* (даћу тужбу).³⁵ Према Магделаину, тужбе назване цивилним у класичном праву потичу из две групе: из оне *quae ad legis actionem exprimuntur* и друге која *sua vi ac potestate constant*. Тужбе *bonae fidei* припадају овој другој групи.³⁶

³⁰ То потврђује и Парицио: J. Paricio, 3.

³¹ О овом мишљењу и његовој критици вид. R. Fiori, 166 и даље.

³² Према, J. Paricio, 4.

³³ Које нису истоветне са старим легисакцијама већ су њихова каснија модификација. Детаљније о анализи овог текста вид. Ernesto Bianchi (Бјанки), „*Le actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* in Gaio. Una nuova ipotesi sulla „catégorie d’actions négligée per les romanistes,” *Rivista di Diritto Romano*, 1/2001, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html?rivistadirittoromano/attipontignano.html> /12. јун 2014/ 9 – 47, посебно 16.

³⁴ André Magdelain (Магделајн), „*Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulai-re*“, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (T)* 59/1991) 247.

³⁵ A. Magdelain, 248.

³⁶ Заједно са новим кондикцијама код којих није било потребно користити фикцију да су изговорене речи потребне за *legis actio per conditionem* већ се такође примењују по сопственој снази “*sua vi ac potestate valere*” (*Gaius, Inst.* 4, 33). Вид. A. Magdelain, 249.

Ову тезу, да је основ ових тужби *fides* односно *bona fides* настоји негирати Каркатера (*Carcaterra*), позивајући се на то да извор обавезе у преторској формули није *fides* („*la fides non e fonte dell’oportere*”),³⁷ међутим, његова аргументација је на многим местима нејасна и конфузна, а према томе и неприхватљива.

Ако пратимо мисли грчких филозова, можемо закључити да је у крајњој линији уважавање принципа правичности (*aequitas*) која упућује на вођење рачуна о околностима конкретнег случаја, довело до схватања да је *fides/ bona fides* основ *bonae fidei iudicia*.

4. ПРАВНИ ПОСЛОВИ УВРШТЕНИ У *IUDICIA BONAE FIDEI* ПРЕМА ИЗВОРИМА

Цицерон, цитирајући Квинта Муција Сцеволу понтифекса, укључује у спорове засноване на *bona fidesu*, односе на основу: туторства, ортаклука, фидуције, мандата, куповине и продаје, као и *locatio conductio* где спада закуп ствари, најам радне снаге и уговор о делу („*in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis*“).³⁸

Ову листу у потпуности прихвата али и допуњује Гај, а касније и Јустинијан. Тако Гај Сцеволиној листи додаје незвано вршење туђих послова, оставу и случај *rei uxoriae*: „*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio tutelae, rei uxoriae*“³⁹. Јустинијан ову листу даље проширује са послугом (*commodatum*), уговором о залози (*pignus*), поделом породичне имовине (*familiae erciscundae*), развргавањем имовинске заједнице (*communi dividundo*), комисорном продајом (*aestimatio*), трапмом (*permutatio*), као и тужбом за захтевање наслеђа (*hereditatis petitio*), уз изостављење фидуције, која је као и у осталим текстовима Јустинијанове кодификације, и у овом случају замењена *pignus*ом. У тексту Институција се посебно указује на то да је нејасно, да ли су сви ови односи били убројани у *bonae fidei iudicia* и раније, међутим, истовремено се констатује да су они уврштени у ове поступке свакако путем конституције цара Јустинијана.⁴⁰

Временски посматрано, сматра се, мада и у овом погледу има различитих мишљења, да су најстарији поступци засновани на *fidesu* били поводом *actio fiduciae* и највероватније *actio rei uxoriae*, без обзира на то што у

³⁷ Antonio Carcaterra (Каркатера), *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 36 – 79.

³⁸ Cicero, *De officiis* III, 70.

³⁹ Gaius, *Inst.* 4, 62.

⁴⁰ *Just. Inst.* 4, 6, 28.

захтеву ових тужби (*intentio*) још не стоји „*oportere ex fide bona*“ већ друга, много старија формулација, која је с овим иначе истоветна: „*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*“ (да између добрих треба поступати добро и без преваре) или „*melius aequius*“ (боље правичније). Ови односи засновани на *fides* у смислу поштења и поверења у породичним и пријатељским односима, вуку порекло из римског обичајног права, као и они нешто каснији заштићени са *actio tutelae*, *actio pro socio*, *actio mandati* и такође и *actio negotiorum gestorum*. Овим односима је касније, развојем трговине додата и купопродаја, као и група уговора сврстаних у *locatio – conductio* у којима се такође захтева *fides/bona fides* која је, међутим, сада схваћена у нешто другом смислу, у смислу поштења и поверења захтеваног у пословним односима. Остава (*depositum*) и послуга (*commodatum*) се не налазе на Цицероновој листи. Ови односи су били прво засновани на чињеницама (*in factum concepta*) и тек су пред крај класичног периода били засновани и на праву (*in ius concepta*), када су квалификовани и као *bonae fidei iudicia*.⁴¹ Као што смо видели, овим односима су највероватније тек у Јустинијаново доба додати нови односи: залога (*pignus*), подела породичне имовине, развргавање имовинске заједнице, комисорна продаја, трампа и тужба за захтевање наслеђа.

5. ФУНКЦИЈА *BONAE FIDEI IUDICIA*

На основу претходног излагања следи, да је првобитна улога ове врсте поступка била пресуђивање на основу *fides* у споровима који нису имали основа у закону и према томе нису могли бити утуживи у легисакцијом поступку. Тако Хорват сматра да: „*fides bona* није само мерило за одређивање садржаја захтева, него јој се првобитна функција састоји у томе, да је она темељ обавезе и основ дужности испуњења.“⁴² Касније је претор увођењем клаузуле формуле „*dare facere oportet ex fide bona*“ дао упутство судији, да без обзира што не постоји законска основа за обавезу и дужност испуњења неформалног обећања, не ослободи туженог, него његову обавезу треба да изведе из *fide bona*. На овај начин је један велики круг дотада етичких обавеза постао утужив и проширио се круг правних обавеза.⁴³

Цицерон на више места указује на ову првобитну функцију поступка *bonae fidei*. *Fides*, у смислу придржавања дате речи „*credamus... quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem*“ (верујемо...да нека буде, оно што је ре-

⁴¹ J. Paricio. 7 – 8.

⁴² M. Horvat (1939), 63.

⁴³ Према Хорвату (M. Horvat, /1939/, 7), у клаузулу формуле је тек касније додат „*quidquid*“ који већ указује на ширину судијиног овлашћења.

чено, назива се *fides*),⁴⁴ Цицерон сматра основом правде: „*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*“ (Према томе основ правде је *fides*, тј. доследност и истина у реченом и уговореном).⁴⁵

У Цицероновим делима, међутим, *fides* добија и шире значење од строгог придржавања дате речи. Цицерон више пута истиче улогу „*ex fide bona*“ у смислу да се помоћу ње санкционише *dolus* и непоштење.⁴⁶ Захтевано *bonae fidei* понашање се супроставља пре свега *dolus* и *visu*. Цицерон указује на то да репресија *dolosa* и уважавања праве воље странака, односно поштенем промету одговарајућег понашања, почела из те клаузуле изводити постепено негде у време и под утицајем Квинта Муција Сцеволе (Cicero, *De officiis*, III, 70).⁴⁷ Према Тафароу (*Tafaro*) *iudicia bonae fidei* су настале ради остварења подробне процене одговорности странака путем упрошћавања судског поступка.⁴⁸ При томе цитира Цицеронов текст (Cicero, *Pro Roscio comoedo*, 10), у ком Цицерон прави разлику између поступка у ком се захтева одређена сума новца (*iudicium*) и арбитраже (*arbitrium*) чији предмет није одређен. Први поступак се односи на одређену суму новца у ком пресуда гласи или на досуђивање или на ускраћивање целе наведене суме, док у другом, чији је предмет неодређен, пресуда ће гласити на онолико колико је правичније и боље досудити (*mite, moderatum, quantum aequius et melius, id dari*).⁴⁹ Међутим, овај Цицеронов текст пре указује на примену принципа правичности, него принципа савесности и поштења. Правичност је шири појам од *bona fides* јер, поред оцене понашања странака у складу или противно *bonae fidei* понашању, укључује и друге околности, као што су општи економски услови који утичу на одмеравање висине накнаде штете у случају, рецимо, инјурије.

Према томе, по засад опште прихваћеном мишљењу, првобитна функција поступка *bonae fidei* била је да правно обавезује на дужност испуњења обавезе, на уговорну верност без обзира на недостатак цивилно-правне форме. Међутим, касније још у преткласичном периоду, али свакако у Цицероново време, ова врста поступка је омогућила судији да води раћуна и о неморалним поступцима странака, првенствено о превари и принуди.

⁴⁴ Cicero, *De officiis* I, 23; Cicero, *De republica*, IV, 7.

⁴⁵ Cicero, *De officiis* I, 23.

⁴⁶ Cicero, *De officiis*, III, 61.

⁴⁷ M. Horvat, „Osservazioni sulla ‘bona fides’ nel diritto romano obligatorio“, *Studi Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1/1953, 423.

⁴⁸ Sebastiano Tafaro (Тафаро), „Brevi riflessioni su buona fede e contratti.“ *Зборник радова ПФНС*, 3/2006, 80.

⁴⁹ Cicero, *Pro Roscio comoedo*, 10.

У току класичног периода тумачењем појма *bona fides* судијина овлашћења у овим поступцима се још више проширују, говори се чак о судијиној слободи у пресуђивању. Наиме, према Гају, формула тужби *bonae fidei*: “*quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato...*”;⁵⁰ дао је слободу судији у пресуђивању конкретних случајева: “...*bonae fidei ... iudiciis ... quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*“ (у поступцима *bonae fidei*... јер у овој врсти парнице судија је слободан у доношењу пресуде).⁵¹ То, међутим, не значи да је судијина слобода била апсолутна. Она је била одређена оквирима формуле и њене клаузуле о *bona fidesy*. Она је дала овлашћење судији да узме у обзир понашање странака приликом закључења, у току трајања и извршења правног посла, као и основаности покретања самог поступка са аспекта прихваћеног етичког понашања странака у датом случају и у датим друштвеним условима. Ово захтевано понашање је временом било објективизирано. На основу овог критеријума је судија требало да вреднује понашање странака и да донесе пресуду. У овом поступку се водило рачуна о сваком непоштеном понашању обе супроствљене стране у спору: о превари, принуди, примени силе, непоштовању општих стандарда, додатних споразума, компензацији итд. Овај поступак, обзиром на то да судија у формуларном поступку није био правник, већ изабрани грађанин (лаик), отворио је пут креативности класичних правника да размотре и дискутују о томе које понашање је у складу, а које је противно принципу *bona fides*, да би судијина одлука у решавању конкретних случајева била добра и правична, сходно Целзовој дефиницији: “*ius est ars boni et aequi*“. Према томе, путем овог поступка, уз знатну помоћ класичних правника, чија мишљења су била уважавана од стране судија, у класичном периоду су настала многобројна материјално правна правила приватног права заснована на *bona fidesy*, која су постала темељ и савременог приватног права.⁵²

У посткласичном периоду, мада се и даље разликују тужбе и поступци *bonae fidei* и *stricti iuris*, ипак долази до битне промене у погледу њихове функције. Док је у преткласичном, а посебно у класичном периоду путем *iudicia bonae fidei* било омогућено судији да узме у обзир сваку околност која противуречи савесним и поштеним односима (“*quidquid*“)⁵³ и да осуди туженог на све оно што је обавезан да дâ или учини на основу *bona fidesa* у датом случају, дотле по Јустинијановом праву судијина слобода у одлучивању у поступцима *bonae fidei* је сведена само на “*quantum*“, на

⁵⁰ *Gaius, Inst. 4, 47.*

⁵¹ *Gaius, Inst. 4, 114.* О анализи овог текста вид. Carlo Augusto Cannata (Каната), “*Bona fides e strutture processuali*,” “*Il ruolo della buona fede*,” 257 – 273, посебно 257 – 264.

⁵² Детаљније о томе, М. Ј. Schermaier, 83 – 88.

⁵³ *Gaius, Inst. 4, 47.*

процену висине дужникове обавезе, колико дужник дугује на основу доброг и правичног (“*In bonae fidei autem iudicis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restituti debeat...*”⁵⁴). Према томе, судијина слобода у Јустинијаново време (али и пре, у току посткласичног периода) више не обухвата оцену предмета са аспекта *bonae fidei* понашања странака у целини, почев од закључења посла, пратећи трајање па све до покретања поступка, него само на одмеравање висине дужникове обавезе, на процеу: колика сума се може сматрати добрим и правичним у конкретном случају. До ове промене довела је с једне стране, чињеница да су класични правници разматрајући конкретне случајеве са аспекта *bona fides*, или шире правичности (*aequitas*) у коју је и *bona fides* била укључена, формулисали унутрашње елементе, тј. материјално правна правила правних послова приватног права, док је с друге стране, дошло до потпуне концентрације власти у рукама цара, који је сада, у посткласичном периоду постао једини не само стваралац него и тумач права.⁵⁵ Сада је цар као законодавац одредио, мишљења којих класичних правника могу судије да примене у парници при решавању случајева, и уводио је својим законима и нова правна правила путем којих се са аспекта интереса царства (*utilitas publica*) регулишу приватноправни односи, првенствено у виду разних ограничења и забрана. Цар је био и једини тумач права, њега је требало упитати за решење, ако би се поставило питање правичне примене постојећег закона на конкретан случај.⁵⁶ Имајући у виду ове околности: законско регулисање и ограничења постављена законима, као и одређивање шта је правично а шта није од стране цара, судијина слобода ни у погледу процене „*quantum*“ није могла бити велика.

6. ЗАКЉУЧАК

Обзиром на то да нема непосредних доказа о томе да ли је *iudicia bonae fidei* прво био примењиван у односима са странцима или у унутрашњим међусобним односима римских грађана, сматрамо битнијим од овог питања да истакнемо утицај грчке филозофске мисли, као и преткласичне правне науке у формирању овог поступка. Ако пратимо мисли грчких филозова, можемо закључити да је у крајњој линији уважавање принципа правичности (*aequitas*) који упућује на вођење рачуна о околностима конкретног случаја, довео до схватања да је *fides/ bona fides* основ *bonae fidei*

⁵⁴ *Just. Inst.* 4, 6, 30.

⁵⁵ Упор. А. Carcaterra, 112 – 118.

⁵⁶ С. Ј. 1, 14, 1.

iudicia. Преторова улога, како градског тако и peregrинског била је пре формална, него суштинка у креирању овог поступка. Првобитна функција овог поступка, који је обухватао случајеве који нису били засновани на закону, била је да омогући утуживост нових односа због непоштовања неформално дате речи. Временом, а посебно у класичном периоду клаузула формуле тужби: „ако буде доказано, судија осуди туженог на све што треба да да или учини на основу *bona fides*“ омогућила је судији да испита случај у целини са аспекта савесних и поштених односа странака. Судије су при томе уважавали мишљења учених правника. Разматрајући питање савесности и поштења у приватно правним односима, класични правници су створили материјалноправна правила приватног права од којих су многа прихваћена у савременом праву. У Јустинијановом праву, с једне стране због исцрпног регулисања приватно правних односа од стране класичних правника, а с друге стране због централизације власти у рукама цара и законске контроле правосуђа, судијина слобода у поступцима *bonae fidei* била је ограничена и односила се само на процену висине накнаде (*quantum*).

У савременом праву, обзиром на то да су многа правила приватног права која су настала уважавањем принципа *bona fides* постала и законска, постоји мишљење да уважавање овог принципа у грађанском поступку више није потребно, већ треба применити одговарајуће законе. Ми, међутим, сматрамо да имајући у виду да конкретни случајеви по правилу нису стереотипни и према томе не могу тачно да се подведу под одређену законску одредбу, испитивање савесности и поштења странака може и даље да буде онај коректив који ће омогућити правичну пресуду у складу са Целзовом дефиницијом права: „*ius est ars boni et aequi*“.

*Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Iudicia Bonae Fidei

Abstract: *Iudicia bonae fidei* is a civil procedure in which the judge has an *ex officio* obligation to safeguard *bona fides*, that is, to take into account the parties' conduct demonstrated in their underlying relationship that lead to a dispute that was contrary to the principle of good faith. This duty of the judge is based on the praetors' formula: judge oblige the defendant to give or do whatever good faith requires ('*quidquid dare facere oportet ex fide bona*'). The paper analyzes the much disputed issues of the emergence, legal basis as well as the function of this kind of procedure in Roman law.

Key words: *iudicia bonae fidei*, *bona fides*, *aequitas*, Roman Law, civil procedure