УНИВЕРЗИТЕТ У ИСТОЧНОМ САРАЈЕВУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

и

ЕВРОПСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА ЈАВНО ПРАВО

МЕЂУНАРОДНИ САВЕЗ ПРАВНИКА

ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО

СРПСКО УДРУЖЕЊЕ ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

ИНСТИТУТ ЗА КРИМИНОЛОШКА И СОЦИОЛОШКА ИСТРАЖИВАЊА

---

# ЗБОРНИК РАДОВА

„Право између стварања и тумачења“

Том IV

# COLLECTION OF PAPERS

“Law Between Creation and Interpretation“

Vol. IV

---

XI Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 5. новембра 2022. год. на Палама

УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

Источно Сарајево, 2023. год.

UNIVERSITY OF EAST SARAJEVO
FACULTY OF LAW

and

EUROPEAN PUBLIC LAW ORGANIZATION

INTERNATIONAL UNION OF LAWYERS

INSTITUTE FOR COMPARATIVE LAW

SERBIAN ASSOCIATION FOR CRIMINAL LEGAL THEORY AND PRACTICE

INSTITUTE OF CRIMINOLOGICAL & SOCIOLOGICAL RESEARCH

---

# COLLECTION OF PAPERS
# "Law Between Creation and Interpretation"
## Vol. IV

# ЗБОРНИК РАДОВА
# „Право између стварања и тумачења"
## Том IV

---

The XI Scientific Conference on the Occasion of
the Day of the Faculty of Law,
International Scientific Conference,
held in Pale, 5 November 2022.

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

East Sarajevo, 2023

**ЗБОРНИК РАДОВА**
XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета,
који је у организацији
Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
и суорганизацији
Европске организације за јавно право,
Међународног савеза правника,
Института за упоредно право,
Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, и
Института за криминолошка и социолошка истраживања,
одржан 5. новембра 2022. год. на Палама, на тему:
„ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА“

**Издавач**
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Алексе Шантића 3, 71420 Пале
тел. 00387 57 226 609 / факс 00387 57 226 892
*http://www.pravni.ues.rs.ba* / *dekanat@pravni.ues.rs.ba*

**За издавача**
Проф. др Горан Марковић, декан

**Коуредници**
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Самир Аличић

**Лектор и коректор за српски језик**
Проф. др Нина Ћеклић

**Лектор и коректор за енглески језик**
Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

**Техничка припрема**
Проф. др Димитрије Ћеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма
Виши асс. Љубана Сладић, ма
Виши асс. Брано Хаџи Стевић, ма

**Штампа**
Графомарк, Лакташи

**Тираж**
80 примјерака

Зборник је реферисан у HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS и Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

**COLLECTION OF PAPERS**
The XI Scientific conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, on the General Topic „Law Between Creation and Interpretation“, which is organized by the Faculty of Law, University of East Sarajevo,
in cooperation with the
European Public Law Organization,
International Union of Lawyers,
Institute for Comparative Law,
Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice,
and the Institute of Criminological & Sociological Research,
on 5 November 2022, in Pale

**Publisher**
Faculty of Law, University of East Sarajevo
Alekse Šantića Str. 3, 71420 Pale
phone. 00387 57 226 609 / fax 00387 57 226 892
*http://www.pravni.ues.rs.ba* / *dekanat@pravni.ues.rs.ba*

**For the Publisher**
Full Professor Goran Marković, dean

**Edited by**
Associate Professor Dimitrije Ćeranić,
Associate Professor Svjetlana Ivanović,
Associate Professor Radislav Lale,
Full Professor Samir Aličić

**Proofreading for the Serbian language**
Associate Professor Nina Ćeklić

**Proofreading for the English language**
Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

**Technical preparation**
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić
Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević
Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić
Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević

**Printing**
Grafomark, Laktaši

**Circulation**
80 copies

COLLECTION OF PAPERS included in base of journals and e-books:
HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS and Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

*Зборник радова*

ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА

**Научни одбор**

Проф. др Радомир В. Лукић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, предсједник
Проф. др Миленко Креча, бивши судија Међународног суда правде, судија *ad hoc* Европског суда за људска права, ранији члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда у Хагу
Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Director of the EPLO
Проф. др Дејан Поповић, Правни факултет Универзитета у Београду
Проф. др Зоран Стојановић, Правни факултет Универзитета у Београду
Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Предсједништва Међународног савеза правника, Москва, предсједник Српског удружења за кривичноправу теорију и праксу, предсједник Управног одбора Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд
Проф. др Гордана Илић-Попов, Правни факултет Универзитета у Београду
Проф. др Вид Јакулин, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Словенија
Проф. др Борче Давитковски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Проф. др Елена Геннадиевна Багреева, профессор Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российске Федерацие, член исполкома Международного союза юристов
Проф. др Драган Боланча, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Хрватска
Проф. др Станка Стјепановић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Проф. др Борис Кривокапић, Пословни и правни факултет Универзитета „Унион – Никола Тесла“, Београд, Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, Руска Федерација
Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду
Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици
Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд
Проф. др Јуриј Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија
Проф. др Зоран Лончар, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Др Ивана Стевановић, виши научни сарадник, директор Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду
Проф. др Владимир Ђурић, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд
Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинјиан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary
Assistant Professor Sinem Ogis, Yasar University, Turkey
Assistant Professor Velimir Živković, University of Warwick, UK
Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Postdoctoral Assistant, Human Rights Centre, Ghent University, Belgium

**Организациони одбор**

Проф. др Горан Марковић, предсједник; Академик проф. др Станко Бејатовић;
Full Professor Spyridon Flogaitis; Проф. др Станка Стјепановић; Проф. др Радомир В. Лукић;
Проф. др Владимир Чоловић; Др Ивана Стевановић; Проф. др Димитрије Ћеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др Сања Савић; Доц. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крешталица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент мр Драгана Дамјановић; Виши асистент мр Мирјана Пупић; Виши асистент мр Тијана Бећовић; Виши асистент Ђорђе Перишић, ма; Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

**Коуредници**

Проф. др Димитрије Ћеранић; Проф. др Свјетлана Ивановић;
Проф. др Радислав Лале; Проф. др Самир Аличић

*Conference Proceedings*

LAW BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION

**Scientific Committee**

Full Professor Radomir V. Lukić, Faculty of Law, University of East Sarajevo, President
Full Professor Milenko Kreća, former judge of the International Court of Justice, *ad hoc* judge of the European Court for Human Rights, former member of the Venice Commission and the Permament Court of Arbitration
Spyridon Flogaitis, University of Athens, Director and President of the Board of Directors of the EPLO
Full Professor Dejan Popović, Faculty of Law, University of Belgrade
Full Professor Zoran Stojanović, Faculty of Law, University of Belgrade
Academician Full Professor Stanko Bejatović, member of the Presidency of the International Union of Lawyers, Moscow, President of the Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade
Full Professor Gordana Ilić-Popov, Faculty of Law, University of Belgrade
Full Professor Vid Jakulin, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia
Full Professor Borče Davitkovski, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia
Full Professor Elena Gennadievna Bagreeva, Professor of the Financial University under the Government of the Russian Federation, Member of the Executive Committee of the International Union of Lawyers
Full Professor Dragan Bolanča, Faculty of Law, University of Split, Croatia
Full Professor Stanka Stjepanović, Faculty of Law, University of East Sarajevo
Full Professor Boris Krivokapić, Faculty of Business and Law, „MB“ University, Belgrade, Law Faculty, Samara National University „S. P. Korolev“, Samara, Russian Federation
Full Professor Vladimir Čolović, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade
Full Professor Velimir Rakočević, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica
Full Professor Darko Simović, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
Full Professor Jurij Toplak, University of Maribor, Slovenia
Full Professor Zoran Lončar, Faculty of Law, University of Novi Sad
Full Professor Goran Marković, Faculty of Law, University of East Sarajevo
Senior Research Fellow Ivana Stevanović, PhD, Director of the Institute of Criminological & Sociological Research, Belgrade
Senior Research Fellow Vladimir Djuric, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade
Associate Professor Dragan Gocevski, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia
Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary
Assistant Professor Sinem Ogis, Yasar University, Turkey
Assistant Professor Velimir Živković, University of Warwick, UK
Assistant Professor Dunja Duić, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Croatia
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Postdoctoral Assistant, Human Rights Centre, Ghent University, Belgium

**Organizing Committee**

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović; Full Professor Spyridon Flogaitis; Full Professor Stanka Stjepanović; Full Professor Radomir V. Lukić; Full Professor Vladimir Čolović; Ivana Stevanović, PhD; Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Associate Professor Sanja Savić; Assistant Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Sanja Kreštalica; Ninoslava Radić, LL.M; Senior Teaching Assistant Dragana Damjanović, LL.M; Senior Teaching Assistant Mirjana Pupić, LL.M; Senior Teaching Assistant Tijana Baćović, LL.M; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

**Co-editors**

Associate Professor Dimitrije Ćeranić, Associate Professor Svjetlana Ivanović
Associate Professor Radislav Lale, Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Право између стварања и тумачења“, који је одржан 5. новембра 2022. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

**Предсједнику Републике Српске,**
**г. Милораду Додику,**

**Предсједнику Владе Републике Српске,**
**г. Радовану Вишковићу,**

**Адвокатској комори Републике Српске,**
**предсједнику г. Далибору Мрши**

**Нотарској комори Републике Српске,**
**предсједници гђи Слади Ивелић**

**Министарству за научнотехнолошки развој, високо образовање и информационо друштво Републике Српске**

**Начелнику Општине Пале,**
**г. Бошку Југовићу**

**Начелнику Општине Трново,**
**г. Драгомиру Гаговићу**

**Начелнику Општине Рогатица,**
**г. Милораду Јагодићу**

**Адвокату из Бијељине,**
**г. Горану Василићу**

**Компанији Параграф лекс из Београда**

Уз спремност за наставком сарадње на обострану корист и задовољство, а прије свега на ползу свим правним посленицима, уз жељу за унапређењем правног поретка Републике Српске, још једном захваљујемо свим институцијама и појединицма који су нам помогли у припреми и одржавању **XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2022. години био највећи научни скуп у области права на простору бивше Југославије**.
С поштовањем,

ДЕКАН
Проф. др Горан Марковић

Several prominent institutions and individuals provided to us the financial support for the organization of the XI Scientific Conference on the Occassion of the Day of the Faculty of Law on the general topic „Law between Creation and Interpretation“, which was held in Pale on 5 November 2022. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

**President of the Republika Srpska,**
**Mr. Milorad Dodik,**

**President of the Government of the Republika Srpska,**
**Mr. Radovan Višković,**

**Bar Association of the Republika Srpska,**
**President Mr. Dalibor Mrša,**

**Notary Chamber of the Republika Srpska,**
**President Ms. Slada Ivelić,**

**Ministry for Scientific-Technological Development, Higher Education and Information Society of the Republika Srpska,**

**Mayor of the Municipality of Pale,**
**Mr. Boško Jugović,**

**Mayor of the Municipality of Trnovo,**
**Mr. Dragomir Gagović,**

**Mayor of the Municipality of Rogatica,**
**Mr. Milorad Jagodić,**

**Attorney,**
**Mr. Goran Vasilić**

**Company Paragraf Lex, Belgrade**

With the readiness to continue cooperation for mutual benefit and satisfaction, and above all for the benefit of all legal professionals, with the desire to improve the legal order of the Republic of Srpska, we once again thank all the institutions and individuals who helped us in the preparation and holding of the XI Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2022 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences on the territory of the former Yugoslavia in terms of the number of referees, the countries from which they come and the number of published papers.
Sincerely yours,

DEAN
Professor Goran Marković

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том IV,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–396.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

# САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР ..... XV

## РИМСКО ПРАВО И ПРАВНА ИСТОРИЈА

*Проф. др Ђовани Лобрано*
“РИМСКО ПРАВО И ОПШТИ ПРОБЛЕМИ ПРАВА”. *ПРЕДЛОГ ЗА ЈЕДНО НОВО ЧИТАЊЕ ИЗВОРА* ..... 1

*Проф. др Белинда Родригез Ароха*
ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА, ПРАВДЕ И МИРА У РАНОЈ МОДЕРНОЈ ШПАНИЈИ: ТРАКТАТ КАСТИЉА ДЕ БОБАДИЉЕ ..... 16

*Проф. др Пјетро Паоло Онида*
ЦЕНТРАЛНИ СИСТЕМСКИ ЗНАЧАЈ ПОЈМА *PERSONA* У РИМСКОМ ПРАВНО-РЕЛИГИЈСКОМ СИСТЕМУ ..... 27

*Проф. др Данил Тузов*
РИМСКИ КОНЦЕПТ *BONA FIDES* И ЊЕГОВА ПРИМЕНА У РУСИЈИ НА ОДРЖАЈ КВОТЕ У ЗАЈЕДНИЧКОЈ СВОЈИНИ ..... 46

*Проф. др Самир Аличић*
ПРОБЛЕМ ТРОШКОВА АМБАЛАЖИРАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ – ЈЕДАН РОМАНИСТИЧКИ ПОГЛЕД ..... 54

*Проф. др Ђовани Бранди Кордаско Салмена*
*IMPROVE LITIGARE*, НЕ-КООПЕРАТИВНО ПОНАШАЊЕ СУПРОТСТАВЉЕНИХ СТРАНАКА У РИМСКОМ ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ ..... 67

*Проф. др Сања Савић*
ПОЛИТИЧКО ОРГАНИЗОВАЊЕ СРБА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА ВРЕМЕ АУСТРО-УГАРСКЕ ВЛАДАВИНЕ ..... 99

*Доц. др Кристијана М. А.Ринолфи*
О ПОРЕКЛУ *SCIENTIA IURIS*: ТУМАЧЕЊЕ ОД СТРАНЕ СВЕШТЕНИКА У СТАРОМ РИМУ, МЕТОДОЛОШКИ КОНЦЕПТИ И ПРИСТУПИ ..... 112

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том IV,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–396.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

*Доц. др. сц. Инес Матић Матешковић*
НАЧЕЛА РИМСКОГ ПРАВА КАО ПОДЛОГА ЗА ТУМАЧЕЊЕ И ПРИМЈЕНУ ПРАВА У ПРАКСИ ХРВАТСКИХ СУДОВА.....166

*Доц. др Мирјана Пупић*
УТИЦАЈ РИМСКО-ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА НА РАЗВОЈ БИЉЕЖНИЧКЕ СЛУЖБЕ У СРЕДЊОВЈЕКОВНОЈ СРБИЈИ.....184

*Др Ђовани Карло Сеазу*
ЗНАЦИ КРИЗЕ ДРЖАВНИХ И МЕЂУНАРОДНИХ ПРАВНИХ РЕЖИМА ВОДА. КРАТКА И ПРЕЛИМИНАРНА РАЗМАТРАЊА ЗА ЈЕДНО ИСТРАЖИВАЊЕ О КОРИШЋЕЊУ ВОДЕ ИЗМЕЂУ РИМСКОГ И САВРЕМЕНОГ ПРАВА.....196

*Др Урош Станковић, асистент са докторатом*
РИМСКО ПРАВО У СРПСКОЈ ШТАМПИ ПРЕ ОБЈАВЉИВАЊА *ИНШТИТУЦИЈА ЈУСТИНИЈАНОВОГ РИМСКОГ ПРАВА* РАЈКА ЛЕШЈАНИНА.....207

## ПРАВНО-ЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

*Проф. др Гордана Илић Попов*
ФИКЦИЈА *NASCITURUSA* У (СРПСКОМ) ПОРЕСКОМ ПРАВУ.....235

*Проф. др Љубиша Дабић*
НАЧЕЛА ПОСТУПКА ДРЖАВНЕ РЕВИЗИЈЕ.....255

*Проф. др Марина Димитријевић*
МАНИФЕСТАЦИЈЕ ДИГИТАЛНЕ МОДЕРНИЗАЦИЈЕ ОПОРЕЗИВАЊА..... 286

*Проф. др Џамна Вранић*
*Проф. др Амина Николајев*
ОЧУВАЊЕ ОКОЛИША КАО ПРЕДУВЈЕТ РЕАЛИЗАЦИЈЕ ПРИНЦИПА НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЈЕТЕТА..... 301

*Проф. др Бојана Васиљевић Пољашевић*
ПОСЕБНИ СЛУЧАЈЕВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОРЕСКУ ОБАВЕЗУ СА ОСВРТОМ НА СЕКУНДАРНУ ПОРЕСКУ ОБАВЕЗУ СУПСИДИЈАРНОГ И СОЛИДАРНОГ ПОРЕСКОГ ДУЖНИКА У ДОМАЋЕМ И КОМПАРАТИВНОМ ПРАВУ..... 315

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том IV,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–396.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

*Проф. др Елена Нешовска Кјосева*
ПОРЕЗИ И УСПОН НОВИХ РАДНИХ ОДНОСА ..... 342

*Доц. др Предраг Млинаревић*
*Доц. др Горан Балотић*
ПРИОРИТЕТИ ПОЉОПРИВРЕДНЕ ПОЛИТИКЕ БИХ КАО ОДГОВОР НА ОЧЕКИВАНУ МЕГАЕКОНОМСКУ КРИЗУ ..... 356

*Доц. др Ђорђе Мариловић*
ЗАКОНИТОСТ У БУЏЕТСКОМ ПРАВУ ..... 373

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА. ..... 393

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. IV,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–396.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

# CONTENTS

FOREWORD ..... XVI

## ROMAN LAW AND LEGAL HISTORY SECTION

*Full Professor Giovanni Lobrano, LL.D.*
THE ROMAN LAW AND THE GENERAL PROBLEMS OF LAW. A PROPOSAL TO REREAD THE SOURCES ..... 1

*Full Professor and researcher Belinda Rodríguez Arrocha, LL.D.*
INTERPRETATION OF LAW, JUSTICE AND PEACE IN EARLY MODERN SPAIN: A TREATISE BY CASTILLO DE BOBADILLA ..... 16

*Associated Professor Pietro Paolo Onida, LL.D.*
THE CENTRAL SYSTEMIC MEANING OF THE NOTION PERSONA IN THE ROMAN SYSTEM OF RELIGIOUS LAW ..... 27

*Associate Professor Danil Tuzov, LL.D.*
THE ROMAN CONCEPT OF *BONA FIDES* AND ITS APPLICATION IN RUSSIA TO ACQUISITIVE PRESCRIPTION OF PARTICIPATION QUOTA IN CO-OWNED PROPERTY ..... 46

*Associated Professor Samir Aličić, LL.D.*
THE ISSUE OF PACKAGING COSTS IN THE SERBIAN LAW–A ROMANISTIC STANDPOINT ..... 54

*Associate Professor Giovanni Brandi Cordasco Salmena, LL.D.*
IMPROVE LITIGARE: NON-COOPERATIVE BEHAVIOR OF THE ADVERSE PARTIES IN ROMAN CIVIL PROCEEDINGS ..... 67

*Associate Professor Sanja Savić, LL.D.*
POLITICAL ORGANIZATION OF SERBS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA DURING THE AUSTRIAN-HUNGARIAN RULE ..... 99

*Assistant Professor Cristiana M. A. Rinolfi, LL.D*
ON THE ORIGIN OF *SCIENTIA IURIS*: INTERPRETATION MADE BY THE PRIESTS IN ANCIENT ROME–METHODOLOGICAL CONCEPTS AND APPROACHES ..... 112

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. IV,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–396.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

*Assistant Professor Ines Matić Matešković, LL.D.*
THE PRINCIPLES OF ROMAN LAW AS THE BASIS FOR THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF LAW IN THE PRACTICE OF CROATIAN COURTS ..... 166

*Assistant Professor Mirjana Pupić, LL.D.*
THE INFLUENCE OF ROMAN-BYZANTINE LAW ON THE DEVELOPMENT OF NOTARIAL SERVICES IN MEDIEVAL SERBIA..... 184

*Dottore di ricerca Giovanni Carlo Seazzu, LL.D.*
THE SIGNS OF CRISIS OF THE LEGAL REGIMES OF INTERNAL AND INTERNATIONAL WATERS
A SHORT AND PRELIMINARY OBSERVATION FOR THE PURPOSE OF A RESEARCH ON THE USE OF WATERS IN THE ROMAN AND THE CONTEMPORARY LAW ..... 195

*Assistant with a doctorate Uroš Stanković, LL.D.*
ROMAN LAW IN SERBIAN PRESS BEFORE *THE INSTITUTIONS OF JUSTINIAN'S ROMAN LAW* BY RAJKO LEŠJANIN..... 207

## LAW AND ECONOMY SECTION

*Full Professor Gordana Ilić Popov, LL.D.*
THE FICTION OF NASCITURUS IN (SERBIAN) TAX LAW ..... 235

*Full Professor Ljubiša Dabić, LL.D.*
PRINCIPLES OF STATE AUDIT PROCEDURE ..... 255

*Full Professor Marina Dimitrijević, LL.D.*
MANIFESTATIONS OF DIGITAL MODERNIZATION OF TAXATION ..... 286

*Associate Professor Džamna Vranić, LL.D.*
*Associate Professor Amina Nikolajev, LL.D.*
PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT AS A PREREQUISITE FOR REALIZING THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD ..... 301

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. IV,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–396.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-76-1

*Associate Professor Bojana Vasiljević Poljašević, LL.D.*
SPECIFIC CASES OF TAX LIABILITY WITH REFERENCE TO JOINT AND SEVERAL LIABILITY IN DOMESTIC AND COMPARATIVE LEGISLATION ..... 315

*Associate Professor Elena Neshovska Kjoseva, LL.D.*
TAXES AND THE RISE OF NEW WORK ARRANGMENTS ..... 342

*Assistant Professor Predrag Mlinarević, LL.D.*
*Assistant Professor Goran Balotić, LL.D.*
PRIORITY SECTORAL POLICIES IN WESTERN BALKAN COUNTRIES AS A RESPONSE TO POST-PANDEMIC ECONOMIC CHALLENGES ..... 356

*Assistant Professor Đorđe Marilović, LL.D.*
LEGALITY IN BUDGETARY LAW ..... 373

LIST OF REVIEWERS ..... 401

# П Р Е Д Г О В О Р

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, који је резултат научног скупа који је по једанаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан новембра 2022. године, 179 аутора и коаутора из 20 држава (Русија, Грчка, Италија, Мађарска, Шпанија, Француска, Уједињено Краљевство, Бугарска, Румунија, Белгија, Финска, Мексико, Колумбија, Перу, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ) саопштили су 151 реферат на српском, руском, енглеском, италијанском, односно матерњим језицима учесника.

Саорганизатори научног скупа били су Међународни савез правника (*International Union of Lawyers*), Европска организација за јавно право (*European Public Law Organization*), Институт за упоредно право, Институт за криминолошка и социолошка истраживања и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

У зборнику су на преко 2000 страница у четири тома објављена 102 рада од 126 аутора и коаутора из 15 држава (Русија, Италија, Мађарска, Шпанија, Француска, Бугарска, Румунија, Мексико, Перу, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ). Трећина радова објављена је на свјетским језицима (енглески, руски и италијански).

Научни скуп који се одржава поводом Дана Правног факултета категорисан је и класификован од стране Министарства за научнотехнолошки развој, високо образовање и информационо друштво Републике Српске као међународни научни скуп од посебног значаја прве категорије, чиме је постао један од три најбоље класификована и категорисана научна скупа из свих научних области.

Аутори су се бавили разноврсним питањима правне теорије и праксе, из свих правних научних дисциплина. Њихов циљ био је да самостално и критички анализирају правна начела и институте, да подвргну критици правне теорије и позитивно право и да дају научни допринос развоју правне теорије и усавршавању правних система. Мултиметодолошки приступ, који краси не само зборник у цјелини, него и појединачне радове, омогућио је да научна анализа буде свестрана и богата, а постигнути научни резултати значајни за унапређење правних наука.

Вјерујемо да ће посленици правних наука наћи довољно добрих научних анализа, интригантних ставова и полазишта за нове научне анализе. Надамо се и да ће носиоци јавних функција и правници практичари наћи одговоре на бројна питања која су им се јављала у политичкој и правној пракси, те да ће ови одговори постати основ за промишљање и усвајање нових позитивноправних рјешења.

На тај начин, овај зборник ће испунити своју сврху. Он ће представљати допринос развоју правних наука, и то у тешким друштвеним и политичким приликама, у којима се пред посленицима правних наука јављају бројни изазови и тешко рјешива теоријска и практична питања.

У Палама, октобра 2023. године

*Уредници Зборника радова*
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Самир Аличић

## F O R E W O R D

We are honoured to present the Collection of Papers "The Law between Creation and Interpretation", which is the result of the Scientific Conference held for the eleventh time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the Conference held in November 2022, 179 authors and co-authors from 20 countries (Russia, Greece, Italy, Hungary, Spain, France, United Kingdom, Bulgaria, Romania, Belgium, Finland, Mexico, Colombia, Peru, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina) presented 151 papers in the Serbian, Russian, English, Italian, or the native languages of the participants.

The co-organizers of the Scientific Conference were the International Union of Lawyers, the European Public Law Organization, the Institute for Comparative Law, the Institute for Criminological and Sociological Research, and the Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice.

The Collection of Papers contains over 2,000 pages in four volumes with 102 papers by 126 authors and co-authors from 15 countries (Russia, Italy, Hungary, Spain, France, Bulgaria, Romania, Mexico, Peru, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro, and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republic of Srpska and the Federation of BiH). A third of the works was published in the world languages (English, Russian, and Italian).

The Scientific Conference that was held on the occasion of the Day of the Faculty of Law was categorized and classified by the Ministry of Scientific and Technological Development, Higher Education and Information Society of the Republic of Srpska as an international scientific conference of special importance of the first category, which made it one of the three best classified and categorized scientific conferences in all scientific fields.

The authors dealt with various issues of legal theory and practice, from all legal scientific disciplines. Their goal was to independently and critically analyze legal principles and institutes, to critically examine the legal theory and the positive law, and to make a scientific contribution to the development of legal theory and the improvements of legal systems. The multi-methodological approach, which characterizes the Collection of Papers as a whole as well as the individual works, made it possible for the scientific analysis to be versatile and rich, and the achieved scientific results to be significant for the improvement of the legal sciences.

We believe that the theorists in the field of legal sciences will get far-reaching scientific analyses, intriguing attitudes and starting points for new scientific analyses. We also hope that the public office holders and legal practitioners will find answers to numerous questions that have arisen in their political and legal practice, and that these answers will become the basis for reflection and adoption of new positive legal solutions.

In this way, this Collection will fulfill its purpose. It will represent a contribution to the development of the legal sciences in the difficult social and political circumstances which cause numerous challenges to all those who try to solve the theoretical and practical issues which arise in the theory and practice.

In Pale, October 2023

*Editors-in-Chief*
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Associate Professor Radislav Lale
Full Professor Samir Aličić

**СЕКЦИЈА ЗА РИМСКО ПРАВО И ПРАВНУ ИСТОРИЈУ /**
***ROMAN LAW AND LEGAL HISTORY SECTION***

UDC/УДК 34(37)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Prof. dr Giovanni Lobrano*

Professore ordinario di Diritto romano.
Dottore HC della Pontificia Universidad Católica del Perú
Università di Sassari, Italia

# "DIRITTO ROMANO E PROBLEMI GENERALI DEL DIRITTO". *PROPOSTA PER UNA RILETTURA DELLE FONTI*

*1. Elementi caratterizzanti i sistemi giuridici: regime della volizione unitaria delle collettività e concezione della loro natura unitaria. 2. Due sistemi giuridici romani, secondo la storiografia e la scienza giuridica romane, dei quali uno solo valido: quello repubblicano, caratterizzato dal regime partecipativo e dalla concezione concreta delle collettività-unità. 3. Due sistemi giuridici romani, secondo la scienza romanistica contemporanea, dei quali uno "dimenticato": quello repubblicano. a. Secoli X-XVII. Formazione del sistema giuridico medievale-moderno germanico-inglese; caratterizzato dal regime sostitutivo e dalla concezione astratta. b. Secolo XVIII. Scontro rivoluzionario tra due modelli costituzionali, aristocratico e democratico, ricavati rispettivamente dal sistema giuridico germanico-inglese e dal sistema giuridico romano. c. Secolo XIX. "Restaurazione" e attribuzione al sistema giuridico romano degli elementi caratterizzanti il sistema giuridico germanico-inglese. 4. Usare il Diritto romano per risolvere i "problemi generali del diritto": proposta per una rilettura delle fonti a partire dagli insegnamenti di Giuseppe Grosso e di Pierangelo Catalano*.

**Parole chiave:** Società; Corpo; Persona (giuridica); Partecipazione; Sostituzione/rappresentanza; Mandato.

**SOMMARIO**

**1. Elementi caratterizzanti i sistemi giuridici: regime della volizione unitaria delle collettività e concezione della loro natura unitaria**
**2. Due sistemi giuridici romani, secondo la storiografia e la scienza giuridica romane, dei quali uno solo valido: quello repubblicano, caratterizzato dal regime partecipativo e dalla concezione concreta delle collettività-unità**

Giovanni Lobrano, *lobrano@uniss.it*.

**3. Due sistemi giuridici romani, secondo la scienza romanistica contemporanea, dei quali uno "dimenticato": quello repubblicano**

**a**. *Secoli X-XVII. Formazione del sistema giuridico medievale-moderno germanico-inglese; caratterizzato dal regime sostitutivo e dalla concezione astratta*

**b**. *Secolo XVIII. Scontro rivoluzionario tra due modelli costituzionali, aristocratico e democratico, ricavati rispettivamente dal sistema giuridico germanico-inglese e dal sistema giuridico romano*

**c**. *Secolo XIX. "Restaurazione" e attribuzione al sistema giuridico romano degli elementi caratterizzanti il sistema giuridico germanico-inglese*

**4. Usare il Diritto romano per risolvere i "problemi generali del diritto": proposta per una rilettura delle fonti a partire dagli insegnamenti di Giuseppe Grosso e di Pierangelo Catalano**.

## I. ELEMENTI CARATTERIZZANTI I SISTEMI GIURIDICI: REGIME DELLA VOLIZIONE UNITARIA DELLE COLLETTIVITÀ E CONCEZIONE DELLA LORO NATURA UNITARIA

Erodoto (secolo V a.C.), il 'padre della storia'[1], scrive[2] essere il **regime** della volizione unitaria delle collettività, a iniziare dalla collettività-unità Popolo, l'elemento caratterizzante in quanto ne determina la *politeía*.

Nel 'discorso' giuridico romano, la giustificazione dell'elemento pratico del regime della volizione unitaria delle collettività con l'elemento teorico della **concezione** della loro natura unitaria, matura l'ordinamento giuridico (complesso di norme) cui appartiene a sistema giuridico (complesso di norme sviluppato logicamente a partire da un *principium*).

## 2. DUE SISTEMI GIURIDICI ROMANI, SECONDO LA SECONDO LA STORIOGRAFIA E LA SCIENZA GIURIDICA ROMANE, DEI QUALI UNO SOLO VALIDO: QUELLO REPUBBLICANO, CARATTERIZZATO DAL REGIME PARTECIPATIVO E DALLA NATURA CONCRETA

A differenza dell'alternarsi ciclico di tre (ovvero di sette)[3] *politeíai*, descritto dalla storiografia e dalla scienza politica greca, la storiografia e la scienza giuridica romane conoscono la dura e irriducibile contrapposizione tra due soli sistemi giuridici. In Roma, essi sono: quello regio, iniziato nel

[1] Cic. *leg*. 1.5.

[2] Ἱστορίαι, III, 79-84. È il cosiddetto "logos tripolitikós".

[3] Pol. *Storie*, 6.11.11; 12.1; 13.1; 14.1

Utili informazioni sulla fonte e sulla dottrina in John Thortnton, "La costituzione mista in Polibio" in Domenico Felice, a cura di, *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli 2011, pp. 67-118.

*https://www.academia.edu/43394148/La_costituzione_mista_in_Polibio*

753 a.C. e finito nel 509 a.C. con la cacciata dei Re[4] e la criminalizzazione del Regno[5], e quello repubblicano (*res publica id est res populi*) iniziato nel 509 a.C. e prospetticamente senza fine.

Il due opposti regimi della volizione unitaria collettiva, i quali determinano i due opposti sistemi giuridici, sono rispettivamente scolpiti in:

Pomp. *D*. 1.2.2.1 *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*.

e in:

Lex XII tab. 12.5 *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esto* (Livio 7.17.12).

Il sistema giuridico romano repubblicano è – dunque – caratterizzato dal **regime** partecipativo (cioè: diffuso e centripeto) della volizione unitaria delle collettività, a iniziare dalla collettività-unità *populus*[6].

Il *populus*, è organizzato in *societas*[7]; mentre, *ut ait Ennius, 'nulla* [*regni*] *sancta societas nec fides est.'*[8].

Esso, inoltre, è unito in *corpus* (*corpus habet*)[9]. Il contratto di società (come constata la dottrina romanistica) non ha "rilevanza verso l'esterno, nei confronti dei terzi"[10] e, in esso, i "corpi" sono soltanto quelli dei singoli uomini-soci. Però, se questi si uniscono in un unico corpo "*ex distantibus*", ai loro corpi individuali si *aggiunge* il nuovo corpo, che – senza annullare quelli preesistenti – tutti li comprende.

---

[4] Pomp. *D*. 1.2.2.3 *Exactis deinde regibus*.

[5] *Lex Valeria de adfectatione regni* del 509 (Plut. *Publ*. 12; Liv. 2.1.9; 2.2.5).

[6] *Adde* la definizione della legge fornita da At. Cap. *apud* Aul. Gell. *n. Act*. 10.20; Iul. *D*. 1.3.32.1; *C*. 5.59.5.2.

[7] Cic., *rep*. 1.39.

Sulle eccezionali caratteristiche della organizzazione societaria: Giovanni Lobrano, "Società. Parte giuridica. Principi e sistema" in *Enciclopedia di bioetica e di scienza giuridica*, XI, Napoli 2017, *sub voce*.

[8] Cic. *rep*. 1.49.

[9] Gai. *D*. 3.4.1.pr.-1; Pomp. *D*. 41.3.30.pr.

[10] Mario Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, § 120, pp. 597 e 600. Cfr. la affermazione generale contenuta nell'art. 1165 del *Code Napléon* del 1804: «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes» e che si fa rimontare al pandettista Robert Joseph Pothier (*Traité des obligations*, t. I, nouvelle édition, Paris-Orleans 1744, n° 87, p. 108).

*https://archive.org/details/traitdesobliga01poth/page/108/mode/2up?ref=ol&view=theater*

Il nuovo 'ente collettivo' ha *persona* (*personam habet*)[11]; ovverosia (con espressione moderna) esso ha 'capacità giuridica': può esprimere (ed esprime realmente) con precisi effetti giuridici la propria volontà (ovviamente unitaria).

Mediante l'istituto del mandato, la volizione del Popolo è scandita e articolata, in due comandi: quello generale 'legislativo / sovrano' formulato dal medesimo Popolo mandante (ovverosia dai suoi membri: i Cittadini/soci) e quello (dunque) particolare 'esecutivo / di governo' dei suoi Magistrati mandatari.

Il regime repubblicano si intende se si intende il mandato come istituto che produce in capo al mandatario: sia la obbligazione di fare alcunché sia il potere per farlo; potere, questo, particolarmente rilevante quando il contenuto della obbligazione di fare è (usiamo nuovamente una espressione moderna) un 'atto giuridico in nome e per conto' del mandante[12].

Occorre anche menzionare la distinzione-separazione tra sacerdozio e magistratura, quale differenza (forse primaria, sorta di prerequisito) dei magistrati repubblicani dai Re (si pensi al *rex sacrificulus*)[13]. Essa, infatti, comporta una distinzione/separazione tra religione e diritto, la cui presenza o assenza marca profondamente, da sempre e sempre, le organizzazioni pubbliche[14].

---

[11] Sul «*populus romano come comunità dei cives romani o come persona giuridica*» vedi il 'punto' della dottrina proposto da Mario Caravale e Claudio Cesa, "Popolo" in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1996, *s.v.*

*https://www.treccani.it/enciclopedia/popolo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/*

[12] Pietro-Paolo Onida, "In tema di natura del *mandatum*" in Giovanni Carlo Seazzu, a cura di, Pandette *di Pothier o di* Windscheid. Code Napoléon *o* BGB. *Quale "diritto romano"?*, Sassari 2022, 91 ss.

[13] Liv., 2.2.1.

[14] Si pensi, da un lato, alle "clausole di autolimitazione" del *populus Romanus* nella propria azione legislativa (vedi Giuseppe Grosso, *Premesse generali al corso di Diritto romano*, 4a ed., Torino 1960, 91 s.) e, da altro lato, alle idea della onnipotenza legislativa dei rappresentanti moderni (William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 1765-1769, Libro.I Cap.II) sul presupposto della divinità del 'loro' Stato (Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, parte II "Of Commonwealth", cap. 17; Friedrich Hegel, *Philosophie des Rechts*, 1821, § 258) e al ruolo, del Re d'Inghilterra, di capo della Chiesa inglese ("Act of Supremacy" del 1534 e "Oath of Supremacy" del 1559, su cui Gino Patriarchi, *La Riforma anglicana. Storia ed evoluzione della chiesa d'Inghilterra e della Comunione anglicana*, Torino 2006).

Cerca «un point de contact privilégié entre les deux champs épistémiques» delle «théories délibératives de l'espace public, telles qu'elles se sont en particulier développées à partir de Rawls et de Habermas durant les deux dernières décennies du XXème siècle» e dei «tentatives de fondations religieuses métaphysiques d'un ordre social bon. Ces théories ont donc tenté explicitement de dépasser le conflit moderne entre autorité morale et autorité politique» Marc Maesschalck, "Philosophie de la religion et tournant pragmatiste des sciences

La spiegazione della articolazione volitiva repubblicana tra Popolo e Magistrati di governo – evitare «que le corps du peuple détourne son attention des vues générales, pour les donner aux objets particuliers»[15] – è stata data molto *ex post* ma coincide perfettamente con l'illuminante avverbio "*similiter*" adoperato da Giustiniano nel famoso principio formulato in *C.* 5.59.5.2 *quod omnes* similiter *tangit, ab omnibus comprobetur* [16].

A garanzia del corretto funzionamento di questa articolazione, è istituita la magistratura dei Tribuni della Plebe, dotati di *potestas* con la quale essi possono esercitare il veto e la intercessione a difesa del Popolo contro i Magistrati di governo.

La **concezione** della natura della collettività-unità Popolo è (al contrario di quanto affermato dalla dottrina dominante)[17] "concreta"[18] (come dimostra la menzione della "legione" e del "gregge" quali primi esempi, assieme al Popolo, di *corpora ex distantibus*). La "concretezza" del *corpus* e la reciproca obbligazione societaria, assunta contrattualmente ("*iuris consensu*") dai *cives*, di cercare (cioè individuare e perseguire) la "*communio utilitatis*" giustificano (cioè rispettivamente consentono e impongono, dal punto di vista logico) che la volizione della collettività-unità Popolo sia operata dai membri del Popolo stesso, salve integrazioni 'servili'.

La volizione partecipata del Popolo, che abbiamo visto necessariamente articolata in comando generale e comando particolare, postula una articolazione anche sul piano della natura del Popolo. La volizione partecipata, infatti, da un lato non è possibile se la collettività che la pratica non è adeguatamente piccola ma, da altro lato, essa spinge verso il continuo ampliamento della *societas* che costituisce la collettività. Pertanto, adoperando una formula medievale coniata a proposito dei Re[19], possiamo parlare di

---

sociales" in *Archivio di Filosofia*, vol. 75, n. 1/2, 2007, pp. 397-412 (*incipit*). Cfr., *infra*, nt. 41).

*file:///C:/Users/Utente/Downloads/Philosophie_de_la_religion_et_tournant_p.pdf*

[15] Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, 1762, libro III. "Où il est traité des Loix politiques, c'est-à-dire, de la forme du Gouvernement", cap. IV. "De la Démocratie".

[16] *Anno* 531.

[17] Vedi, esemplarmente, Riccardo Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959, p. 166; Id., "Rappresentanza. Diritto romano" in *NNDI*, XIV, Torino 1967, p. 796; Id., *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968, pp. 69 ss.)

[18] Evidenziata da Pierangelo Catalano nella monografia Populus Romanus Quirites, Torino 1970-1974, in particolare nel § IV. A. "'Magistrat' e 'Volk' nel pensiero del Mommsen, e gli sviluppi della visione dello «Stato astratto»", ove, p. 42, cita, , la affermazione di Theodor Mommsen (*Römisches Staatsrecht*, III,1,Leipzig 1887, 3) «*Populus* ist der Staat».

[19] Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton N.J 1957; tr. it. di Giovanni Rizzoni, *I due corpi del Re*, Torino 1989.

"due corpi del popolo": piccolo della singola Città e grande dell'"insieme di Città"[20].

## 3. DUE SISTEMI GIURIDICI ROMANI, SECONDO LA SCIENZA ROMANISTICA CONTEMPORANEA, DEI QUALI UNO "DIMENTICATO": QUELLO REPUBBLICANO

### a. Secoli X-XVII. Formazione del sistema giuridico medievale-moderno germanico-inglese; caratterizzato dal regime sostitutivo e concezione astratta

Nel secolo X (convenzionalmente: dal capitolare di Meerssen, 847)[21] le genti germaniche in Europa, traducono il proprio regime, centralizzato e discendente, della titolarità e dell'esercizio del potere ("Führerprinzip" e "Gefolgschaft")[22] negli ordinamenti giuridici "feudali"; radicalmente altri rispetto al sistema giuridico romano con il quale convivono.

Nel secolo XII (1188) in Spagna, il Re di León convoca il primo Parlamento per conciliare l'ordinamento feudale con il sistema giuridico romano, inserendo i mandatari delle Città nel consiglio dei signori feudali laici ed ecclesiastici[23].

Nel secolo XIII (1295) il Re d'Inghilterra, trasforma l'istituto parlamentare nel luogo di massima espressione della organizzazione feudale, attribuendo ai procuratori delle Città il "pieno potere" (*Plena potestas*,

[20] La osservazione storiografica di Mommsen (*RS*, III.1, cit, 781) che (con l'ampliamento a conclusione della Guerra civile) "il popolo romano è giuridicamente una confederazione di città di cittadini romani" appare confermare la affermazione teorica di Jean-Jacques Rousseau (*CS*, 3.15) secondo cui l'unico modo di costituire un grande Popolo senza fare venire meno la sua costituzione repubblicana-democratica è la confederazione di piccole Città.

[21] Su cui: Marc Bloch, *La société féodale*, I-II, Paris 1939-40; François-Louis Ganshof, *Qu'est-ce que la féodalité?*, Bruxelles 1944; Aaron Gourevitch, *Les catégories de la culture médiévale*, Paris 1983.

[22] Roberto Fiori, "*Sodales*, 'Gefolgschaften' e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)" in Societas - Ius. Munuscula *di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999.

Vedi anche Luciano Canfora, *La Germania di Tacito da Engels al nazismo*, Napoli 1979; cfr. Clara Grasso, "Luciano Canfora: le «ideologie del classicismo» e l'uso politico del paradigma classico" in *Polo Sud*, n. 3, 2013, 159 s. «Secondo Canfora alcuni motivi fatti propri dal nazismo furono tratti "legittimamente" dalla Germania di Tacito: per esempio, il *comitatus* come forma del rapporto tra Führer e partito prima, tra Führer e Stato poi, dopo che si affermò per legge l'identificazione fra partito e Stato e l'intero popolo tedesco divenne il seguito, la Gefolgschaft del Führer».

[23] Il 18/06/2013 l'UNESCO ha "certificato" essere la Città di León la culla del parlamentarismo, essendone i "Decreti" del 1188 la più antica testimonianza documentale. Vedi, da ultimo: Francisco Lamoneda Diaz, *Orígenes de la participación del pueblo en las Cortes de España y de Europa: las Cortes de León de 1188*, 'Ebook' 2022.

'full and sufficient power') di decidere su qualsiasi questione indipendentemente dalle istruzioni ricevute dalle stesse Città[24]. È, "di fatto", la 'invenzione' del regime sostitutivo/rappresentativo[25].

Nel secolo XVII (1651) questo regime è giustificato teoricamente da Thomas Hobbes, il quale, sul postulato della concezione necessariamente astratta della natura unitaria della collettività (*persona artificialis*)[26], afferma la possibilità per questa ultima di esprimersi esclusivamente per mezzo di rappresentanti, così come avviene per i minori e i pazzi[27].

La operazione teorica di Hobbes comporta la maturazione a sistema degli ordinamenti giuridici feudali (e, dopo il 1295, parlamentari) germanico-inglesi e ne consente il pieno confronto con il sistema giuridico romano.

### b. Secolo XVIII. Scontro rivoluzionario tra due "modelli costituzionali", aristocratico e democratico, ricavati rispettivamente dal sistema giuridico germanico-inglese e dal sistema giuridico romano repubblicano

Nel secolo XVIII, in Francia, può – così – svilupparsi e realmente si sviluppa un dibattito assolutamente straordinario (che sfocerà nella 'Grande Révolution') tra aristocratici (in particolare: Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, 1748) fautori del "modello costituzionale: medievale-moderno, germanico-inglese, feudale-parlamentare, rappresentativo", e democratici (in particolare: Rousseau, *Du contrat social*, 1762) fautori del "modello costituzionale: antico, romano, civico, partecipativo".

Tale dibattito si traduce nelle due prime costituzioni francesi: quella del 1791 (parlamentare rappresentativa) e quella del 1793 (civica partecipativa).

---

[24] William Stubbs, *Select Charters and the Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times of the Reign of Edward the First*, 1870, 9a ed. 1913, rist. Oxford 1962, 476.

[25] La novità politica-giuridica del 1295 non è sminuita né dalla presenza della espressione "*plena potestas*" nel *CJC* (vedi *C*. 2.12.10) né dalla modalità di funzionamento delle assemblee ecclesiali: introdotta dal Papa Innocenzo III nel concilio Laterano del 1215, portata in Inghilterra dai Domenicani [stabilitisi in Oxford dal 1221] e 'spiegata' con la formula "*persona ficta vel repraesentata*" dal Papa canonista Innocenzo IV (morto nel 1254). Vedi Giovanni Lobrano, Res publica res populi. *La legge e la limitazione del potere*, Torino 1994-1996, parte A, cap.I, in part. pp. 62 ss.

[26] Nel *Leviathan*, 1651, si trovano le formule "artificial man" (in particolare nella "Introduction"), "artificial person" (in particolare nel cap. XVI "Of Persons, Authors, and Things Personated" della parte I) e "artificial body" (in particolare nelle righe conclusive dell'opera).

[27] «children, fools, and madmen» (*Leviathan*, in particolare cap. XVI cit.)

Si deve osservare che la prima e non-democratica costituzione francese segue (seppure non puntualmente nel "federalismo") le orme di quella degli Stati Uniti d'America del 1787 (della quale è stato scritto essere "centralista" e, addirittura, una "nota a piè di pagina del *Leviatano* di Hobbes")[28].

Tuttavia, si deve anche osservare e anzi fortemente evidenziare che il centralismo anti-partecipativo di queste costituzioni trova una imperfetta ma comparativamente[29] assai significativa mitigazione nel "negative power" dell'"equilibrio dei poteri" espressamente ripreso dal potere dei Tribuni romani[30].

La corrispondenza del "modello costituzionale romano", adottato dai rivoluzionari democratici, alla interpretazione del Diritto romano operata dalla scienza giuridica coeva, è verificabile nelle massime trattazioni scientifiche di questa ultima (le *Pandette* di Pothier, 1748-52, e di Glück, 1790-1830) e nella sua massima traduzione normativa (il *Codice civile dei Francesi - Code Napoléon*, 1804). In queste *Pandette* e in questo *Codice* (fortemente segnato dalla lezione di Pothier) non ricorrono né l'istituto della persona artificiale né l'istituto della rappresentanza e il "mandatario-procuratore" (*Code Napoéon*, art. 1984) è obbligato al rispetto delle istruzioni ricevute dal mandante[31].

[28] Vedi la raccolta di scritti e lo scritto introduttivo, opera di Luigi Marco Bassani, *Gli antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, Torino 2011, *passim* e, in part. p. 42.

[29] Vedi, *infra*, nt. 40.

[30] Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, 11.6, scrive : «J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre; ce qui était la puissance des tribuns de Rome». Pochi anni dopo, William Blackstone, nei suoi *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, 1753, alla sezione II, usa la espressione "negative power" per definire il meccanismo parlamentare inglese dell'equilibrio dei poteri e al capitolo II del libro I, introduce a tale proposito un parallelo tra il potere del re inglese e il potere dei tribuni come definito da Cicerone (*leg*. 3.22). Durante la guerra civile nordamericana il massimo statista secessionista, John Caldwell Calhoun, nella sua *Disquisition on Government*, composta tra il 1848 e il 1850, auspica, con il ricorso al "tribunitial or veto power", una "concurrent majority" più complessa ma più giusta della semplice "numerical majority". In proposito: Giovanni Lobrano, Res publica res populi. *La legge e la limitazione del potere*, cit., parte E "Costituzione come limitazione del potere. Divisione ed equilibrio dei poteri *o* tribunato", capp. I "Divisione ed equilibrio dei poteri" e II "Tribunato".

[31] In proposito, vedi i contributi raccolti in Giovanni Carlo Seazzu, a cura di, Pandette *di Pothier o di* Windscheid. Code Napoléon *o* BGB. *Quale "diritto romano"?*, cit..

## c. Secolo XIX. "Restaurazione" e attribuzione al sistema giuridico romano degli elementi caratterizzanti il sistema giuridico germanico-inglese

La rivoluzione francese è vinta materialmente – attraverso scontri cruenti che si concludono con il Congresso di Vienna (ottobre 1814 e giugno 1815) – dalla componente aristocratica, la quale è 'nuova' rispetto alla 'vecchia' aristocrazia nobiliare. La nuova aristocrazia (ridefinita, tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento [Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto, Roberto Michels] come "élite")[32] fonda il proprio potere: non più sul vecchio principio pseudo-teocratico in realtà ereditario-dinastico (il potere appartiene a Dio ed è esercitato dagli uomini, che se lo trasmettono, con il sangue, dagli ascendenti ai discendenti) ma ormai sul nuovo principio pseudo-democratico in realtà rappresentativo (il potere appartiene al popolo il quale è incapace di volere e deve essere "sostituito" da "rappresentanti").

La messa a fuoco scientifica e la messa a punto normativa del nuovo "miracoloso"[33] istituto della rappresentanza diventa l'obiettivo per eccellenza della scienza giuridica del secolo XIX, in particolare di quella tedesca.

Friedrich von Savigny (1840-1849)[34] attribuisce anche e già al Diritto romano gli istituti hobbesiani: **α**) della astratta personalità artificiale = "juristische Person", per la concezione della natura unitaria della collettività, e **β**) della rappresentanza, per il regime della sua volizione unitaria, ricalcato (Hobbes *docet*) sulla *tutela* "*potestas in capite libero*" (Paul. *D.* 26.1.1.pr.) cui sono assoggettati i minori e i pazzi (nonché gli interdetti). Savigny incastona tale dottrina in un primo, minuscolo ma esauriente 'trattato' sulla "rappresentanza"[35]. In esso, accanto alla rappresentanza necessaria (ricalcata sulla tutela) egli colloca la rappresentanza volontaria. Di questa ultima egli individua la origine nell'antichissimo istituto romano dell'acquisto dei figli e dei servi al padre e al padrone, esteso dal pretore prima, mediante lo *iussum*, a persona nella potestà dello *iubens* e quindi, mediante il *mandatum*, a persona in aliena potestà. La rivoluzionaria o, più precisamente 'controrivoluzionaria' costruzione romanistica di Savigny ha, però,

---

[32] Giorgio Sola, "Elites, teoria delle" in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani 1993.

[33] Ernst Rabel, *Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano, Bologna–Roma 17-27 aprile 1933*, Pavia 1934, 238 «Juridisches Wunder»; cfr., *infra*, nt. 39, la citazione di Loewenstein.

[34] *System des heutigen römischen Rechts*, 8 volumi, Berlin 1840-1849.

[35] *System*, cit., Dritter Band, 1840, Zweytes Buch "Die Rechtsverhältniſſe", Drittes Kapitel "Von der Entſtehung und dem Untergang der Rechtsverhältniſſe", §. 113. II "Freye Handlungen. - Erweiterung durch Stellvertreter" ["Stellvertretung" nell'indice], pp. 90-98.

il difetto prima di tutto logico e sopra tutto politico (dati i *desiderata* dei nuovi aristòcrati-rappresentanti) di assegnare alla rappresentanza una sostanza e un regime internamente contraddittori, oscillanti tra la titolarità e l'esercizio del potere del "rappresentante" tutore e la subalternità e la obbedienza del "rappresentante" figlio/servo o mandatario.

A riconoscere alla rappresentanza la adamantina natura di "pieno potere" provvede, nel 1866, il giurista positivo Paul Laband. Questi, con la spada di Alessandro Magno, taglia il contratto romano del mandato, il quale poteva incorporare o non incorporare la procura, in due nuovi contratti diversi e separati: il mandato "Auftrag" (senza procura "Vollmacht") con il quale il mandatario si impegna a compiere una 'determinata' attività materiale per conto del mandante, e la procura (senza mandato) con la quale, il procuratore riceve il potere di compiere atti giuridici in nome del procurante ossia la "rappresentanza"[36]. Con ossequiosa sollecitudine, nel 1867, il romanista Bernhard Windscheid (nella stesura del *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 voll. Düsseldorf, 1867-1871)[37] attribuisce anche al Diritto romano la neo-formulata nozione di "procura", così ritagliata dal mandato, ravvisandola con notevole ma fortunata improntitudine proprio nello *iussum*, il quale, da quel momento, non è più un comando rivolto ad un subalterno ma è una autorizzazione / trasferimento di potere ad alcuno per agire in nome e per conto dello *iubens*[38].

La complessiva dottrina della rappresentanza è tradotta in normativa nel *Codice civile* tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1896-1900, della cui stesura è *magna pars* precisamente Windscheid.

Il secolo XIX ha onorato con la massima devozione la grande "scoperta [o "invenzione": "Erfindung"] della rappresentanza"[39].

---

[36] "Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch" in *ZHR - Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 10, 1866, pp. 183-241.

[37] La edizione 1867, 1869 e 1871 è la prima completa dei tre volumi che integrano il piano dell'opera. In essa (precisamente in quelle che sono in realtà le seconde edizioni dei primi due volumi, già usciti nel 1862 e nel 1866) Windscheid attribuisce ai giuristi romani e alla compilazione giustinianea la nuovissima dottrina di Laband in materia di mandato.

[38] Pietro Bonfante, traduttore di Christian Friedrich von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, Erlangen 1790-1830 (*Commentario alle Pandette*, Milano 1888) si fa zelantemente carico, con una lunga nota, di dissentire dalla interpretazione glückiana dello *iussum* come comando, per fare propria quella windscheidiana come autorizzazione ("conferimento di potere"). È la nota 'b' al § 919 "Concetto e natura dell'*actio quodo iussu*" (Vol. XV, Tit. IV "*Quod iussu*", pp. 213-215, del *Commentario*).

[39] Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen 1959, tr. di Rüdiger Boerner *di Political power and the governmental process*, Chicago 1957; cfr, *supra*, nt. 33.

Risultato di estrema rilevanza scientifica e politica della operazione ottocentesca è la cancellazione della memoria del Diritto romano democratico-partecipativo (cioè repubblicano in senso proprio) e la sua sostituzione con il Diritto romano aristocratico-rappresentativo, oggi (sempre con eccezioni) l'unico conosciuto e insegnato.

## 4. USARE IL DIRITTO ROMANO PER RISOLVERE I "PROBLEMI GENERALI DEL DIRITTO": PROPOSTA PER UNA RILETTURA DELLE FONTI A PARTIRE DAGLI INSEGNAMENTI DI GIUSEPPE GROSSO E DI PIERANGELO CATALANO

A differenza dei democratici del Settecento, i democratici della seconda metà dell'Ottocento e, quindi, del Novecento non dispongono più di un "modello" giuridico partecipativo.

Le conseguenze (a iniziare dalla Rivoluzione russa del 1917) sono oggi tragicamente sotto gli occhi del mondo[40]. Meno tragico ma non meno significativo il fenomeno – denunziato dalla dottrina recente – della mancanza di risposta scientifica alla domanda diffusa e molteplice di partecipazione democratica[41].

Soluzione non è 'buttare' l'intero diritto, come (cadendo nella trappola logica costruita dai pandettisti tedeschi dell'Ottocento) fa Carl Marx, quando definisce il diritto "sovrastruttura"[42] e "mostri antidiluviani" i suoi attori antichi[43].

---

[40] Merita osservare che Lenin si oppose alla introduzione dell'istituto del "Tribuno dei Sowiets" (Giovanni Lobrano, "Lenin e il 'tribuno dei soviet'" in J. Irmscher - G. Meloni - P. Frezza - J. Topolski - V. Hanga e altri [a cura di G. Meloni, "Introduzione" di C. Nicolet] *Dittatura degli antichi e dei moderni*, Roma 1983, 47-52.)

[41] Jacques Lenoble et Marc Maesschalk, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke (Québec) 2011, "Introduction" scrivono di «une double cécité, […] un double blocage» delle «théories actuelles de la démocratie […] y compris dans ses tentatives de reformulation les plus récentes». Il «premier blocage» è "caratterizzato" da «une "croyance représentative" persistante dans les théories appliquées de la démocratie». Il «second blocage» si manifesta sul «versant "participatif"» perché se «la philosophie politique récente n'est donc pas restée complètement prisonnière de l'approche "représentative" de la démocratie» e «L'idée émerge, tant dans les transformations qui affectent la réalité de nos sociétés que dans la pensée politique de la démocratie, d'un nécessaire renforcement des formes de participation des citoyens à l'exercice du pouvoir» tuttavia «le terme reste souvent vague. De plus, même là où l'analyse se fait plus fine, l'exigence que ce terme dénote reste plus de l'ordre de la boîte noire que d'une opération théoriquement construite. Ce défaut de construction théorique explique ce que nous identifions comme un blocage».

[42] Karl Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1859, "Vorwort".

[43] Karl Marx, "Der achtzehnte Brumaire" in *Die Revolution, eine Zeitschrift in zwanglosen Heften*, Herausgegeben von J. Weydemeyer. Erstes Heft, New-York 1852, § I.

Soluzione è studiare il Diritto romano per risolvere i "problemi generali del diritto"[44].

Occorre rileggere le fonti del Diritto romano criticamente rispetto alla dottrina romanistica otto- e novecentesca[45].

Un modo per farlo è recuperare la memoria della dottrina romanistica e della sua traduzione normativa pre-Restaurazione: esemplarmente, delle *Pandette* di Pothier e di Gluck e del *Code Napoléon*.

## BIBLOGRAFIA

### Letteratura


1. Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Oxford 1753;
2. Bloch, Marc, *La société féodale*, I-II, Paris 1939-1940;
3. Boerner, Rüdiger, *Political power and the governmental process*, Chicago 1957;
4. Bonfante, Pietro, *Commentario alle Pandette*, Milano 1888;
5. Canfora, Luciano, *La Germania di Tacito da Engels al nazismo*, Napoli 1979;
6. Caravale, Mario, Cesa, Claudio, "Popolo" in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani 1996;
7. Catalano, Pierangelo, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970-1974;
8. Christian Friedrich von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, Erlangen 1790–1830;
9. Clara Grasso, "Luciano Canfora: le «ideologie del classicismo» e l'uso politico del paradigma classico" in *Polo Sud* 3/2013;
10. Fiori, Roberto, "*Sodales*, 'Gefolgschaften' e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)" in Societas – Ius. Munuscula *di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999;
11. Ganshof, François-Louis, *Qu'est-ce que la féodalité?*, Bruxelles 1944;
12. Gourevitch, Aaron, *Les catégories de la culture médiévale*, Paris 1983;
13. Grosso, Giuseppe, *Premesse generali al corso di Diritto romano*, 4a ed., Torino 1960;
14. Hegel, Friedrich, *Philosophie des Rechts*, Berlin 1821;
15. Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 1651;
16. Kantorowicz, Ernst H., *The King's Two Bodies*, Princeton 1957;


[44] Partendo dalla omonima monografia (Torino 1967) di Giuseppe Grosso.

[45] Procedendo risolutamente nel cammino intrapreso negli anni '70 da Pierangelo Catalano, con le monografie *Tribunato e resistenza*, Torino 1970-1971 e Populus Romanus Quirites, cit., *supra*, nt. 18.

17. Laband, Paul, "Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch" in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 10/1866;
18. Lenoble, Jacques, Maesschalk, Marc, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke 2011;
19. Lobrano, Giovanni, "Lenin e il 'tribuno dei soviet'" in J. Irmscher, G. Meloni, P. Frezza, J. Topolski, V. Hanga e altri [a cura di G. Meloni, "Introduzione" di C. Nicolet] *Dittatura degli antichi e dei moderni*, Roma 1983;
20. Lobrano, Giovanni, *Res publica res populi*. *La legge e la limitazione del potere*, Torino 1994-1996;
21. Lobrano, Giovanni , "Società. Parte giuridica. Principi e sistema" in *Enciclopedia di bioetica e di scienza giuridica*, XI, Napoli 2017;
22. Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, Tübingen 1959
23. Maesschalck, Marc, "Philosophie de la religion et tournant pragmatiste des sciences sociales" in *Archivio di Filosofia*, vol. 75, 1-2/2007;
24. Marx, Karl, "Der achtzehnte Brumaire" in *Die Revolution, eine Zeitschrift in zwanglosen Heften*, Herausgegeben von J. Weydemeyer, Erstes Heft, New–York 1852;
25. Marx, Karl, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1859;
26. Mommsen, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1887;
27. Onida, Pietro-Paolo, "In tema di natura del *mandatum*" in Giovanni Carlo Seazzu, a cura di, Pandette *di Pothier o di* Windscheid. Code Napoléon *o* BGB. *Quale "diritto romano"?*, Sassari 2022;
28. Orestano, Riccardo, "Rappresentanza. Diritto romano" in *NNDI*, XIV, Torino 1967;
29. Orestano, Riccardo, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959;
30. Orestano, Riccardo, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968;
31. Patriarchi, Gino, *La Riforma anglicana. Storia ed evoluzione della chiesa d'Inghilterra e della Comunione anglicana*, Torino 2006;
32. Pothier, Robert Joseph, *Traité des obligations*, t. I, nouvelle édition, Paris-Orleans 1744;
33. Rabel, Ernst, *Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano, Bologna–Roma 17-27 aprile 1933*, Pavia 1934;
34. Rizzoni, Giovanni, *I due corpi del Re*, Torino 1989;
35. Rousseau, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, Amsterdam 1762;
36. Sola, Giorgio, "Elites, teoria delle" in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani 1993;

37. Stubbs, William, *Select Charters and the Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times of the Reign of Edward the First*, 1870, 9a ed. 1913, rist. Oxford 1962;
38. *System des heutigen römischen Rechts*, 8 volumi, Berlin 1840-1849;
39. Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990;
40. Thortnton, John, "La costituzione mista in Polibio" in Domenico Felice, a cura di, *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli 2011.

*Full Professor Giovanni Lobrano, LL.D.*

Pontifical Catholic University of Perú
University of Sassari, Italia

## THE ROMAN LAW AND THE GENERAL PROBLEMS OF LAW. A PROPOSAL TO REREAD THE SOURCES

*Summary*

1. The elements characterizing legal systems are the regime of the unified will of the community members and the concept of their unified nature. 2. According to Roman jurisprudence and historiography, only one of two existing Roman legal systems is valid–the republican legal system characterized by the participative regime and the concrete concept of the collective, i.e., unity. 3. According to contemporary legal science, there are two Roman legal systems, one of which is forgotten–again, the republican one. a. From X to XVII century, the creation of the medieval-modern Anglo-German legal system took place; it is characterized by the regime of substitution of will and the abstract concept of the same. b. In the XVIII century, there was a revolutionary collision of the two constitutional models–aristocratic and democratic- originating from Anglo-German and Roman legal models. c. The XIX century saw the ″restoration″ and ascribing to the Roman legal system the elements typical of the Anglo-German legal system. 4. Using Roman law to address ″general legal issues″ is to propose a rereading of the sources, starting from Giuseppe Grosso and Pierangelo Catalano.

**Key words:** Society; Community; Entity (legal); Participation; Substitution/representation, mandate.

*Проф. др Ђовани Лобрано*

Понтификални католички универзитет у Перуу
Универзитет у Сасарију, Италија

## "РИМСКО ПРАВО И ОПШТИ ПРОБЛЕМИ ПРАВА". *ПРЕДЛОГ ЗА ЈЕДНО НОВО ЧИТАЊЕ ИЗВОРА*

*Сажетак*

1. Елементи који карактеришу правне системе су: режим јединствене воље колектива и концепција њихове јединствене природе. 2. Постоје два римска правна система, према римској правној науци и историографији, од којих је само један валидан: онај републикански, који карактеришу партиципативни режим и конкретна концепција колектива-јединства. 3. Постоје два римска правна система, према савременој правној науци, од којих је један „заборављен", поново онај републикански. a. Од X до XVII века текло је стварање средњевековно-модерног германско-енглеског правног система; њега карактеришу режим супституције воље и апстракна концепција исте. b. У XVIII веку долази до револуционарног судара два уставна модела, аристократског и демократског, који пак потичу од германско-енглеског односно римског правног модела. c. У XIX веку долази до "рестаурације" и приписивања римском правном систему елемената карактеристичних за германско енглески правни систем. 4. Користити римско право ради решавања "општих правних проблема": предлог је за једно ново читање извора полазећи од учења Ђузепеа Гроса и Пјеранђела Каталана.

**Кључне речи:** *Друштво; Заједница; Лице (правно); Партиципација; Субституција/представништво; Мандат*.

UDC/УДК 340.132(460)"15/19"
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Full Professor and researcher Belinda Rodríguez Arrocha, LL.D.*

Intercultural University of the State of Puebla, Mexico

# INTERPRETATION OF LAW, JUSTICE AND PEACE IN EARLY MODERN SPAIN: A TREATISE BY CASTILLO DE BOBADILLA

*Jerónimo Castillo de Bobadilla published his work titled Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra in 1597 (Madrid). This work was a treatise about the practice of government and justice by lay and religious authorities. In this sense, Castillo used his vernacular language (Spanish) in redaction. The reason for his linguistic choice was that his book was intended for governors and judges in the local sphere who had no education in law studies or the Latin language.*

*The main purpose of this paper is to elucidate the characteristics of the legal interpretation of diverse sources mentioned by Castillo, regarding the preservation of peace and order in possession of the Spanish Monarchy under the perspective of Legal History. It is important to remember that his Política belonged to the doctrinal field of mos italicus. The work contains mentions of Roman law, royal laws, Italian jurisprudence and doctrine, the Bible, historical examples of government measures, and customs in judicial practice. Frequently, the said author explained the diverse interpretations of some legal questions in order to show which was the "right" one. Despite strengthening the royal law, doctrinal opinions had an important role in Castillo's disquisition.*

**Key words:** Castillo de Bobadilla; Early Modern Age; Legal doctrine; Legal History; Spanish Monarchy.

## 1. INTRODUCTION

Jerónimo Castillo de Bobadilla lived between 16 and 17th centuries in Castile. He had legal training under the academic system of University of Salamanca and he obtained a bachelor's degree in Canon Law. Moreover,

Belinda Rodríguez Arrocha, *belindarodrguez@gmail.com.*

he had an interesting career in local government and justice in Castilian territory, also as a satisfactory experience as lawyer. Finally, he was public prosecutor at Real Chancillería of the city of Valladolid, before his death.[1]

Furthermore, Castillo de Bobadilla published the legal "bestseller" *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra*. The first edition of the Castillo´s *Política* is from 1597 and published in Madrid. Written throughout the decade of the 16th century, in 1595 it was virtually finished. From a strictly legal point of view, the work is closely linked to the late mos italicus, insofar as it presents a notorious adherence to the doctrine of common law and, more specifically, to the prestige of the Roman law and its commentators, in addition to the scholastic method, the book presents knowledges of a cumulative and casuist nature,[2] appointment with prolixity Roman and canonical texts, and frequently mentions of glossators and his contemporaries, both civilists and canonists. The edition of 1608 already contained the purges carried out by the inquisitorial censor.[3]

Castillo maintained that writing in the Romance language would make possible for the *corregidores*, governors and non-jurist lords understood better their obligations and avoid situations of discord with the ecclesiastical judges.[4] The *Política* was a treatise about the practice of government and justice by lay and religious authorities, especially the local *corregidores* (royal authorities).[5]

---

[1] F. Tomás y Valiente, "Castillo de Bobadilla (c. 1547–c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen", *Anuario de Historia del Derecho Español* 45/1975, 159–232.

[2] In the field of Philosophy and Humanistic studies, see S. Byrne, "Las repúblicas platónica, aristotélica y cervantina a la luz del corregidor Castillo de Bobadilla", (ed. C. Strosetzki), *La autoridad de la antigüedad*, Iberoamericana Vervuert, Madrid/Frankfurt am Main 2014, 49–72; J–P. Coujou, "Fondement et finalité de la société chez Castillo de Bobadilla", *Cauriensia* 13/2018, 325–360; V. Labrada Rubio, *Filosofía jurídica y política de Jerónimo Castillo de Bobadilla*, EUNSA, Pamplona 1999; C. Strosetzki, "La dignidad del jurista en el Siglo de Oro: de Castillo de Bovadilla y Bermúdez de Pedraza", *Hipogrifo: Revista de Literatura y Cultura del Siglo de Oro* 9.1/2021, 1305–1316.

[3] B. González Alonso, "Estudio preliminar", J. Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1978, 9–36.

See also B. Rodríguez Arrocha, "La conflictividad jurisdiccional en el ámbito de la justicia criminal de la edad moderna: desencuentro y conciliación entre los jueces eclesiásticos y legos", G. C. Machado Cabral *et al.*, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Dykinson/Universidad Carlos III, Madrid 2016, 158.

[4] B. Rodríguez Arrocha, 161.

[5] See F. Barrios, Jerónimo Castillo de Bobadilla, *https://dbe.rah.es/biografias/15848/-jeronimo-castillo-de-bobadilla*, 31 August 2023, and J. M. Pérez–Prendes Muñoz–Arraco,

## 2. JUSTICE, PEACE AND WAR IN CASTILLO'S POLITICA

Undoubtedly, the most important chapter that is referred to justice in war times is the fourth book of second volume of the *Política*. The title of the said book is "Libro cuarto de los oficios del corregidor tocantes a la guerra en fronteras y puertos".[6] For the author, the preservation of the peace of the territories is like the government of home: a good father Will be a good governor.

Reading books of History is an important training for war times. In Castillo´s opinion this cultural custome has been a success estrategy for some personages in West and East lands during the centuries:

> *Cuanto a lo primero de ejercitarse el corregidor con el entendimiento, dice Patricio que debe leer historias (que es el más deleitoso teatro que se puede imaginar, según Juan Botero) y considerar los hechos de hombres famosos, y como se gobernaron en la guerra, y la hicieron sin peligro, y examinar la ocasión de la victoria y de la pérdida de ellos, para poder huir esto y seguir aquello, siguiendo la opinión de algún varón señalado, así porque la virtud alabada en otros, a semejante alabanza nos convida, como porque la castigada afrenta nos hace más fuertes. Lúculo fue uno de los mejores capitanes de su tiempo, con lo que estudió en el camino cuando iba a la Guerra Mitridática, leyendo mucho en cosas pasadas; y por no alegar ejemplos de nuestra tierra, Mahometo II, rey de turcos, que fue el primero a quien llamaron Gran Turco, continuamente traía en las manos alguna historia antigua. Selin I se deleitó mucho de leer los hechos de Alejandro Magno y de Julio César, y los hizo escribir en lengua turquesca, y así fue muy semejante a entrambos en la diligencia de las empresas que hizo (…). Y realmente según dice fray Marco Antonio de Camos, la lición de buenos libros es de mucha utilidad, porque destierra las tinieblas de la ignorancia, aclara la vista del entendimiento, desembota el ingenio, allega tesoros de ricos hechos y dichos en la memoria, desengaña de muchos engaños, principalmente de lo que presumimos saber y no alcanzamos; y la lición de la historia es muy necesaria para saber gobernar el estado pacífico y militar, y con ella se ayuda la prudencia, y perficiona el varón para tener lustre y cabida entre los que se precian de saber de ambas cosas.*[7]

---

"El rey en la ciudad. Los corregidores (historiografía y comentarios)", *Interpretatio* 10/2004, 397–406.

[6] J. Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos, y seglares, y de sacas, aduanas, y de residencias, y sus oficiales, y para regidores, y abogados, y del valor de los corregimientos, y gobiernos realengos, y de las órdenes. Tomo segundo*, Sebastián de Cormellas, Barcelona 1624[4], 403–522.

[7] *Ibid.*, 405.

Furthermore, the discipline and the virtues were necessary in military activities in peace and war and peace days. The purpose of the corregidor is preserving peace and justice in his territory. At the same time, the purpose of Secular Law is preservation of Human Life. In local sphere, the ethic was important in judicial and goverment decisions, also as the good sense and practice of casuism:

> *Y como quiera que la principal disciplina de los soldados es la de las costumbres (pues mayor peligro corren los hombres con los vicios secretos que con los enemigos públicos, y tanto se le ha de guardar que no entren en los ejércitos los vicios como que no les cometan traición los enemigos) advierta mucho el corregidor durante la paz regir los soldados según las leyes militares, para que la fuerza se mude en costumbre, y la costumbre de bien hacer se convierta en naturaleza, y de esta manera de cualquier mala inclinación que tengan al principio se hacen con el uso de hombres de bien (…). Y en suma de la obediencia procede principalmente los bienes de la guerra, según dice Platón y refiere Plutarco, como de la licenciosa libertad, por el contrario, todos los más y mayores males. Por falta de obediencia las insolencias. Por esta falta las sediciones, los robos, los incendios, los escándalos, el violar los templos, y profanar las cosas sagradas, y finalmente la destrucción y pérdida de los ejércitos (…). Pero es de advertir que, según Tucídides, a la obediencia se han de juntar otros dos requisitos y partes, es a saber, voluntad y vergüenza; voluntad porque el pelear ha de ser de grado, con gallardía y brío, vergüenza para que se afrente el soldado de hacer cosa fea, o cobardía y la obediencia porque esta es la que los hace diestros, y los conserva y asegura, y hace pelear y aún vencer*.[8]

It is important to remember that excommunication could also be applied to those who had dealings or alliances with the enemies of the Christian faith in time of war.[9] At the same time, one of the most conflictive fact in Castillo´s treatise is the judicial conflicts between the Spanish authorities and diverse jurisdictions.

A case of exception to privileged jurisdiction contemplated the requirements of the application of justice secular and criminal in cases of crimes committed by knights of the military orders. Secular justice could act against them if they had delinquent after having the habits but before professing. This exception of the jurisdiction did not proceed if a friar committed a crime during the year of the novitiate, since the competent judge to punish him would be his prelate, in virtue of canon law and common doctrine. But the secular judge could punish the novice if he had left the monastery, for death from the opinion of Lambertenghi. Punishment for crimes committed by said gentlemen is again contemplated in case one

[8] *Ibid.*, 409–410.

[9] B. Rodríguez Arrocha, 169.

hundred and seventeen; on this occasion, in those crimes perpetrated on the occasion of the exercise of the offices of aldermen, corregidores, captains or court attorneys, in addition to crimes serious. In those cases they lose the privilege of jurisdiction, although Castillo did not forget that the Knights of the Order of Saint John could not carry out those public trades. Nor can we forget that they corresponded to the jurisdiction secular crimes committed by gentlemen within the activity military.

Castillo also synthesized the debate regarding the religious condition or secular and the jurisdiction of the knights of the orders, headed by the "doctor" Navarro and Bishop Sarmiento. He recalls that by virtue of the *concordia* approved under the mandate of the count of Osorno as president of the council of orders, the knights of the order of Santiago did not enjoy the immunity nor of the ecclesiastical jurisdiction in cases of treason and other serious crimes. This concord, despite the fact that it had been contemplated in the ordinances of the chancelleries, motivated the rejection of the aforementioned gentlemen, who alleged that had been agreed upon without his consent. Castillo asserted that even its application had not been successful within the real justice,[10] despite to that the common doctrine defended the secular consideration of the knights.

Following Gregorio López, Castillo maintained that although Pope Martin V had exempted from ordinary ecclesiastical and secular jurisdiction, he only had to interpreted as to its ecclesiastical jurisdiction, but not to the detriment of the royal justice to which the knights were subject. However. He also mentions the royal decree of 1527 given to the chanceries and which established that the royal courts could not hear the criminal cases of the commanders from Santiago. As usual, Castillo gives his own testimony about the reality of judicial administration. He asserts that throughout of his life as corregidor, investigator and lawyer he has observed that the lords of the council refer the knights and their causes to their conservative judges. He mentions two recent cases, such as, firstly, that of a gentleman accused of murder, of whose cause he claimed to know the Council of Aragon and that finally was known to the Council of Orders.

Conversely, a gentleman in the Calatrava habit accused of committing the heinous sin was executed by a chancery mayor, who sentenced him to the stake. In any case, the defense of real justice comes emphasized by Castillo regarding the commanders and knights of the military orders of Santiago, Calatrava and Alcántara. In his opinion, before the commission of a crime by one of them, the corregidor had to proceed in the cause until its inhibition by order of the king, the council or the chancery. He even asserted that it was not customary to remit ex oficio these criminals of

[10] *Ibid.*, 187.

privileged jurisdiction to their judge, given the frequency with which, aware of his condition, they disturbed the order.

On the other hand, the knights of the order of San Juan had greater exemptions and apostolic privileges. His priors knew of his crimes in his assembly. Following Baldo, it was not enough for the individual to wear the habit to consider his profession and recognize his privileges;[11] opinion expressed by the royal council a few years before the first edition of the Politics, on the occasion of the secular prosecution of a person in the Alcántara habit, who had been arrested for a dispute. The debate on the immunity had been settled as a result of the Council of Trent, in regard to the knights of the military orders had to enjoy their immunity before professing: if they were at the service of the order or under obedience in one of its houses or convents, or if they had made their profession legitimately and according to the rule of their order military.

The knights of Santiago were excepted from the privileged jurisdiction in causes of treachery, serious thefts, riots, heinous sin and, in general, of the crimes of lèse majesté divine and human. The judges of his order would know the rest of the criminal cases, by virtue of the Bulls that recognized the privilege of him. From this judicial exemption also enjoyed by the knights and commanders of the orders of Calatrava, Alcántara and Montesa. The crimes committed by them could be punished accordingly. accordance with the royal discretion through the bull of Leo X, issued in Rome in 1514 in favor of the kings of Spain. The higher court was the royal council of orders, although criminal cases excepted in the aforementioned concord corresponded to royal justice, under auto 11, of title 1 of book 4 of the New Compilation of Castile. Castillo also mentions the doctrine of Cassaneo and other authors, relative to the situation legal status of the knights of other military orders, such as that of Christ of Portugal or Montesa of Valencia. The jurists consulted by Castillo considered that his knights were religious and exempt from jurisdiction secular, but in not every cases.[12]

The autor mentions that the delinquent gentleman he had to present the declinatory before the judge who summoned him and knew his because of him, his privilege not being so notorious as in the case of clergymen and friars. For this reason, if the gentleman did not go before the judge to claim his privilege, his declaration of rebellion was valid. It's important pointing that knights did not enjoy the privilege of jurisdiction nor should they be referred to their judges if they had put to death a clergyman. Consequently, they could be punished by secular justice, even if they had already made

[11] *Ibid.*, 188.
[12] *Ibid.*, 189.

the profesión into the Order. Likewise, if the master or the council of orders condemned a knight to the death penalty, he had to be previously demoted and then secretly executed. The author stated that in normal practice they were applied the death penalty in his own room.[13]

Moreover, if the cleric were a soldier, endowed with weapons and salary, he could be seized by the corregidor if he had already been reprimanded in vain three times by his prelate. In this case he would be punished without prior degradation, since he had lost the privilege of jurisdiction. The apostate cleric who commits crimes could also be punished by the secular judge, especially under of the constitution of Pope Leo X.[14]

Castillo de Bobadilla's Política contains the theoretical development of the right of asylum in chapter fourteen of the second book of the first volume, while the following chapter deals with the controversy on the armed defense of the immunity of the sacred soil. In any case, the author will point out later, in his chapter dedicated to the real jurisdiction and in cases of mixed jurisdiction, that when a layman has committed a homicide or other crime in a church, or was a recluse in it, was competent the secular judge of the territory in which the building was located.

The author thinks that the ecclesiastical judge could punish the sacrilege and impose the sacramental or public penance. Later, he will also synthesize the debate on the powers of secular and ecclesiastical judges in what it concerns the delinquent taking refuge in a church.[15] On the one hand, Covarrubias and Claro, among other authors, maintain that both are competent and that, in the absence of consensus, a third party appointed by the higher royal courts-in the event that the secular judge is royal, and not a lord – he should determine together with them whether or not the offender could enjoy immunity from the sacred ground. However, Castillo comments that this resolution practice of conflicts was not usual at that time, but generally the judge ecclesiastical promulgated censures and the secular proceeded against the delinquent, taking refuge in appeals and in the way of force. He had observed that it was the ecclesiastical judges who knew and sentenced if the delinquents could enjoy the immunity of the sacred soil, a solution promoted by authors such as Acevedo and Germonio and that also attended to the content of the Bull of Gregory XIV of 1591. If the secular judge received a penance very serious on the part of the ecclesiastic, he could appeal to the metropolitan court.

If he did not grant the appeal, he could request the forcible court before the royal council – although Castillo did not guarantee the speed of the

[13] *Ibid.*, 190.
[14] *Ibid.*, 190–191.
[15] *Ibid.*, 199.

latter procedure. However, the papal disposition actually counted on the opposition of the Spanish kings, despite the limitations on its application promoted by Clement VIII, Paulo V and Urbano VIII.

Castillo neatly develops the limits of soil immunity in the aforementioned chapter fourteen, paying special attention to each of the more serious crimes and including some historical references. Regarding the first, alludes to actions such as sodomy, kidnapping of virgins, adultery and the homicide. When the Castilian autor mentions the corregidor who extracted from the church the delinquent, from whom subsequently and by virtue of the information received he knew that he should not enjoy ecclesiastical immunity, he alludes to the doctrine defended by authors such as Pedro de Belluga.[16]

Because of the significance of the uses of ecclesiastical asylum as a cause of conflicts between authorities, it is not surprising that some years later, Hevia also examined them carefully, making references to Castillo, to Italian jurists, to Castilian criminalists or Gregorio López, among others. From his pages we highlight his pertinente explanation about the excommunication. Initially the warning should be made and the canonical citation.

A pecuniary penalty and a public penance were also imposed, in addition to other penalties as the case may be. He couldn't be cleared until it was done restitution; aspect that Gregorio López had dealt with. he was also excommunicated ipso iure if he had broken down the church doors. In addition to the aforementioned penalties, he had to pay all the damages caused to the retiree, as Manuel Rodríguez had asserted. In Silvestre's opinion, if there had been a cessation of divinis, he was obliged to pay the alms of the masses and the damage caused. However, the secular judge could present him to his ecclesiastical rival the transfer of the information and the records that had made to justify the removal of the prisoner. If even so the ecclesiastic proceeded, he could resort to force before the corresponding royal audience. This court had to declare whether the ecclesiastic men did or not "force" or usurpation of justice.[17]

In common practice, the magistrate went to the place where the crime had been perpetrated and reported summarily on the case and the crime. Even if the information had not yet been taken in writing, if he considered that there was treachery or that the delinquent should not enjoy the immunity of the sacred ground, he went there in order to do the arrest.

Castillo indicated the competence of the royal justice in this regard, entrusted to the corregidor and his officials not to act with riots or with

[16] *Ibid.*, 200.
[17] *Ibid.*, 201.

offenses to the ecclesiastics. They had to follow the necessary procedures of the request to the ecclesiastical judge to raid the church and hand over the delinquent, in order to expedite the criminal process. It could happen that the ecclesiastical judge and the layman agreed that the defendant should not enjoy immunity ecclesiastical.

This situation had given rise to an interesting doctrinal debate about the competition to extract the prisoner from the church. Castillo points out that Cino, Saliceto and other authors had advocated for the intervention of the judge ecclesiastical, or of another with his permission, and the subsequent delivery to the secular judge. Goni, Fabro or Covarrubias had a different opinion because the defended the presence of the secular judge in the extraction, given his competence in the punishment of the criminal.[18]

If the secular judge unduly violated ecclesiastical immunity, extracting to the criminal inmate who could enjoy his location, should be sanctioned by virtue of real law and canon law. His attitude grievance towards the ecclesiastics could be sanctioned with excommunication, being he sentenced to a public penance and a pecuniary penalty, for the sake of the canons and councils, as Gregorio López had affirmed. At this juncture he was not to be acquitted until he restored the offender to the church.

Castillo entrusted above all to the corregidor the respect of the sacred ground, not violently extracting the perpetrators of light crimes from there, giving rise to to riots, scandals and even deaths. These disproportionate actions even motivated the denial of ordinary provisions of eighty-day absolution.[19]

The criminal prosecution and punishment of the clerics implied the disagreements between royal and ordinary ecclesiastical jurisdiction during the Modern Age. Undoubtedly, excommunication was one of the main weapons used by ecclesiastical judges against the royal authorities.[20]

## 3. CONCLUSION

The *Política* of Castillo de Bobadilla projects his legal training in Roman and Canon Law under the Castilian legal studies. In this sense, Castillo shows his knowledges of Royal Law through comparisons and concordances with the classical juridical systems.

Furthermore, the influence of Catholic Theology is important in the explanation about the duties of *corregidores*. The studied work also contains mentions of Greco-Latin Literature, Italian jurisprudence and doctri-

[18] *Ibid.*, 202.
[19] *Ibid.*, 203.
[20] *Ibid.*, 204.

ne, the Bible, historical examples of goverment measures, also as customs in judicial practice. Frequently, the said autor explains the diverse interpretations about some legal questions, in order to show which was the "right" one. Despite the strengthening of royal law, doctrinal opinions had an important role in Castillo´s disquisition. Every legal question or problema is exposed with most prestigious interpretations from *ius commune* and Spanish authors. In this sense, Castillo´s Política belonged to the doctrinal field of *mos italicus* and scholastic method. Pages of Castillo have a didactic purpose that make possible the legal knowledge between the authorities not training in universities. Summary, the *Política* was a suggestive guide in field of government and justice in local sphere.

.

## LIST OF REFERENCES

### Scientific works

1. Byrne, Susan, "Las repúblicas platónica, aristotélica y cervantina a la luz del corregidor Castillo de Bobadilla", (ed. C. Strosetzki) *La autoridad de la antigüedad*, Iberoamericana Vervuert, Madrid/Frankfurt am Main 2014;
2. Castillo de Bobadilla, Jeronimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos, y seglares, y de sacas, aduanas, y de residencias, y sus oficiales, y para regidores, y abogados, y del valor de los corregimientos, y gobiernos realengos, y de las órdenes. Tomo segundo*, Sebastián de Cormellas, Barcelona 1624[4];
3. Coujou, Jean Paul, "Fondement et finalité de la société chez Castillo de Bobadilla", *Cauriensia* 13/2018;
4. González Alonso, Benjamin "Estudio preliminar", *J. Castillo de Bobadilla, Política para corregidores y señores de vasallos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1978;
5. Labrada, Rubio, Valla, *Filosofía jurídica y política de Jerónimo Castillo de Bobadilla*, EUNSA, Pamplona 1999.
6. Pérez–Prendes, Hose Manuel, Arraco de Muñoz**,** "El rey en la ciudad. Los corregidores (historiografía y comentarios)", *Interpretatio* 10/2004;
7. Rodríguez Arrocha, Belinda, "La conflictividad jurisdiccional en el ámbito de la justicia criminal de la edad moderna: desencuentro y conciliación entre los jueces eclesiásticos y legos", (Machado, Gustavo Cezar Cabral *et al.), El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Dykinson/Universidad Carlos III, Madrid 2016;
8. Strosetzki, Christoph, "La dignidad del jurista en el Siglo de Oro: de Castillo de Bovadilla y Bermúdez de Pedraza", *Hipogrifo: Revista de Literatura y Cultura del Siglo de Oro* 9.1/2021;

9. Tomás y Valiente, Francisco "Castillo de Bobadilla (c. 1547–c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen", *Anuario de Historia del Derecho Español* 45/1975.

Internet sources

1. F. Barrios, Jerónimo Castillo de Bobadilla, *https://dbe.rah.es/biografias/-15848/jeronimo-castillo-de-bobadilla*, 31 August 2023.

*Проф. др Белинда Родригез Ароха*

Интеркултурални универзитет државе Пуебла, Мексико

## ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА, ПРАВДЕ И МИРА У РАНОЈ МОДЕРНОЈ ШПАНИЈИ: ТРАКТАТ КАСТИЉА ДЕ БОБАДИЉЕ

*Сажетак*

Херонимо Кастиљо де Бобадиља је у Мадриду, 1597. године, објавио своје дјело под насловом Политика за управљаче и господаре вазала у вријеме мира и рата (*Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra*). Ово дјело је било трактат о пракси владања и суђења од стране лаичких и вјерских власти. У том смислу се Кастиљо користио народним (шпанским) језиком у редакцији. Разлог овог језичког одабира огледа се у томе што је књига била посвећена управљачима и судијама на локалном нивоу који нису имали правничка знања нити знање латинског језика.

Основни циљ овог рада је да, из угла правне историје, расвијетли особине правног тумачења различитих извора права који је помињао Кастиљо, у вези с очувањем мира и реда у посједима Шпанске монархије. Важно је имати на уму да је његова Политика припадала доктринарном правцу *mos italicus*. Наведени рад помиње римско право, царско право, италијанску јуриспруденцију, Библију, историјске примјере државних мјера, као и обичаје у судској пракси. Често помињани аутор објашњава различита тумачења неких правних питања, с циљем да покаже које је било „исправно". Без обзира на јачање царског права, доктринарни ставови су имали важну улогу у Кастиљовој расправи.

**Кључне ријечи:** *Кастиљо де Бобадиља; Рани нови вијек; Правна доктрина: Правна историја; Шпанска монархија.*

UDC/УДК 342.7(37)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Professore associato dr Pietro Paolo Onida*

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Sassari, Italia

# CENTRALITÀ SISTEMATICA DELLA NOZIONE DI *PERSONA* NEL SISTEMA GIURIDICO-RELIGIOSO ROMANO

*La centralità sistematica della nozione di persona è presente nella riflessione del giureconsulto Gaio, il quale, in un brano celebre delle sue Institutiones riportato per la sua grande rilevanza nei Digesta e nelle Institutiones di Giustiniano, (Gai. 1,8 = D. 1,5,1; I. 1,2,12), dopo avere osservato che «tutto il diritto del quale ci serviamo appartiene alle persone o alle cose o alle azioni processuali» (Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones), prende il via dalle personae (Et prius videamus de personis). L'importanza della nozione di persona sul piano sistematico esce rafforzata nella sua relazione con la nozione di homo. Il presente contributo rifiuta quella impostazione scientifica che tende a chiarire tale relazione in una chiave evoluzionistica sulla base di una pretesa tensione della nozione di persona verso la astrazione, dalla quale la nozione di homo sarebbe uscita fortemente ridimensionata fino a indicare perlopiù l'essere umano in una condizione di servus. La tensione del sistema giuridico-romano, sin dall'età più risalente, è verso la considerazione di tutti gli esseri umani alla partecipazione al ius e dunque verso una identità tra le due nozioni.*

**Parole chiave:** Persona; Homo; Servus; Soggetto-oggetto di diritto.

**SOMMARIO**: 1. Concretezza della nozione romana di *persona*. Contro le astrazioni moderne: soggetto-personalità. – 1.1. Significati concreti del termine *persona*. – 1.2. *Persona* e rifiuto delle astrazioni. - 2. Centralità della *persona* nel sistema. – 3. Altra terminologia relativa all'uomo: il *caput*. 4. Concezione romana delle forme associative: contro l'evoluzionismo.

Pietro Paolo Onida, *onida@uniss.it.*

# 1. CONCRETEZZA DELLA NOZIONE ROMANA DI PERSONA. CONTRO LE ASTRAZIONI MODERNE: SOGGETTO-PERSONALITÀ

## 1.1. Significati concreti del termine *persona*

Con questa mia brevissima comunicazione mi ripropongo di collocarmi lungo quella impostazione scientifica di Giuseppe Grosso che il Prof. Lobrano ha richiamato nel suo intervento: *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, come è intitolato un celebre corso di Grosso destinato agli studenti e pubblicato nel 1967. Darò quindi più spazio, per via di questa impostazione anzitutto e per ragioni di tempo poi, ai profili dogmatici riservandomi, come è doveroso, di dare maggiormente risalto anche ai profili esegetici nella stesura finale del mio contributo.

Il termine latino *persona* (in greco πρόσωπον), secondo l'ipotesi più frequente in dottrina, è di derivazione etrusca[1]. Esso indica originariamente la maschera teatrale e quindi in prosieguo di tempo, per traslato, anche l'uomo sia maschio sia femmina, sia libero sia servo, sia cittadino romano sia straniero[2]. Il termine è inoltre sovente impiegato, soprattutto nelle fonti letterarie, per indicare anche il ruolo che l'uomo interpreta[3].

---

[1] Su questa derivazione etimologica, che continua però ad essere assai discussa in dottrina, si veda il contributo, con ampi riferimenti alla letteratura più recente, di E. MONTANARI, "*Phersu* e *persona*", in *Studi e materiali di storia delle religioni*, 21,1/2 (1997), pp. 5 ss.; O. SACCHI, "*Phersu/Persona*? Contributo per un'etimologia di *prosōpon*", in *Diritto@Storia*, 9 (2010) (= *http://www.dirittoestoria.it/9/Tradizione-Romana/Sacchi-Phersu-persona-prosopon.htm*); i cui contenuti sono ripresi in ID., Antica persona. *Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, Napoli 2012, pp. 25 ss.

[2] Per tali usi si rinvia anzitutto a O. NAVARRE, "*Persona*", in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (a cura di CH. DAREMBERG - E. SAGLIO), Paris 1904, IV.1, pp. 406 ss.; E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, Padova, 1940, III, pp. 676 s.; *Thesaurus Linguae Latinae*, X.1.11, "Persona", c. 1715 ss.

Sulla nozione di *persona*, in un quadro però fortemente influenzato dalla astrazione connessa all'impiego delle categorie moderne di soggetto e oggetto di diritto e di quelle connesse (persona giuridica, capacità giuridica e di agire), si rinvia alle pagine ormai classiche di R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Parte Prima, Torino 1959, pp. 3 ss.; ID., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968, pp. 7 ss.; a cui, nella vastissima letteratura più recente, si può aggiungere per un primo esame: G. MELILLO, Personae *e* status *in Roma antica*, Napoli 2006, pp. 1 ss.; E. STOLFI, "La nozione di 'persona' nell'esperienza giuridica romana", in *Filosofia politica*, 3 (2007), pp. 379 ss.; G. BONIOLO - G. DE ANNA - U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano 2007; E. STOLFI, "Persona, soggetto, diritti: un percorso fra antico e moderno", in *Diritti umani, contemporaneità e modernità a confronti. Atti delle giornate di studio. Pontassieve. Marzo-Aprile 2008* (a cura di L. CAPPELLETTI), Firenze 2008, pp. 129 ss.; U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano*, Napoli 2007, pp. 1 ss.; C. TERRENI, Me puero venter erat solarium. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, pp.

Anche in quest'ultimo significato, il termine non reca in sé, come invece è stato sostenuto specialmente in passato e ancora in parte oggi[4], "un elementare intento di astrazione", ma al contrario quella concretezza nella considerazione delle relazioni umane, le quali nel sistema giuridico romano tendono a fondarsi, in maniera inclusiva, sulla base della appartenenza di tutte le *personae*, per il tramite del *ius sacrum* e del *ius naturale*, a un comune *genus*[5].

Anche gli usi tardi di *persona*[6], che solitamente sono ricordati per dare prova di quello che sarebbe stato "il lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione", per usare le parole di Emilio Betti[7], richiamate da Ric-

---

15 ss.; U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». Per un'interpretazione giuridica di «*persona*» nelle opere di Gaio", in *Rivista di diritto romano*, 9 (2009), pp. 1 ss.; D. MANTOVANI, "Lessico dell'identità", in AA.VV., Homo, caput, persona. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana* (a cura di A. CORBINO - M. HUMBERT - G. NEGRI), Pavia 2010, pp. 36 ss.

Per la nozione di *persona* nella teologia si veda A. MILANO, Persona *in Teologia. Alle origini del significato di persona nel cristianesimo antico*, 2ª ed., Roma 1996; J.M. RIBAS ALBA, Persona. *Desde ed derecho roman a la teología cristiana*, 2ª ed., Granada 2012.

[3] Per l'uso di *persona* nella accezione di ruolo si veda ad esempio: Cic., *de orat.* 2.194: '*actor sim alienae personae*'; *orat.* 109; *Phil.* 8,10,29: *quam magnum est personam in republica tueri principis*; Ter., *eun. prol.* 25.

[4] Così, in passato, ad esempio B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 8. Ma si veda ancora, per la astrazione che sarebbe sottesa al termine *persona*, il contributo di U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». Per un'interpretazione giuridica di «*persona*» nelle opere di Gaio", in *Rivista di diritto romano*, 9 (2009), pp. 1 ss. (=*http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano09agnati.pdf*).

[5] In particolare, per una analisi critica, in termini negativi, relativa all'uso delle categorie di soggetto di diritto e di persona giuridica, si veda P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, pp. 169 ss.; ID., "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12", in Iuris vincula. *Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2001, pp. 97 ss.; a cui ora aderiscono: S. TAFARO, "Centralità dell'uomo (persona)", in *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano 2007, pp. 97 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio* 'conceptus pro iam nato habetur*' (fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, pp. 7 ss.; S. TAFARO, Ius hominum causa constitutum. *Un diritto a misura d'uomo*, Napoli 2009, pp. 71 ss.; M.P. BACCARI Vari, Curator ventris. *Il concepito, la donna e la* res publica *tra storia e attualità*, Torino 2012, pp. 3 ss.; EAD., *Matrimonio e donna, I, Concetti ulpianei*, Torino 2012, pp. 67 ss.

[6] Si veda *Nov. Theod*. 17,1,2: *servos … quasi nec personam habentes*; Theoph. *Par*. 3,17 pr.: *Servi cum nullam habeant personam*; 3,29,3: *nullam autem in iure personam servus habet*. E poi ancora negli scritti degli agrimensori con riferimento a espressioni quali *persona colonia*, *persona publica*: Lachmann, *Gromatici veteres* I, pp. 16, l. 9; 54, l. 23; 80, l. 1; 85, l. 29; 86, l. 1. Per i riferimenti alle fonti in relazione a tali usi si veda per tutti B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., p. 8 nt. 7.

[7] E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova 1935, p. 74, il quale nella seconda edizione del suo manuale, del 1942, parlerà di "lento e faticoso processo verso l'astrazione e di paziente elaborazione dottrinale", proseguendo coll'osservare che "Al termine di questo processo, la giurisprudenza classica è riuscita ad avvertire chiaramente l'indipendenza della unità e identità permanente della corporazione di contro alla pluralità e al continuo mutarsi de' suoi

cardo Orestano[8], sono più che altro espressione di una concretezza nella considerazione di tali relazioni giuridiche, la quale può essere colta anche nella linea di tendenza verso la equiparazione tra *corpus* e *universitas*, ai fini della identificazione dogmatica sotto il profilo unitario di una collettività[9].

In realtà il termine *persona*, anche quando dall'antico significato connesso alla maschera rituale passò a indicare il ruolo assunto da colui che porta la maschera stessa, non perse mai una sua concretezza, che si esprimeva proprio in quella adattabilità a situazioni e stati differenti degli individui, al di là della condizione libera o servile[10], del sesso, della appartenenza alla famiglia e alla città.

Se si guarda allora alle fonti in cui si parla di *personam gerere*, o *sustinere*, o *habere*, che deporrebbero a favore della astrazione di *persona*[11], oppure se si fa riferimento a quelle fonti in cui il termine si ritiene a torto coincidente con quello di capacità giuridica[12], in quanto connesso al ruolo giuridico sostenuto dall'individuo, ci si rende conto che quelle stesse fonti depongono invece per la concretezza del termine e che solo una visione fortemente condizionata dalla applicazione di categorie moderne, quali "soggettività giuridica", con le connesse nozioni di capacità giuridica e di capacità di agire, e di "persona giuridica" con la connessa idea di rappresentanza, ha impedito di comprendere ciò adeguatamente.

La tendenza ad attribuire un carattere astratto al termine *persona* è ancora più evidente quando la dottrina esamina quei passi, che, negli scritti degli agrimensori romani, attesterebbero il perfezionamento di tale cammino verso l'astrazione, con riferimento a espressioni quali *persona coloniae* e *persona publica* relative a comunità civiche[13]. La dottrina più re-

membri e il netto distacco fra rapporti giuridici facenti capo alla corporazione e rapporti giuridici che fan capo ai singoli componenti".

[8] R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano* cit., p. 166; ID., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano* cit., p. 157.

[9] Si veda *infra* par. 4. Per la letteratura si rinvia a J.M. RIBAS ALBA, Persona. *Desde ed derecho roman a la teología cristiana*, pp. 77 ss.

[10] Sulla partecipazione anche dei *servi*, in qualità di *personae*, al diritto si veda P. CATALANO, *Diritto e persone, Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., pp. 168 ss.

[11] Per le fonti si rinvia a B. ALBANESE, "Persona (storia-diritto romano)" cit., p. 170, che cita: per *gerere personam*: Cic., *off*., 1,34,124 *magistratus gerit personam*; C. 6,60,1,1 (CTh. 8,18,1,1,): *parentes ... tamquam personam gerant legitimam*; per *sustinere*: D. 28,5,16; D. 34,3,7,5; D. 45,3,1,4; per *habere personam*: C. 5,34,11 (CTh. 3,17,1; 2,4,1).

[12] Si pensi soprattutto a *Nov. Theod*. 17,1,2 ove i servi sono detti *quasi nec personam habentes* (si veda anche Cassiod., *Var*. 6,8: *personam legibus non habeant*; Theoph., *Paraph*. 3,17 pr.; 3,29,3); e anche C. 3,6 *rubr*.: *Qui legitimam personam in iudiciis habent vel non*, su cui sempre B. ALBANESE, "Persona (storia-diritto romano)" cit., p. 170.

[13] Secondo B. ALBANESE, "Persona (storia-diritto romano)" cit., p. 170, si sarebbe qui in

cente ha posto nuove basi per un ripensamento della natura dei gruppi collettivi e dei processi di formazione della volontà all'interno di essi: appare superata la tendenza a fare uso della categoria medievale della persona giuridica che con la necessaria rappresentanza postula la sostituzione della volontà dei rappresentati con quella dei rappresentanti, mentre appare sempre più avvertita la esigenza di ricorrere al modello antico, anche ideologicamente opposto a quello della persona giuridica, della *societas*, caratterizzato non dalla sostituzione ma dalla partecipazione e dalla fraternità nel perseguimento del bene comune[14].

Se si evita quindi di interpretare il termine *persona* attraverso la astrazione connessa inevitabilmente all'impiego delle categorie moderne di soggettività giuridica, di capacità giuridica e di capacità di agire, tutte categorie oggi fortemente in crisi assieme alla nozione di Stato[15], entro la quale esse stesse si sono fortemente radicate negli ultimi due secoli, ci appare la utilità di una nozione concreta qual è quella in esame, che nella storia del diritto ha sempre evocato la dimensione umana del diritto, intesa come "centralità" della condizione umana nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto[16]. E qui il riferimento non può che essere anzitutto alla identità tra la nozione di *persona* e di *homo*[17], che è posta nella massima considerazione sistematica nel titolo V del libro I dei *Digesta* di Giustiniano, ove il celebre frammento di Ermogeniano – *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*[18] – costituisce, come bene ha osservato il Catalano, il "motivo di fondo dell'ordine sistematico"[19].

presenza della prima elaborazione del "concetto di persona giuridica"

[14] Si veda per questa impostazione G. LOBRANO, "Dell'*homo artificialis – deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi", in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio* (a cura di A. LOIODICE - M. VARI), Roma 2003, pp. 161 ss.

[15] Sulla "crisi dello Stato", per i rapporti con la concezione di "persona giuridica" si veda P. CATALANO, *Diritto e persone, Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., pp. 163 ss.; G. LOBRANO; "Dottrine della 'inesistenza' della costituzione e il 'modello del diritto pubblico romano'", in *Diritto@Storia*, 5 (2006) (=*http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Lobrano-Inesistenza-costituzione-modello-diritto-pubblico-romano.htm*).

[16] Si ricordi la raccolta di saggi di G. GROSSO, pubblicati sotto il titolo *Tradizione e misura umana*, Milano 1976, con speciale riferimento al contributo su "La misura umana individuale nel diritto", già apparso in *Conferenze romanistiche*, Milano 1967, pp. 83 ss., e in *Iustitia*, 1962 (e ora in *Scritti storici giuridici*, I, *Storia diritto società*, Torino 2000, pp. 693 ss.). Sulla "centralità dell'uomo" nel diritto, in rapporto alla nozione di *persona*, si veda ora S. TAFARO, "Centralità dell'uomo (persona)" cit., pp. 97 ss.; ID., Ius hominum causa constitum. *Un diritto a misura d'uomo* cit., pp. 9 ss.

[17] Cfr. M. LUBRANO, Persona *e* homo *nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino 2002, pp. 37 ss.; J.M. RIBAS ALBA, Persona. *Desde ed derecho roman a la teología cristiana* cit., pp. 125 ss.

[18] Sulla importanza sistematica della impostazione di Ermogeniano si veda ora fonda-

### 1.2. *Persona* e rifiuto delle astrazioni

Da rifiutare è poi l'orientamento a tradurre *persona* con la espressione moderna di "soggetto di diritto", in quanto si travisa così la realtà concreta sottesa al termine latino[20]. Un orientamento che è assai forte nella Pandettistica tedesca e che è ripreso dalla dottrina italiana dei primi del '900: per citare solo un esempio, si pensi a quanto si osserva nelle note a piè pagina alla traduzione italiana a cura del Fadda e del Bensa[21] del *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1900-1914) del Windscheid, ove si legge che «persona e soggetto di diritto sieno termini equivalenti. … per diritto sarà persona quell'ente che si ritiene capace di diritti e di obblighi. Ma è errore considerare l'uomo solo come vera persona».

La pretesa di ricondurre entro una unica prospettiva la nozione antica di *persona* e quella moderna di soggetto di diritto è ancora molto forte in dottrina fino al punto di essere data sovente quasi per scontata[22]. Come ha posto in luce il Tafaro, anche coloro che fra i romanisti evidenziano "l'inesistenza di quei concetti presso i romani, tuttavia li ritengono utili a capire il diritto romano, perché comunque utili a cogliere la realtà giuridica romana, nella quale essi mostrerebbero concreta operatività". Basterebbe richiamare qui l'opera giustamente celebrata dell'Albanese su *Le persone nel diritto privato romano* (1979), in cui sin dalle prime pagine si evidenzia siffatta corrispondenza, anche per il tramite del ricorso da parte dell'autore alle nozioni moderne di capacità giuridica e di agire[23].

---

mentale S. TAFARO, "Centralità dell'uomo (persona)" cit., pp. 97 ss., con riferimenti alla letteratura.

[19] P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., p. 167.

[20] A nulla a vale a mio avviso il volersi riferire anziché a una idea non di "soggetto di diritto", ma di "soggetto nel diritto", secondo la precisazione di J.-P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo* (a cura di C.M. MAZZONI), tr. it. di L. Colombo, Milano 2003, p. XIV, che invece viene apprezzata da U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». Per un'interpretazione giuridica di «*persona*» nelle opere di Gaio" cit., p. 1: la idea che la espressione "soggetto nel diritto" sia identificabile con l'"astrazione giuridica, che rappresentava l'essere umano sulla scena del diritto", non corrisponde affatto alla impostazione concreta con cui il termine *persona* è impiegato nella giurisprudenza romana.

[21] B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I.1, tr. it. di C. Fadda - P.E. Bensa., Torino 1902, p. 717.

[22] Contro si veda S. TAFARO, "Centralità dell'uomo (persona)" cit., pp. 99 ss. e nt. 4, a cui si rinvia per i riferimenti alla dottrina in tema di "utilità" delle nozioni moderne richiamate nel testo.

[23] Si veda B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., p. 15, ove l'autore a conclusione del "cap. I. Premesse", osserva: "Quanto ai tratti particolari e concreti dell'esperienza romana in ordine ai soggetti di diritto … converrà considerare, in primo luogo, i fattori che variamente incidono sulla capacità giuridica delle persone …; poi, i fattori che escludono o limitano la capacità d'agire delle persone …".

Alla base di un tale atteggiamento vi è spesso la propensione della dottrina a utilizzare, per la lettura di parti essenziali del sistema giuridico romano, concetti moderni, sulla base della considerazione che anche se sconosciuti alla giurisprudenza romana sarebbero stati però da essa 'intuiti' o comunque implicitamente posti alla base delle sue valutazioni. Appare speculare a tale propensione la tesi di coloro che negano un valore tecnico giuridico alla nozione romana di *persona*. Emblematica in tal senso è la posizione dello Schulz[24], ripresa persino da uno studioso peraltro assai attento all'uso delle categorie quale l'Orestano, al quale, come è noto si devono studi ancora oggi essenziali sul concetto di *persona*: è nelle prime pagine del suo corso su *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano* (1968), che l'autore osservava come il termine *persona* "non ha un valore tecnico-giuridico"[25].

Contro tale tendenza ha reagito il Catalano, sin dagli anni '70 del secolo scorso[26]. Ma è soprattutto in un suo recente contributo, dedicato a una necessaria operazione di "pulizia concettuale" in merito alla nozione di soggetto e oggetto di diritto e a quelle connesse, che l'autore affronta dettagliatamente e sistematicamente la questione, osservando anzitutto che la pretesa della dottrina moderna di «individuare al di là delle parole concetti che starebbero alla base delle discussioni dei giuristi romani anche, addirittura, 'inconsapevolmente' ("ihnen bewusst oder unbewusst") è pretesa in sé scorretta, che impedisce, per di più, di intendere il valore della terminologia antica». Contro la tesi di chi nega il "valore tecnico-giuridico" della nozione di *persona* questo romanista osserva: «In verità è *persona*-(*homo*) la parola che dà l'ordine al sistema giuridico: da Gaio (e forse già prima) a Giustiniano e, in certo modo, fino ad oggi»[27].

Sempre su un piano sistematico, si deve riconoscere come la dottrina romanistica sia stata fortemente influenzata, anche nella analisi della nozione di *persona*, dalla propensione ad avvalersi della contrapposizione moderna tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, quasi che essa sia frutto di una realtà oggettiva che debba darsi per esplicitamente individuata o anche solo per implicitamente impiegata dai giuristi romani[28]. Anche di ques-

[24] Si veda F. SCHULTZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, che cito nella trad. it. *I principii del diritto romano* (a cura di V. ARANGIO-RUIZ), Firenze 1946, pp. 37 ss.

[25] Si veda R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano* cit., pp. 7 ss.

[26] Si veda, per la "permanente concezione concreta della collettività", P. CATALANO, Populus Romanus Quirites, Torino 1974, pp. 104 ss.; impostazione ribadita in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., pp. XII ss.; 189 ss.

[27] P. CATALANO, "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12 cit., pp. 114 ss.

[28] Sul punto per alcuni esempi tratti dalla dottrina si rinvia a S. TAFARO, "Centralità dell'uomo (persona)" cit., pp. 103 ss.

ta concezione il Catalano ha mostrato i limiti ideologici e dogmatici[29]. Essa non corrisponde certamente alla impostazione romana, ma è anche assai discutibile che sia opportuna oggi per la interpretazione dei diversi ordinamenti, in connessione alla "crisi dello Stato" e delle ideologie borghesi che hanno condotto alla prevalenza del soggettivismo.

La nozione di *persona* nel sistema giuridico romano richiama l'interprete a considerare le relazioni tra gli uomini. La condizione delle *personae*, come è stato osservato dall'Albanese[30], rinvia, invero, a quelli che agli occhi dei giuristi romani dovevano apparire i "tre valori qualificanti" propri della esperienza giuridica romana: la *libertas*, la *civitas*, e la *familia*. Tale condizione può essere maggiormente compresa in ragione della 'appartenenza' della *persona* a un gruppo sociale, al contrario della nozione di soggetto, con riferimento alla quale storicamente si è esaltata più la dimensione della autonomia individuale che della relazione[31].

Certamente la ripresa di attenzione e di studi mai del tutto sopiti attorno alla nozione di *persona* in ambito filosofico-giuridico, con risvolti importanti anche per la prospettiva gius-romanistica, costituisce la migliore riprova della importanza e della utilità odierna di una categoria che, pur nel superamento della concezione, ormai fortemente in crisi, dell'Uomo inteso come signore incontrastato dell'Universo, è sempre centrale nella scienza giuridica. Oggi al concetto di *persona* si richiede di favorire l'apertura degli uomini verso gli "altri": non solo verso i propri simili, ma verso l'ambiente e verso anche gli animali non umani in una ottica di perseguimento del bene comune[32]. Su questo tema è importante qui richiamare il magistero contenuto nella recentissima *Lettera enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune* (2015), ove leggiamo che: «L'autentico sviluppo umano possiede un carattere morale e presuppone il pieno rispetto della persona umana, ma deve prestare atten-

[29] P. CATALANO, "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12" cit., p. 97.

[30] B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., p. 15.

[31] Si veda ancora P. CATALANO, "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12", p. 117, il quale osserva come la nozione di "soggetto di diritto" sia "docile strumento del 'diritto oggettivo' di poteri privati, statali e internazionali, oggi tutti 'soggetti' della (o alla?) globalizzazione".

[32] Sul rapporto tra persona e ambiente sono ora molto suggestive le osservazioni di S. TAFARO, "Centralità dell'uomo (persona)" cit., pp. 151 ss., per il quale "Il termine persona, nel diritto, deve essere rivitalizzato e proiettato in una visione planetaria. Solo così l'Uomo, la Sua dignità, il Suo futuro, potranno essere salvaguardati, uscendo dalle mistificazioni di un linguaggio ambiguo, che in nome dei valori, in nome della persona, oggi spesso soffoca l'uomo".

zione anche al mondo naturale e "tener conto della natura di ciascun essere e della sua mutua connessione in un sistema ordinato"»[33].

## 2. CENTRALITÀ DELLA *PERSONA* NEL SISTEMA

Il valore giuridico-sistematico della nozione di *persona* emerge nella impostazione del giureconsulto Gaio, il quale in un brano celebre delle sue *Institutiones*, riportato per la sua grande rilevanza nei *Digesta* e nelle *Institutiones* di Giustiniano, (Gai. 1,8 = D. 1,5,1; I. 1,2,12[34]), dopo avere esordito partendo dalla considerazione che «tutto il diritto del quale ci serviamo appartiene alle persone o alle cose o alle azioni processuali» (*Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*), prende il via proprio dalle *personae* (*Et prius videamus de personis*), rivelando in tal modo come tutto il sistema giuridico ruoti attorno alla nozione centrale di *persona*[35].

Lungo questa stessa linea si possono ovviamente ricondurre anche i due passi gaiani, altrettanto celebri, in cui sono presentate la *summa divisio*: Gai., *inst.* 1,9 (= D. 1,5,3): '*Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* ', e l'*alia divisio*: Gai., *inst.* 1,48; 1,50-51= (D. 1,6,1 b pr.): '*De iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt*[36]. E ancora sempre in questa linea possiamo ricordare del giurista Ermogeniano: D. 1,5,2: *primo de personarum statu … dicemus*.

Il valore sistematico della nozione di *persona* esce rafforzato quando si considerino i termini di identità di essa in relazione alla nozione di *homo*. La dottrina romanistica degli ultimi decenni si è prodigata nel tentare di chiarire il rapporto tra le due nozioni[37]. Non appare però apprezzabile il

---

[33] L'ultima parte del brano ora riportato della *Laudato si'*, tra virgolette semplici, è tratto dalla Lett. enc. *Sollicitudo rei socialis* di Giovanni Paolo II, del 30 dicembre 1987.

[34] I. 1,2,12: *Ac prius de personis videamus. Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*.

[35] Si veda, per questa impostazione di Gaio, R. QUADRATO, "La persona in Gaio. Il problema dello schiavo", in *Iura*, 37 (1986), pp. 1 ss. (= ID., Gaius dixit. *La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, pp. 1 ss.).

[36] Sul valore sistematico della nozione di *persona* si veda ora U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». Per un'interpretazione giuridica di «*persona*» nelle opere di Gaio" cit., pp. 4 ss.

[37] Sull'impiego del termine *homo* nella età arcaica si vedano in particolare le disposizioni fatte risalire a Numa relative all'*occissum* (*si hominem fuliminibus occisit)* e al *parrici* (*si quis hominem liberum … morti duit*) e alle XII tab.10,1 (*hominem mortuum in urbe ne spelito neve urito*) (Cic., *Leg*. ,25,58); 10,5a: *Homini mortuo ne ossa legito …* (Cic., *leg.* 2,24,60) su cui ha richiamato l'attenzione B. ALBANESE, "Persona (storia-diritto romano)", in *Enciclopedia del diritto*, 33, Milano 1983, p. 169, da cui si cita [=ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, p. 1605].

tentativo di inquadrare tale rapporto in chiave che potremmo dire evoluzionistica, sulla base di una pretesa tensione della nozione di *persona* verso la astrazione, dalla quale anche la nozione di *homo* ne sarebbe uscita fortemente ridimensionata fino a indicare perlopiù l'essere umano in condizione servile[38]. La tensione del sistema, sin dall'età più risalente, è invero verso la considerazione di tutti gli esseri umani alla partecipazione al *ius* e dunque verso una identità tra le due nozioni[39].

## 3. ALTRA TERMINOLOGIA RELATIVA ALL'UOMO: IL *CAPUT*

L'uomo nella sua dimensione giuridica, vale a dire nelle relazioni con gli altri simili per quel che esse interessano il diritto, non è indicato solo con il termine di *persona* o di *homo*. Sin da età risalente nelle fonti ricorre anche il termine *caput*[40]. Esso, riferito inizialmente alla testa di uomini e anche di animali, è impiegato perlopiù per identificare l'individuo e le sue qualità specialmente in relazione a un gruppo sociale[41]. In tal senso, il termine è utilizzato anzitutto nella espressione *capitis deminutio*, con cui in età storica si designa la perdita di un *caput*[42], di un individuo[43], da parte del gruppo di appartenenza a seguito o della sua morte o del passaggio a una condizione differente in relazione alla libertà o alla famiglia[44] con il conseguente mutamento della condizione dell'individuo stesso come parte del tutto[45]. Senza entrare troppo in dettagli: la *capitis deminutio* comportava che la *persona* avesse una sua precisa identità in relazione al gruppo di appartenenza, che poteva essere diverso per struttura e ampiezza (la *familia*, la *gens*, la *civitas*). La tripartizione della *capitis deminutio* in *maxima*, *me-*

[38] Cfr. in tal senso ad esempio B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., pp. 169 ss. Si veda inoltre C. GIOFFREDI, "Aspetti della sistematica gaiana", in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 243, il quale osserva: «*Persona* non equivale ad *homo* pur essendo talvolta possibile una certa assimilazione tra i due concetti».

[39] Si veda in tal senso P. CATALANO, "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12" cit., pp. 114 ss.

[40] D. 1,1, pr.; D. 26,1. Per altri riferimenti alle fonti si rinvia a B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., pp. 8 ss. nt. 8-9.

[41] Cfr. R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano* cit., pp. 7 ss. nt. 2.

[42] Le prime attestazioni della espressione risalgono a Cicerone, in *Top*. 4,18, ove ricorre *capite deminuere*; e in 6,29, ove è presente la locuzione *capite deminutus*.

[43] Cfr. M. BRETONE, "*Capitis deminutio*", in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino 1958, pp. 916 ss., che mette in luce la molteplicità di significati del termine "di cui è difficile precisare l'origine storica e il processo formativo".

[44] G. IMPALLOMENI, "Persona fisica (diritto romano)", in *Novissimo Digesto Italiano*, 12, Torino 1965, p. 1015 (= ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 133).

[45] M. BRETONE, "*Capitis deminutio*", in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino 1958, pp. 916 ss.

*dia*, *minima*, che secondo la dottrina risalirebbe addirittura a Q. Mucio Scevola[46], si esprimeva nella perdita della libertà e con essa della cittadinanza nel caso di *maxima*, della sola cittadinanza nel caso di *media* o della relazione con la *familia* agnatizia nel caso di *minima*[47].

Si comprende in tale ottica anche il significato delle espressioni *crimen capitale*, *poena capitis*, *capite damnare*, le quali, prima ancora di alludere alle modalità di inflizione della pena, dovevano richiamare la perdita di un *caput*, di un individuo, da parte del gruppo sociale. Anche qui non sembra presente una tensione verso l'astrazione, la quale invece, secondo l'autorevole opinione dell'Albanese, si sarebbe realizzata quando con *caput* si prese ad alludere a una «condizione giuridica talmente essenziale da equivalere alla vita, di una persona fisica»[48].

## 4. CONCEZIONE ROMANA DELLE FORME ASSOCIATIVE: CONTRO L'EVOLUZIONISMO

È forse in questo ambito che si registrano in dottrina negli ultimi anni i tentativi di rifiutare ogni astrazione connessa all'impiego della moderna categoria di persona-soggetto di diritto e di capacità giuridica e di capacità di agire. Oggi, non pare quindi più accettabile la tendenza a considerare la assenza della categoria della persona giuridica nella antica Roma, come ritiene ancora l'Albanese, alla luce del fatto che i giuristi romani non sarebbero stati in grado di elaborare una "teoria della persona giuridica", poiché «una siffatta teoria, del resto, non poteva essere elaborata in un ambiente intellettuale che non sentì la necessità di astrarre concetti più semplici (come quelli di soggetto di diritto, e di capacità giuridica) che costituiscono evidentemente un presupposto del concetto stesso di persona giuridica»[49]. Ciò corrisponde a una impostazione della romanistica che è oggi correttamente da alcuni criticata: ci si riferisce all'orientamento secondo cui solo attraverso l'astrazione la scienza giuridica romana sarebbe pervenuta a elaborare concetti giuridici[50].

Alla dottrina più recente è parso non corretto, sul piano storico e sul piano dogmatico, inquadrare la considerazione unitaria dei gruppi collettivi

---

[46] F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 72.

[47] Si veda M.V. SANNA, "*Capitis deminutio* e *captivitas*", in *Diritto@Storia*, 6 (2007).

[48] Si pensi anzitutto alla espressione, in Paolo, *servile caput nullum ius habet* (D. 4,5,3,1), che ritorna in Giustiniano, con la espressione *servus nullum caput habet* (I. 1,16,4).

[49] Cfr. B. ALBANESE, "Persona (storia-diritto romano)" cit., p. 180 nt. 82.

[50] Contro siffatta impostazione si veda ora G. LOBRANO, "La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: 'persona giuridica e rappresentanza' e 'società e articolazione dell'*iter* di formazione della volontà'. Una ìpo-tesi (mendeleeviana)". È questo invece il limite di alcuni recenti contributi tra i quali ad esempio J.M. RIBAS ALBA, Persona. *Desde ed derecho roman a la teología cristiana*, 2ª ed., pp. 77 ss.

attraverso la nozione fuorviante di persona giuridica con quella connessa di rappresentanza[51]. Certamente i romani considerarono in maniera unitaria gruppi collettivi quali le *societates*, i *collegia*, i *municipia* e il *populus* stesso. E il termine che impiegarono per designare in termini dogmatici tali gruppi fu spesso quello di *corpus* o anche di *universitas*, in un rapporto tra i due termini ora richiamati che non è qui possibile chiarire con precisione. Il fatto che proprio con riguardo alla *societas* i giuristi parlino di una sua corporalità, come del resto fanno anche con riferimento al *populus* o al *municipium*, denota la tendenza a percepire la unità del gruppo medesimo evitando l'astrazione connessa alla persona giuridica moderna, come invece essa sarà configurata, più che dai canonisti, dai Pandettisti.

La *societas* contrattuale romana è il modello al quale i giuristi romani ricorrono per risolvere il problema della configurazione in termini dogmatici della attività giuridica compiuta da una collettività di persone. Ed è a tale modello che viene fatto ricorso per configurare la struttura del popolo romano, che non a caso Cicerone descrive non come un qualsiasi assembramento di persone, ma esclusivamente come un *coetus multitudinis iuris consensu sociatus*[52]. Configurazione societaria che è anche quella della nozione di *civitas*, sempre in Cicerone, con risvolti presenti anche nelle teorizzazioni dei giuristi romani, i quali impiegano anche la nozione egualmente intrisa di presupposti filosofici di *corpus*[53] e di *universitas*.

Senz'altro da respingere è la considerazione del *populus Romanus* come Stato. Questa considerazione non tiene conto della nozione romana concreta di *populus* contro invece la nozione moderna astratta di Stato. Essa, inoltre, non considera la nozione di *populus* come frutto di una applicazione di un modello societario di cui si diceva prima, ma lo considera come persona giuridica, secondo un modello ideologico che si situa agli antipodi rispetto al primo. La considerazione del *populus* come *corpus*[54] e come *universitas*[55], presente nelle fonti, attesta tutto un percorso di valutazione contrario a ogni astrazione. È essenziale qui richiamare la tesi sostenuta dal Catalano, in *Populus Romanus Quirites* (1974), poi ripresa in *Diritto e persone* (1990): contro la concezione del Mommsen (1886 e 1893), il quale riteneva che «*Populus* ist der Staat» in quanto «das römische Staatsrecht […] vie alles Recht den Staat voraussetzt» con i mag-

[51] Dopo gli studi fondamentali di P. CATALANO, *Diritto e persone, Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., pp. 38 ss., si deve ricordare G. LOBRANO, "La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: 'persona giuridica e rappresentanza' e 'società e articolazione dell'*iter* di formazione della volontà'. Una ìpo-tesi (mendeleeviana)".

[52] Cic., *rep*. 1,25,39.

[53] D. 41,3,30 pr., per la nozione di *corpus*.

[54] D. 41,3,30 pr.

[55] B. ALBANESE, "Persona (storia-diritto romano)" cit., p. 180 nt. 83.

istrati intesi come "Repräsentanten" o "Vertreter", il Catalano ha dimostrato inequivocabilmente che il *populus* non è uno "Stato" in quanto non è una "persona giuridica" e non necessita di "rappresentanza". Il popolo nella concezione romana è una "unione" "concreta" di *cives*, secondo la linea di pensiero degli *universi cives* di Gaio e Giustiniano (Gai. 1,3 e Iust. *inst.* 1,2,4: *populi appellatione universi cives significantur*).

La riconosciuta idoneità del *populus Romanus* a essere al centro di relazioni giuridiche si evidenzia sia in ambito civilistico, in qualità di parte di negozi giuridici con cittadini (locazioni[56] o vendite[57] ad esempio, ma anche come destinatario di disposizioni testamentarie[58]), sia in ambito processuale[59] oppure su un piano sovranazionale come parte di trattati o comunque di relazioni con altri popoli.

Il fenomeno associativo nella antica Roma è uno dei più complessi a causa della eterogeneità delle diverse società esistenti: dal piano pubblico-generale dei *municipia*, *coloniae*, *civitates*, i cui rapporti furono sanzionati attraverso le forme del processo ordinario, in una visione in cui la distinzione fra *ius privatum* e *ius publicum* si conferma non una contrapposizione, ma una distinzione fra forme unitarie di una medesima esperienza giuridica, al piano del diritto privato-particolare, in cui associazioni private, che disponevano di patrimoni anche ingenti, furono modellate sull'esempio della *res publica* e delle *civitates*:

> D. 3,4,1 pr.-1 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur … 1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Anche per esse si usò parlare di *corpora* e di *universitates*, secondo una visione generale delle relazioni ad esse pertinenti, caratterizzate da alcuni principi e regole comuni: la necessità di conformarsi a un controllo della autorità pubblica[60].

Attualmente tutta la disciplina relativa alle associazioni private è oggetto di una rivisitazione in funzione della dissoluzione del vecchio luogo comune in dottrina, che vorrebbe queste associazioni, in quanto non caratterizzate dalla personalità giuridica, essere centro di relazioni interne agli

[56] Si veda D. 43,9,1 pr.; Liv. 39,44,8; 42,19,1; 43,16,2.
[57] D. 41,1,16; Cic., *Leg. agr.* 3,3,12;
[58] Vet., *Caes*. 83; Aug. 101; Tac., *Ann*. 1,8.
[59] Liv. 39,44,4; 40,51,8; *Lex agraria* (FIRA, I,2, n.8), lin. 33-39.
[60] FIRA, i,2, n. 30; 46;

associati e prive perlopiù di rilevanza esterna. È invece possibile sostenere che i caratteri principali di tale disciplina, dalla esistenza di un numero minimo di associati (*tres faciunt collegium*[61]), alla esistenza di uno statuto in cui sono previsti organi direttivi corrispondenti a quelli pubblici (*magistri*; *quaestores*, *quinquennales*[62]), alla contribuzione periodica da parte dei soci[63] e alla costituzione di un patrimonio sociale (*arca communis*), siano tutti elementi che depongono a favore della predisposizione delle diverse forme associative, in particolare quando assumano le vesti di una società commerciale, a entrare in contatto col mondo esterno attraverso una struttura unitaria, il cui carattere continua a permanere concreto, corporale, dovendosi evitare di cadere nella trappola del soggettivismo astratto connesso all'impiego della nozione moderna della persona giuridica e della rappresentanza organica.

Anche per i rapporti giuridici posti in essere da siffatte associazioni private mediante l'intervento degli organi direttivi o anche attraverso la presenza dei consociati la tutela avveniva nelle forme ordinarie con l'intervento di un *actor* o *syndicus*, per la quale occasione l'editto del pretore prevedeva una disciplina specifica[64]. In effetti anche la regola individuata da Ulpiano relativa alla autonomia patrimoniale delle forme associative (D. 3,4,7,1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent*) non è indice di una personalità giuridica della forma associativa, ma di quella vocazione di una struttura associativa a porsi in relazione esterna con i terzi di cui si è ora detto.

Liberarsi dalle incrostazioni concettuali moderne legate al soggettivismo giuridico, che nulla ha portato in termini di reale tutela delle situazioni umane, e recuperare la dimensione concreta del diritto, è compito al quale i giuristi dovranno attendere nei prossimi anni in una relazione stretta tra scienza giuridica e etica[65].

---

[61] D. 50,16,85.

[62] FIRA, III,2, 32-46; 93.

[63] Cic., *leg*. 2,9,22; Varr., *ling*. 5,182; FIRA, I,2, n. 46.

[64] D. 3,4,1; D. 3,4,2; D. 3,4,6,3; D. 3,4,7,1-2; D. 50,16,17.

[65] Sulla concretezza nel diritto romano ha insistito con particolare forza ed efficacia Giuseppe Grosso nel corso della sua intera attività. Si veda specialmente G. GROSSO, "Meditazioni sulla complessità, concretezza e autonomia della vita del diritto", in *Il diritto dell'economia IX*, 8 (1963), pp. 1019-1027 (= ID., *Tradizione e misura umana del diritto* cit., pp. 217-224; e ora in *Scritti Storico giuridic*i, I, *Storia diritto società*, Torino 2000, pp. 748-755, da cui si cita), ove il Maestro torinese (a p. 755) raccomanda "la cautela verso il semplicismo delle generalizzazioni, nella esigenza preliminare di prendere coscienza del diritto e della sua storia nella concretezza stessa della vita del diritto". Si deve inoltre ricordare l'intervento presentato al "Colloquio camerte sulla concretezza della giurisprudenza romana", pubblicato assieme alle conclusioni al Colloquio (e ad altri contributi di Filippo Gallo, Lelio Lantella) con il titolo "La concretezza della giurisprudenza romana", in *Index*, 5 (1974), pp. 30-35 (=ID., *Scritti Storico giuridic*i, I, *Storia diritto società*, Torino 2000, pp.

## BIBLIOGRAFIA

### Letteratura

1. Agnati, Ulrico, "Persona iuris vocabulum". Per un'interpretazione giuridica di «persona» nelle opere di Gaio", in Rivista di diritto romano, 9 (2009);

982-987, da cui si cita), in cui egli ammoniva (p. 984) a "non dimenticare il valore sostanziale del procedere concreto dei Romani".

Questa concretezza, che in Grosso si arricchisce sempre del riferimento alla persona umana, si pone lungo la scia già tracciata, nel rifiuto della "statolatria", da Giorgio La Pira: "Non la persona per lo Stato, ma lo Stato per la persona e per tutti gli sviluppi naturali e soprannaturali della persona: ecco la base del vero ordine giuridico; già i romani l'avevano magistralmente precisata: *Hominum causa omne ius constitutum est* (D. 1,5,2). L'infausta formula della statolatria egheliana – la formula classica della tirannia – rovescia questo rapporto": si veda *La Nazione*, 8-9 agosto 1943, n. 190 (vol. IV, p. 504). E anche *Principî*, 1-2, gennaio-febbraio 1940, pp. 3 ss. Come ha osservato P. CATALANO, "Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira", in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, a cura di L. GAROFALO, Padova 2003, p. 98: "L'interpretazione lapiriana del passo di Ermogeniano rifiuta implicitamente quella soggettivistica (e individualistica) del Savigny, ma senza cadere nel suo opposto (come accade invece a Riccardo Orestano sulla scorta di Vincenzo Arangio-Ruiz). I riferimenti di Catalano sono a V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli 1960, p. 66; e a R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano* cit., p. 104 nt. 6. Si veda ancora P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., p. 167 nt. 11, il quale, con riferimento alla interpretazione di Ermogeniano espressa da Arangio Ruiz e Orestano, osserva che il giureconsulto "non fa riferimento alla 'società' … bensì ai singoli *homines* nella loro concreta pluralità". Nell'affrontare il problema di una "nuova costruzione costituzionale", La Pira scrive che "Questo assetto giuridico, dunque, deve essere proporzionale all'uomo (*hominum causa ius constitutum est*, dicevano i Romani": G. LA PIRA, *Architettura di uno Stato democratico*, Roma 1948, (= VI, p. 11) ; ID., *Per una architettura cristiana dello Stato*, Firenze 1954, p. 194). Contro l'astrazione egli osserva che "L'attribuzione della personalità ad altri enti (agli enti collettivi quali la famiglia, la città, lo stato, ecc.) costituisce soltanto una comoda estensione analogica e, forse più esattamente, una *fictio* giuridica": *Azione Fucina*, 10 ottobre 1941, n. 31 (vol. IV, p. 301), citato da P. CATALANO, "Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira" cit., p. 99 nt. 76. Si veda anche Giorgio LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Firenze 1962, p. 111: "Quando si dice che lo Stato è una persona o quando si attribuisce la personalità a qualsiasi ente collettivo non si fa che ricorrere ad una analogia: si tratta cioè della estensione analogica del concetto di persona ad enti che, non essendo sostanziali, non possono, per definizione, essere persone". Maritain, richiamando La Pira, ha osservato che "i peggiori errori riguardanti la società sono nati dalla confusione tra il tutto sostanziale dell'organismo biologico e il tutto collettivo, composto anch'esso di persone, della società" (MARITAIN, *La personne et le bien commun*, Paris 1947, tr. it. *La persona e il bene comune*, Brescia 1978, p. 18, citato da P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, pp. 169 ss.).

2. Agnati, Ulrico, "Persona iuris vocabulum". Per un'interpretazione giuridica di «persona» nelle opere di Gaio", in Rivista di diritto romano, 9 (2009);
3. Alba, Jose María Ribas, Persona. Desde ed derecho roman a la teología cristiana, 2ª ed., Granada 2012;
4. Albanese, Bernardo, "Persona (storia-diritto romano)", in Enciclopedia del diritto, 33, Milano 1983;
5. Albanese, Bernardo, Le persone nel diritto privato romano, Palermo 1979;
6. Albanese, Bernardo, Scritti giuridici, II, Palermo 1991;
7. Baud, Jean-Pierre, Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo (a cura di C.M. Mazzoni), tr. it. di L. Colombo, Milano 2003;
8. Betti, Emilio, Diritto romano, I, Padova 1935;
9. Bianchi, Ernesto, Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (fondamenti arcaici e classici), Milano 2009;
10. Boniolo, Giovanni, Gabriele De Anna, Umberto Vincenti, Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo, Milano 2007;
11. Bretone, Mario, "Capitis deminutio", in Novissimo Digesto Italiano, II, Torino 1958;
12. Catalano, Pierangelo, "Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira", in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, a cura di L. Garofalo, Padova 2003;
13. Catalano, Pierangelo, "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12", in Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca, II, Napoli 2001;
14. Catalano, Pierangelo, "L'interpretazione lapiriana del passo di Ermogeniano rifiuta implicitamente quella soggettivistica (e individualistica) del Savigny, ma senza cadere nel suo opposto (come accade invece a Riccardo Orestano sulla scorta di Vincenzo Arangio-Ruiz). I riferimenti di Catalano sono a V. Arangio Ruiz, Istituzioni di diritto romano, 14ª ed., Napoli 1960;
15. Catalano, Pierangelo, Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano, Torino 1990;
16. Catalano, Pierangelo, Populus Romanus Quirites, Torino 1974;
17. Ead, Matrimonio e donna, I, Concetti ulpianei, Torino 2012;
18. Forcellini, Egidio, Lexicon Totius Latinitatis, Padova, 1940;
19. Gioffredi, Carlo, "Aspetti della sistematica gaiana", in Nuovi studi di diritto greco e romano, Roma 1980;
20. Grosso, Giuseppe, "La concretezza della giurisprudenza romana", in Index, 5 (1974);
21. Grosso, Giuseppe, "Meditazioni sulla complessità, concretezza e autonomia della vita del diritto", in Il diritto dell'economia IX, 8 (1963);

22. Grosso, Giuseppe, Scritti Storico giuridici, I, Storia diritto società, Torino 2000;
23. Grosso, Giuseppe, Tradizione e misura umana, Milano 1976;
24. Impallomeni, Giambattista, "Persona fisica (diritto romano)", in Novissimo Digesto Italiano, 12, Torino 1965;
25. Impallomeni, Giambattista, Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, Padova, 1996;
26. La Pira, Giorgio, Architettura di uno Stato democratico, Roma 1948;
27. La Pira, Giorgio, Per una architettura cristiana dello Stato, Firenze 1954;
28. Lobrano, Giovanni, "Dell'homo artificialis – deus mortalis dei Moderni comparato alla societas degli Antichi", in Aa.Vv., Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio (a cura di A. Loiodice – M. Vari), Roma 2003;
29. Lobrano, Giovanni, "Dottrine della 'inesistenza' della costituzione e il 'modello del diritto pubblico romano'", in Diritto@Storia, 5 (2006);
30. Lobrano, Giovanni, "La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: 'persona giuridica e rappresentanza' e 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà'. Una ìpo-tesi (mendeleeviana)";
31. Lubrano, M., Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano, Torino 2002;
32. Mantovani, Dario, "Lessico dell'identità", in Aa.Vv., Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana (a cura di A. Corbino - M. Humbert - G. Negri), Pavia 2010
33. Melillo, Generoso, Personae e status in Roma antica, Napoli 2006;
34. Milano, Andrea, Persona in Teologia. Alle origini del significato di persona nel cristianesimo antico, 2ª ed., Roma 1996;
35. Montanari, Enrico, "Phersu e persona", in Studi e materiali di storia delle religioni, 21, 1/2 (1997);
36. Navarre, O., "Persona", in Dictionnaire des antiquités grecques et romaines (a cura di Ch. Daremberg – E. Saglio), Paris 1904;
37. Orestano, Riccardo, Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano, I, Torino 1968;
38. Orestano, Riccardo, Il problema delle fondazioni in diritto romano, Parte Prima, Torino 1959;
39. Quadrato, Renato, "La persona in Gaio. Il problema dello schiavo", in Iura, 37 (1986);
40. Quadrato, Renato, Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera, Bari 2010;
41. Sacchi, Osvaldo, "Phersu/Persona? Contributo per un'etimologia di prosōpon", in Diritto@Storia, 9 (2010);
42. Sacchi, Osvaldo, Antica persona. Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico, Napoli 2012;

43. Sanna, Maria Virginia, "Capitis deminutio e captivitas", in Diritto@Storia, 6 (2007);
44. Schultz, Fritz, Prinzipien des römischen Rechts, München 1934;
45. Schulz, Fritz, Classical Roman Law, Oxford 1951;
46. Stolfi, Emanuele, "La nozione di 'persona' nell'esperienza giuridica romana", in Filosofia politica, 3 (2007);
47. Stolfi, Emmanuele, "Persona, soggetto, diritti: un percorso fra antico e moderno", in Diritti umani, contemporaneità e modernità a confronti. Atti delle giornate di studio. Pontassieve. Marzo-Aprile 2008 (a cura di L. Cappelletti), Firenze 2008;
48. Tafaro, Sebastiano, "Centralità dell'uomo (persona)", in Studi per Giovanni Nicosia, VIII, Milano 2007;
49. Tafaro, Sebastiano, Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo, Napoli 2009;
50. Baccari Vari, Maria Pia, Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità, Torino 2012;
51. Terreni, Claudia, Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana, Pisa 2009;
52. Thesaurus Linguae Latinae;
53. Vincenti, Umberto, Categorie del diritto romano, Napoli 2007;
54. Windscheid, Bernhard, Diritto delle Pandette, I.1, tr. it. di C. Fadda - P.E. Bensa, Torino 1902.

Fonti

1. Le fonti giuridiche romane in questo testo sono citate secondo l'archivio elettronico *BIA – Bibliotheca iuris antiqui.*

*Associated Professor Pietro Paolo Onida, LL.D.*

Department of Law of the University in Sassari, Italy

## THE CENTRAL SYSTEMIC MEANING OF THE NOTION *PERSONA* IN THE ROMAN SYSTEM OF RELIGIOUS LAW

*Summary*

The central systemic meaning of the notion of person (*persona*) is contemplated by the jurisprudent Gaius in one section of his Institutions, incorporated into the Iustinian's Institutions because of its significance (Gai. 1,8 = D. 1,5,1; I. 1,2,12). Having noted that "all the law we use refers to either persons, things or actions" (Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones), Gaius continues his discussion on persons (Et prius videamus de personis). The significance of the notion *person* at the systemic level is amplified by the understanding of the concept of *hu-*

*man*. In this paper, we dismiss scientific theories that attempt to explain the relation between these notions in an evolutionist manner based on the presumed development of the notion *person* in the abstract direction, which would give the notion *human* an entirely different sense. From ancient times, the Roman legal system has been inclined to view all human beings as participants in law (ius), directing them toward their identity between the two concepts.

**Key words:** *Person; Human; Subject-object of law*.

*Проф. др Пјетро Паоло Онида*

Департман за правне науке, Универзитет у Сасарију, Италија

## ЦЕНТРАЛНИ СИСТЕМСКИ ЗНАЧАЈ ПОЈМА *PERSONA* У РИМСКОМ ПРАВНО-РЕЛИГИЈСКОМ СИСТЕМУ

*Сажетак*

Централни системски значак појма лица (*persona*) присутан је у мисли јуриспрудента Гаја, који, у једном славном одељку својих Институција, који је због својег великог значаја унет у Јустинијанове Институције (Gai. 1,8 = D. 1,5,1; I. 1,2,12), након што је приметио да "сво право којим се служимо се односи на лица или на ствари или на тужбе" (*Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*), наставља са излагањем о лицима (*Et prius videamus de personis*). Значај појма лица на системском плану је увећан његовим схватањем концепта човека. У овом раду не прихватамо оне научне теорије које покушавају да однос између ових појмова објасне на еволуционистички начин на основу претпостављеног развоја појма лица у апстрактном смеру, у каквом би појму концепт човека добио потпуно друге димензије. Тенденција римског правног система, још од најстаријих времена, је да се сва људска бића сматрају учесницима у праву (*ius*), и усмерена је према њиховом идентитету између два појма.

**Кључне речи:** *Persona; Homo; Servus; Субјекат-објекат права*.

UDC/УДК 347.23
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Prof. dr Daniil Tuzov, LL.D.*

Professore di Diritto romano, Diritto civile e Diritto privato comparato
Facoltà di Giurisprudenza, Università Statale "Higher School of Economics" di San Pietroburgo, Russia

# IL CONCETTO ROMANO DI *BONA FIDES* E LA SUA APPLICAZIONE IN RUSSIA ALL'USUCAPIONE DELLE QUOTE NELLA PROPRIETÀ COMUNE[1]

*Di recente la Corte Suprema russa, in alcune sue ordinanze, ha profondamente modificato il concetto giurisprudenziale della buona fede nell'usucapione, adottato dalla Corte medesima in precedenza (nel 2010), rendendolo simile a quello romano. Tuttavia, le interpretazioni che la Corte ha dato a tale concetto in materia di usucapione delle quote nella proprietà comune appaiono palesemente errate e contra legem, tendenti in realtà ad abolire, a livello della prassi giudiziale, la buona fede come requisito dell'usucapione, previsto dalla legge.*

**Parole chiave:** Diritto russo; Diritto civile; Usucapione; Buona fede; Possesso; Proprietà comune; Comunione; Quota nella proprietà comune; Diritto giurisprudenziale.

* * *

L'usucapione, per lungo tempo sconosciuta al diritto russo, in particolare al diritto sovietico, è riapparsa in Russia – per la prima volta dopo la Rivoluzione d'Ottobre del 1917 – il 1° gennaio 1991.[2] Attualmente è prevista nell'articolo 234 del Codice civile russo.

---

Daniil Tuzov, *tuzovd@yahoo.it*.

[1] Si riproduce, con minime modifiche e un apparato di note, la relazione tenuta al Convegno "*Controversies of the Contemporary Law*", svoltosi a Sarajevo Est nel 2022.

[2] È stata introdotta dall'art. 7, co. 3, della Legge della RSFSR del 24 dicembre 1990 № 443-1 "Sulla proprietà nella RSFSR", *Messaggero del Congresso dei deputati del popolo della RSFSR*, 27.12.1990, No. 30.

Nelle linee principali la sua configurazione corrisponde a quella del diritto romano classico, a parte i termini che sono stabiliti in cinque anni per i mobili e quindici anni per gli immobili. In particolare, è tassativamente richiesta, per l'usucapione – come pure nel diritto romano – la buona fede del possessore. Non esiste, nel diritto russo, a differenza di quanto accadeva nell'esperienza romana tardo-imperiale e accade nel diritto attuale francese e italiano, un'usucapione che non richieda la buona fede ma presupponga, in cambio, una durata più lunga del possesso.

Non c'è però, nella legge russa, alcuna definizione della buona fede nell'usucapione. È apparso pertanto necessario alla Corte Suprema russa e alla Corte Suprema Economica russa (che è esistita fino al 6 agosto 2014) dare un'interpretazione ufficiale dell'art. 234 c.c., formulando, nel 2010, una definizione giurisprudenziale della buona fede.[3] Questa definizione, traducendola alla lettera, recita: "*…il possesso è di buona fede, se la persona, acquistando il possesso, non sapeva e non doveva sapere della mancanza, in testa alla stessa, del titolo per l'acquisto della proprietà*".[4] In altre parole, è di buona fede solo il possessore che pensa erroneamente, in seguito a un errore scusabile, di aver acquistato la proprietà.

Un siffatto concetto di buona fede si è ben presto rivelato, tuttavia, troppo stretto, non essendo in grado di ricomprendere le situazioni in cui l'acquirente acquisti, dal proprietario, un immobile senza osservare le norme sulla forma del contratto, prescritta per tali acquisti, il che rende il contratto nullo impedendo il passaggio della proprietà, oppure senza far iscrivere a suo favore il passaggio medesimo nel registro immobiliare, il che parimente impedisce l'acquisto, anche tra le parti (a differenza di come succede, per esempio, nell'ordinamento italiano o francese, in cui la mancanza di trascrizione dell'atto determina solo l'inopponibilità dell'acquisto ai terzi):[5] il sistema russo è infatti basato sul principio della pubblicità immobiliare *costitutiva* ed è più vicino al sistema austriaco dell'intavolazione.

Tali situazioni, tutt'altro che rare nella prassi russa, rievocano chiaramente la nota ipotesi, nell'esperienza giuridica romana, della *res mancipi a*

[3] È da tener conto che nella competenza della Corte Suprema russa (così come, fino al 6 agosto 2014, della Corte Suprema Economica russa) rientra, in particolare, l'adozione degli atti (decreti) *interpretativi* di carattere *generale*, svincolati cioè dal giudizio su cause concrete. Tali atti contengono, in sostanza, vere e proprie norme giuridiche, a volte anche *contra legem*.

[4] V. art. 15 del Decreto del *Plenum* unito della Corte Suprema russa e della Corte Suprema Economica russa del 29 aprile 2010 № 10/22 "Su alcuni problemi sorti nella prassi giudiziaria nel decidere le controversie aventi ad oggetto la tutela della proprietà e di altri diritti reali", *Rossijskaja gazeta* [*Gazzetta russa*], 21.05.2010, No. 109.

[5] V., in particolare, art. 2644 cod. civ. italiano.

*domino tradita*, in cui una *res mancipi* veniva consegnata all'acquirente con una semplice *traditio*, in maniera cioè informale, senza osservare il rito solenne della *mancipatio*. Come sappiamo, la giurisprudenza romana anche in questa ipotesi riteneva che l'acquirente fosse di buona fede, pur se ben consapevole, al momento dell'acquisto, di non diventare proprietario: per considerarlo di buona fede era infatti sufficiente solo la sua convinzione di non ledere, col suo possesso, il diritto di altri, di non recare ingiustamente pregiudizio a nessuno[6]; convinzione cioè che appare davvero presente nelle soprammenzionate odierne fattispecie in cui le parti hanno trascurato di compiere le modalità necessarie, richieste dalla legge per il passaggio della proprietà.

Sostanzialmente allo stesso concetto di *bona fides* romana – più ampio rispetto a quello adottato in Russia nel 2010 – è arrivata lentamente anche la Corte Suprema russa (da qui in poi *Corte Suprema*), e vi è giunta seguendo un *iter* assai travagliato, attraverso la soluzione di tutta una serie di controversie, e in maniera puramente intuitiva, senza cioè essere consapevole dell'origine romana di tale concetto. Di conseguenza ha dichiarato, nelle ordinanze pronunciate in tali controversie[7], la buona fede degli attori-acquirenti (o dei loro successori), riconoscendo loro di conseguenza il diritto di proprietà acquistato *per usucapionem*[8]. Tali sentenze fungeranno, con molta probabilità, da precedenti nella giurisprudenza successiva, formando una prassi costante. Inoltre, la posizione presa dalla Corte Suprema è stata approvata anche dalla Corte Costituzionale russa[9], il che la rende, in sostanza, equivalente a norma di legge. Il vecchio concetto di buona fede, troppo ristretto e limitato, è ora quindi superato. Il nuovo concetto è, in sostanza, quello romano classico.

E fino a questo punto l'interpretazione data alla buona fede dalla Corte Suprema non suscita obiezioni, né dubbi, nonostante qualche critica ad es-

---

[6] V. per es.: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli 1957[13], 213; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Utet, Torino 1998[4], 312; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994[2], 337; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1991[3] (con la collaborazione di F. Sitzia, L. Vacca), 469; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990, 423; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1994[4], 264.

[7] V. ordinanze della Suprema Corte, Sezione Civile, del: 27 gennaio 2015 № 127-КГ14-9; 28 luglio 2015 № 41-КГ15-16; 20 marzo 2018 № 5-КГ18-3; 17 settembre 2019 № 78-КГ19-29; 22 ottobre 2019 № 4-КГ19-55; 10 marzo 2020 № 84-КГ20-1; 2 giugno 2020 № 4-КГ20-16 (tutti gli atti della Corte Suprema sono reperibili, per es., sul sito: *https://legalacts.ru/*).

[8] *Ibid.*

[9] V. la sentenza della Corte Costituzionale del 26 novembre 2020 № 48-П e ordinanze della stessa Corte del: 28 settembre 2021 № 1922-О; 28 settembre 2021 № 1923-О (tutti gli atti della Corte Costituzionale sono reperibili, per es., sul sito: *https://legalacts.ru/*).

sa, proposta in dottrina[10]. Ma la Corte stessa è andata anche oltre, facendo, in un'altra serie di cause, un uso improprio, a mio modo di vedere, del concetto di buona fede in questione.

Si tratta, in particolare, di due cause, giudicate dalla Corte Suprema nel 2018 e nel 2019, in cui comproprietari di un immobile abitativo cominciavano, dopo la morte di un altro comproprietario, a possedere l'intero immobile con l'*animus excludendi*, facendo cioè uso personale ed esclusivo anche di quelle parti dell'immobile che prima erano in uso al comproprietario deceduto e rendendone così impossibile il possesso e l'uso agli eredi dello stesso. In altre parole, essi esercitavano sull'immobile il possesso *ad excludendum* che in alcuni ordinamenti, per esempio in quello italiano[11], sarebbe in grado di portare all'usucapione. Avendo compiuto così il termine quindicennale, richiesto per l'usucapione dal c.c. russo, i suddetti comproprietari adivano il tribunale per far valere il loro possesso *ad usucapionem* e per farsi dichiarare proprietari esclusivi dell'immobile per avvenuta usucapione.

Data la consapevolezza degli attori di aver leso con il loro possesso e uso il diritto altrui, era ovvio che gli attori medesimi fossero palesemente di mala fede. Quindi la soluzione che sembrava più coerente con la fattispecie concreta e con la disciplina dell'usucapione del Codice civile russo, sarebbe stata quella di respingere la loro domanda, mancando il presupposto fondamentale dell'usucapione, appunto la buona fede. E proprio in tal senso si erano pronunciati sia il giudice di primo grado, sia la Corte d'Appello. Ma la Corte Suprema ha deciso diversamente, cassando le sentenze emanate dai giudici inferiori[12].

---

[10] V. per es.: R.R. Repin, "О действии приобретательной давности в отношении бесхозяйных вещей" ["O dejstvii priobretatelnoj davnosti v otnošenii beskhozjajnykh veščej"], *Закон* [*Zakon*], 6/2021, 165; K.I. Sklovskij, "О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике" ["O dobrosovestnosti kak rekvisite priobretatelnoj davnosti v sudebnoj praktike"], *Модернизация гражданского законодательства: сб. материалов к XIV Ежегодным научным чтениям памяти проф. С.Н. Братуся* [*Modernizacija graždanskogo zakonodatelstva: sb. materialov k XIV Ežegodnym naučnym čtenijam pamjati prof. S.N. Bratusja*], Statut, Mosca 2020, 60, 67–69, 73.

[11] Per una rassegna della giurisprudenza italiana in proposito v. D. Tuzov, "Об эксклюзивности и добросовестности владения как условиях приобретения по давности долей в общей собственности" ["Ob eksklusivnosti i dobrosovestnosti vladenija kak uslovijakh priobretenija po davnosti dolej v obščej sobstvennosti"], *Вещное право: вчера, сегодня, завтра: сборник статей к 50-летию А.О. Рыбалова* [*Veščnoe pravo: včera, segodnja, zavtra: sbornik statej k 50'letiju A.O. Rybalova*], a cura di K.I. Karačkova, A.D. Rudokvas, Statut, Mosca 2023, 194–199.

[12] Ordinanze della Corte Suprema, Sezione Civile, del 20 marzo 2018 № 5-КГ18-3 (*https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-20032018-n-5-kg18-3/*, last visited 15 September 2023) e del 22 ottobre 2019 № 4-КГ19-55

La motivazione di tale decisione è la seguente. Le fattispecie erano caratterizzate dal fatto che gli eredi del comproprietario deceduto, della cui quota si discuteva, non si erano per lungo tempo mostrati interessati all'immobile: non avevano formalizzato il loro acquisto *ex iure hereditario* e non si prendevano cura dell'immobile stesso, non adempiendo ai relativi oneri e non sostenendo le relative spese, ecc. Così, a giudizio della Corte Suprema, essi avrebbero abbandonato l'immobile "*di fatto*", e le loro quote nella proprietà comune sarebbero sostanzialmente diventate – sempre "*di fatto*" – fuori commercio (*extra commercium*)[13]. E siccome, secondo la giurisprudenza sia della Corte Suprema che della Corte Costituzionale russa, la funzione principale dell'istituto dell'usucapione sarebbe quella di far tornare cose (in questo caso quote) di fatto abbandonate in commercio[14], è apparso opportuno, oltre che plausibile, applicare l'istituto medesimo anche alla fattispecie in esame. Dal momento però che la legge espressamente richiede per l'usucapione la buona fede del possessore, la soluzione è stata trovata in una nuova interpretazione della buona fede stessa: la sussistenza di quest'ultima in capo al comproprietario possessore è stata argomentata con riferimento alla condotta passiva e omissiva del comproprietario escluso dal possesso, protratta per lungo tempo[15].

Ma è chiaro che una condotta passiva del proprietario non è di per sé in grado di far sorgere la buona fede in chi si impossessa arbitrariamente di una cosa altrui, essendone ben consapevole, giacché il solo mancato uso da parte del proprietario del proprio diritto è un comportamento di per sé del tutto legittimo, perché rientra senz'altro nei poteri del proprietario il non usare della cosa. L'unica ipotesi in cui colui che si impossessa consapevolmente di una cosa altrui possa essere considerato di buona fede, sembra quella che si verifichi in seguito a un atto di rinuncia, da parte del proprietario, al suo diritto, cioè nel caso di *derelictio*, oppure – alternativamente – nel caso di erronea convinzione del possessore che la *derelictio* stessa sia avvenuta. Tale ipotesi, com'è noto, dava luogo, nell'esperienza giuridica romana, o all'acquisto della proprietà per occupazione (nel caso di *derelictio* effettiva), o al possesso *pro derelicto*, idoneo a portare all'usucapione (nel caso di *derelictio putativa*)[16]. Nel nostro caso, tuttavia,

(*https://legalacts.ru/sud/opredelenie-sudebnoi-kollegii-po-grazhdanskim-delam-verkhovnogo-suda-rossiiskoi-federatsii-ot-22102019-n-4-kg19-55-2-5982018/*, last visited 15 September 2023).

[13] *Ibid.*

[14] V. ordinanza della Suprema Corte, Sezione Civile, del 20 marzo 2018 № 5-КГ18-3 e sentenza della Corte Costituzionale del 26 novembre 2020 № 48-П, già citate.

[15] V. sopra, nt. 12.

[16] È da notare che nell'odierno diritto italiano all'abbandono (*derelictio*) dell'immobile da parte del proprietario consegue l'acquisto dell'immobile stesso da parte del Fisco o della Regione (v. in particolare: C. Bona, *L'abbandono mero degli immobili*, Università degli

nessuna *derelictio*, neppure putativa, ha avuto luogo: non è infatti qualificabile come tale un comportamento semplicemente passivo e/o omissivo del proprietario.

Di fronte a queste evidenti ragioni che impedivano di riconoscere la buona fede in capo agli occupanti, la Corte Suprema, per uscire da tale *impasse*, è ricorsa ad un concetto – inventato *ad hoc* dalla Corte medesima – della "*derelictio* (o rinuncia) di fatto". Il ragionamento è stato questo: il comportamento passivo del comproprietario, il suo disinteresse per la propria quota nella proprietà sull'immobile protratto per lungo tempo, significherebbe una "*derelictio* di fatto" della quota medesima, e tale *derelictio* farebbe nascere in testa all'occupante la buona fede.

È evidente però tutta l'artificialità del siffatto ragionamento. L'equiparazione tra la cd. "*derelictio* di fatto" e la *derelictio* vera e propria, o almeno la sembianza di essa, non regge affatto. La prima, identificata nel comportamento passivo del proprietario, nel suo disinteresse alla cosa, non avendo precisi confini temporali, si presenta infatti del tutto indefinita, mentre invece la *derelictio* vera e propria è un atto ben preciso e ben definito nel tempo, un comportamento attivo e compiuto, caratterizzato, sul piano soggettivo, dalla precisa e univoca volontà di effettuare l'abbandono.

È evidente anche come la Corte Suprema nell'interpretare la buona fede sia andata molto oltre ai limiti leciti dell'interpretazione, sostituendosi in realtà al legislatore: invece di interpretare la buona fede, ha infatti travisato il suo concetto e con ciò l'ha sostanzialmente abolita come requisito dell'usucapione, per l'ipotesi in esame, a livello giurisprudenziale.

È utile ricordare in questa sede che in Russia è stato approntato un disegno di legge destinato a riformare il libro su Diritti reali del Codice civile russo: lasciando intatti i termini per l'usucapione attualmente in vigore, il progetto non richiede più la buona fede ai fini dell'usucapione (per nessuna ipotesi di essa), propone cioè di abolire completamente tale requisito.

La proposta in questione appare molto discutibile. La soluzione, secondo me, preferibile sarebbe invece quella di prevedere un'usucapione che non richieda la buona fede, ma presupponga un possesso più lungo, *accanto* a quella abbreviata che la richiederebbe, come nel diritto romano tardo-imperiale o negli attuali ordinamenti francese e italiano[17]. Ma lasciando da parte ogni critica a tale proposta, non è comunque da ritenere ammissibile una riforma dell'usucapione, ora in esame, che avvenga – in un

Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Trento 2017). Questa conseguenza non riguarda, però, l'ipotesi in esame, cioè dei beni immobili in comunione, in cui uno dei comproprietari rinunci alla sua quota: in questo caso dovrebbe soccorrere l'istituto dell'usucapione anche nel diritto italiano.

[17] V.: art. 2272 cod. civ. francese; artt. 1158 e 1159, co. 1, cod. civ. italiano.

ordinamento civilistico come quello russo – ad opera di magistrati tramite un'interpretazione errata nonché *contra legem*, e non tramite un *iter* legislativo. Una simile *judge made law* compromette palesemente il principio costituzionale della certezza del diritto e determina uno scoordinamento pericoloso della prassi giudiziaria.

## BIBLIOGRAFIA

### Letteratura


1. Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli 1957;
2. Bona, C., *L'abbandono mero degli immobili*, Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Trento 2017;
3. Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, Utet, Torino 1998;
4. Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994;
5. Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1991 (con la collaborazione di F. Sitzia, L. Vacca);
6. Repin, R. R., "О действии приобретательной давности в отношении бесхозяйных вещей" ["O dejstvii priobretatelnoj davnosti v otnošenii beskhozjajnykh veščej"], Закон [Zakon], 6/2021;
7. Sklovskij, K. I., "О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике" ["O dobrosovestnosti kak rekvisite priobretatelnoj davnosti v sudebnoj praktike"], Модернизация гражданского законодательства: сб. материалов к XIV Ежегодным научным чтениям памяти проф. С. Н. Братуся [Modernizacija graždanskogo zakonodatelstva: sb. materialov k XIV Ežegodnym naučnym čtenijam pamjati prof. S. N. Bratusja], Statut, Mosca 2020;
8. Tuzov, D., "Об эксклюзивности и добросовестности владения как условиях приобретения по давности долей в общей собственности" ["Ob eksklusivnosti i dobrosovestnosti vladenija kak uslovijakh priobretenija po davnosti dolej v obščej sobstvennosti"], *Вещное право: вчера, сегодня, завтра: сборник статей к 50-летию А. О. Рыбалова* [*Veščnoe pravo: včera, segodnja, zavtra: sbornik statej k 50'letiju A. O. Rybalova*], a cura di K. I. Karačkova, A. D. Rudokvas, Statut, Mosca 2023;
9. Voci, P., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1994;
10. Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990.

*Проф. др Данил Тузов*

Професор, Катедра за грађанско право и поступак, Правни факултет,

Национални истраживачки универзитет „Виша школа економије", Санкт Петербург, Русија

## РИМСКИ КОНЦЕПТ *BONA FIDES* И ЊЕГОВА ПРИМЕНА У РУСИЈИ НА ОДРЖАЈ КВОТЕ У ЗАЈЕДНИЧКОЈ СВОЈИНИ

*Сажетак*

Однедавно је руски Врховни суд, у неким својим пресудама, значајно модификовао правни концепт добре вере (савесности) у вези са одржајем (узукапијом), који је исти тај Суд раније био усвојио (2010. године), приближивши га на тај начин римском концепту. Па ипак, тумачења тога концепта која је Суд дао у материји одржаја квоте у заједничкој својини изгледају очигледно погрешна и *contra legem*, са тенденцијом да заправо укину, на плану судске праксе, добру веру као предуслов за одржај предвиђен законом.

**Кључне ријечи:** *Руско право; Грађанско право; Одржај; Добра вера; Посед; Заједничка својина; Заједница; Квота у заједничкој својини; Правна наука као извор права.*

*Associate Professor Danil Tuzov, LL.D.*

Doctor of Roman and Civil Law (dottore di ricerca in diritto civil-romanistico), Rome, La Sapienza, Italy

Department of Civil Law and Procedure, Faculty of Law, National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russian Federation

## THE ROMAN CONCEPT OF *BONA FIDES* AND ITS APPLICATION IN RUSSIA TO ACQUISITIVE PRESCRIPTION OF PARTICIPATION QUOTA IN CO-OWNED PROPERTY

*Summary*

Recently, the Supreme Court of the Russian Federation, in some of its decisions, modified the concept of good faith (bona fides) significantly in relation to acquisitive prescription (usucapio), bringing it more in line with its Roman counterpart. It is worth noting at this point that the same Court adopted the concept of good faith as late as in 2010. However, the interpretation of the said concept, given by the Court on the matter of acquisitive prescription of participation quota in co-owned property, seems wrong and *contra legem*. It has a tendency of abolishing, in practice, *good faith* as a requirement for acquisitive prescription.

**Key words:** *Russian law; Civil law; Acquisitive prescription; Good faith; Possession; Co-ownership; Participation quota in co-owned property; Jurisprudence as a source of law.*

UDC/УДК 347.751
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Professore associato dr Samir Aličić*

Facoltà di Giurisprudenza della Università di Sarajevo Est,
Bosnia ed Erzegovina
Dipartimento di Giurisprudenza della Università statale di Novi Pazar,
Serbia

# IL PROBLEMA DEI COSTI DELL'IMBALLAGGIO NEL DIRITTO SERBO – UNA PROSPETTIVA ROMANISTICA

*Oggetto dell'indagine è il problema dei costi dell'imballaggio nel diritto serbo contemporaneo alla luce del diritto romano. Mentre gli Usi communi per il commercio dei beni, codificati nel 1954, stabiliscono l'obbligo del venditore di procurare l'imballaggio, né essi né la Legge sulle obbligazioni del 1978 definiscono a chi spettino i costi dell'imballaggio nella situazione in cui ciò non sia stabilito per lo stesso contratto di compravendita. Nemmeno la prassi contemporanea ha stabilito criteri certi per risolvere tale problema. Nell'intento di indicare i possibili precetti per una nuova dottrina su tale problema, l'autore esamina le opinioni dei giureconsulti romani, in particolare Proculeiani, sulla questione relativa all'ipotesi in cui i contenitori per il vino (vasa vinaria) siano o no pertinenza del vino e quali siano i criteri per siffatta distinzione.*

**Parole chiave:** Imballaggio; Pertinenza; Compravendita; Diritto romano; Serbia.

## 1. L'IMBALLAGGIO NEL DIRITTO SERBO

La disciplina relativa all'imballaggio, nell'ultimo periodo, sta diventando sempre più importante sia dal punto di vista strettamente commerciale, sia dal punto di vista del diritto ambientale. Comunque sia, nella dottrina, nella legislazione e nella prassi non si è pervenuti nemmeno a una definizione comunemente accettata della nozione di imballaggio, e tan-

Samir Aličić, *samiralicic1@gmail.com.*

tomeno a una regolamentazione giuridica unica, e ciò non è un problema solo del diritto serbo.

Il tema di questo articolo riguarda un problema specifico che si pone nel diritto serbo attuale riguardo l'imballaggio dal punto di vista commerciale: a chi spettano i costi dell'imballaggio della merce, quando ciò non è regolato nel contratto oppure quando ciò non dipende implicitamente dal carattere dello stesso negozio? Gli *Usi communi per il commercio dei beni* (*Gazzetta ufficiale della Repubblica Popolare Federale di Jugoslavia* 15/1954), una ufficiale codificazione degli usi e consuetudini commerciali slavi, promulgata nel 1954 e ancora vigente nella Serbia, stabilisce l'obbligo del venditore di procurare l'imballaggio se nel contratto non sia stabilito diversamente (art. 79). Ma, né gli *Usi*, né la vigente *Legge sulle obbligazioni* del 1978, non definiscono a chi spettino i costi dell'imballaggio nella situazione in cui ciò non sia stato stabilito per lo stesso contratto di compravendita? Il venditore, certo, deve fornire l'imballaggio, ma l'obbligo di fare ciò è a sue spese o no? Il compratore deve pagare l'imballaggio o restituirlo al venditore, o no, e in quali casi esattamente?

Nemmeno la prassi giuridica offre una certa risposta alle questioni menzionate. I tribunali serbi risolvevano il problema diversamente in determinati casi e con differenti motivazioni, senza offrire un criterio generale. Fra l'altro, essi permettevano che si sottintendesse che il valore dell'imballaggio fosse calcolato nel prezzo e che quindi il compratore, in varie situazioni, non dovesse restituirlo o pagarlo: quando il valore degli imballi non fosse stato ingente oppure anche quando si fosse trattato di imballi di maggior valore ma non riutilizzabili in quanto per uso singolo ('a perdere'), oppure quando si fosse trattato del 'contenitore originale inseparabile dalla roba', vale a dire quando senza il contenitore sia è impossibile o non usuale vendere la merce[1].

I tribunali italiani hanno cercato di definire se qualcosa può essere imballaggio del tutto o no? Anche qui non si è pervenuti a un criterio unico.[2]

[1] Z. Arsić, "Ambalaža – imovinskopravni i ekološkopravni aspekti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/47/2013, 77

[2] Una recente sentenza del Tribunale di Roma (n. 11074/2014) conferma che "un prodotto è qualificato come imballaggio con riguardo alla sua funzione, che è quella di contenimento, di protezione o di manipolazione delle merci per consentire la consegna e la presentazione dal produttore all'utilizzatore, dall'utilizzatore al consumatore, indipendentemente quindi dalla fase di commercializzazione delle merci contenute negli stessi imballaggi, con la conseguenza che la merce imballata può essere indifferentemente materia prima, semilavorato o prodotto finito". La sentenza precisa infine che "la direttiva n. 2004/12/Ce ha lasciato inalterata la nozione di imballaggio contenuta nell'art. 3, comma 2, della direttiva 94/62/Ce, concludendo, anche alla luce della direttiva 2013/2/Ue, che 'le anime delle bobine sono assoggettate al contributo ambientale Conai'". Un'altra sentenza di

Per il giudice serbo qui sembra che non ci siano tanti dubbi: la *Legge sull'imballaggio e sui rifiuti d'imballaggio* (*Gazzetta ufficiale della Serbia* 36/2009 e 95/2018) e il *Regolamento sui criteri su che cosa può essere considerato imballaggio* (*Gazzetta ufficiale della Serbia* 70/2009) definiscono l'imballaggio in modo molto ampio, come qualsiasi prodotto che serve per sistemare, custodire, manipolare, consegnare, presentare o proteggere il contenuto e include mezzi ausiliari per la legatura, la chiusura, eccetera, indipendentemente dal fatto se si tratta dell'imballaggio da rendere o a perdere.

Per risolvere il problema se i costi dell'imballaggio spettino al venditore o a compratore, la questione deve essere affrontata sotto un altro punto di vista: occorre valutare non se una cosa costituisca imballaggio o no, ma se l'imballaggio sia o no un corpo accessorio della cosa venduta**?** Nell'intento di indicare i possibili precetti per una nuova dottrina su tale problema, esamineremo le opinioni dei giureconsulti romani, in particolare Proculeiani, sulla questione relativa all'ipotesi in cui i contenitori per il vino (*vasa vinaria*) siano o no corpo accessorio del vino e quali siano i criteri per siffatta distinzione?

## 2. *VASA VINARIA* NEL DIRITTO ROMANO

Il vino, la bevanda favorita degli antichi Romani, è stato nell'antichità una dei più importanti prodotti commerciali. Non è strano che molti principi generali del diritto delle obbligazioni e del diritto commerciale siano stati originariamente pensati per regolamentare il commercio del vino. La romanistica moderna gli ha dedicato grande attenzione, particolarmente con riferimento alla questione del passaggio del rischio nella compravendita del vino.[3]

---

primo grado (Tribunale di Roma, n. 8131/2014) ha invece negato la qualifica di imballaggi agli oggetti che "per le loro caratteristiche (…) sono stati progettati e fabbricati per resistere e durare a lungo', sicché essi 'non sono assimilabili a contenitori per l'utilizzo singolo o limitato nel tempo' in quanto 'destinati ad un utilizzo prolungato e durevole' e 'come ausilio duraturo all'attività dell'impresa all'interno del ciclo produttivo delle medesima e non al fine di garantire un idoneo trasporto della merce nel circuito produttore/utilizzatore/consumatore (e passaggi intermedi)'.***

https://www.google.com/url?q=https%3A%2F%2Fwww.conai.org%2Fgiurisprudenza%2Fnozione-di-imballaggio-i-chiarimenti-della-giurisprudenza%2F&sa=D&sntz=1&usg=AOvVaw0nj7jg1z6DEie7aV3So-Ch

[3] Si veda ad esempio: Sergio Zazzera, "Brevi note sul legato di vino", *Labeo* 18/1972, 348-352; Maria M. Benitez Lopez, *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid 1994; Martin Pennitz, „Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht", *Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis (TR)* 62/1994, 251-296; Francesco Casavola, "Emptio pondere numero mensura", *Scritti giur. per il centenario della casa ed. Jovene*, 1954, 551-580; Éva Jakab, *Risikomanagement beim Weinferkauf, Periculum und praxis im Imperium Romanum*, München 2009; Norbert Olszak,

Meno attenzione è stata dedicata alla questione, d'importanza ora per noi, relativa ai contenitori per il vino (*vasa vinaria*). Il termine *vasa vinaria*, o soltanto *vasa*, troviamo dai vari giurisprudenti romani [4], e nel capitolo del Digesto *De verborum significatione* (50.16) c'è anche la definizione del termine *vasa vinaria*,[5] secondo la quale definizione si tratta di qualsiasi recipiente per il liquido che contiene vino, non importa se si usa nel processo di produzione o per qualche altro uso.

Diversi tipi di recipienti per i liquidi sono stati usati dagli antichi Romani per la maturazione, la conservazione o il trasporto del vino. Per maturazione[6], ma anche per il trasporto marittimo[7], è stato tipicamente usato il *dolium* un enorme contenitore o, meglio, una cisterna, di terracotta.

Il termine *amphora*, ben noto non soltanto agli studiosi, indica il vaso di ceramica di grandezza media e di forma cilindrica, facilmente trasportabile da un uomo. Le anfore non sono di solito state usate per la produzione

---

„Emptio ad gustum: la vente à la dégustation de l'antiqité à l'article 1587 du Code civil", *TR* 58/1990, 361-268; Éva Jakab, „Wo gärt der verkaufte Wein?" Zur Deutung der Weinleinferungskäufe in der graeco-ägyptischen Papyri", *Symposion 1997, Vortrage zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Weimar-Wien 2003, 295 – 318; Éva Jakab, „Vinum effundere in Ulp. D.18.6.1.3", *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)* 116/1999 (a) 71-111; Éva Jakab, "Garantee and Jars in Sales of Wine on Delivery", *Journal of Juristic Papyrology* 29/1999 (b), 33-44; Éva Jakab, „Ein fundus cum instrumentu legatus und der „Verbliebene Wein": Scevola D.33.7.27.3", *ZSS* 119/2002, 177-211; Éva Jakab, „Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein", *ZSS* 121/2004, 189-232; Arthur Patch Mckinlay, „Wine and the law in ancient times", *Studies Robinson* 2/1953, 858-867, Sam Eitrem, Leiv Amundsen, „Sale of Wine on Delivery P. Osl. inv. no. 1440", *Eos 48.2 [Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae II]* 1957, 77-81; Reuven Yaron, "Sale of Wine", *Studies in the Roman Law of Sale [Dedicated to the memory of Francis de Zulueta]*, 1959, 71-77; Francien Hanemaayer, „Loan of Wine", *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968, 28-30; Hester Van Oyen, „Acknowledgement of a debt concerning replacement of bad wine," *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968, 77-80; Arrigo Diego Manfredini, "Costantino la Tabernaria e il vino", *Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno, 1985*, Napoli 1988, 326-341; Lellia Cracco Ruggini, "Roma e il vino norditalico", *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Roma1998, 345-364.

[4] Scevola, (D.32.93.4), Paolo, (PS.3.6.63), Pomponio (D.33.6.14) e Ulpiano (D.33.6.3.1). Da Ulpiano, anche: *vasa olearia* (D.18.6.1.3) come una categoria specifica.

[5] D.50.16.206 IULIANUS libro sexto ex Minicio *'Vinaria' vasa proprie vasa torcularia esse placet: dolia autem et serias tamdiu in ea causa esse, quamdiu vinum haberent, cum sine vino esse desinerent, in eo numero non esse, quoniam ad alium usum transferri possent, veluti si frumentum in his addatur. eandem causam amphorarum esse, ut, cum vinum habeant, tum in vasis vinariis, cum inanes sint, tum extra numerum vinariorum sint, quia aliud in his addi possit.* Le fonti giuridiche romane in questo testo sono citate secondo l'archivio elettronico *BIA – Bibliotheca iuris antiqui*.

[6] Cato, *De agricultura* 23.3-4; Varro, *De re rustica*, 1.65.

[7] Sabrina Marlier, Patricia Sibella, „La Giraglia, a dolia wreck of the 1st century BC from Corsica, France: Study of its hull remains", *International Journal of Nautical Archeology* 31.2/2002, 161-171.

e per la maturazione del vino, ma per raggiungere il consumatore finale; di solito solo il vino di buona qualità era imbottigliato nelle anfore[8]. Il termine *cadi* indica qualsiasi vaso di ceramica, incluso le anfore[9]. La parola *urnae*[10] significa un tipo particolare di vaso, di grandezza minore della anfora.

*Cuppae*[11], o *vasa lignea* come li chiama Plinio[12], sono botti di legno[13]. Soltanto nel Medioevo sarebbero diventate il contenitore tipico per il vino; dai Romani erano usate soltanto nelle zone settentrionali e alpine dell'Impero prevalentemente per il trasporto di vino. Nelle zone meridionali invece, le otri (*utres*)[14] erano il tipico contenitore per il trasporto dei vini, soprattutto nella forma di otri grandi o *cullei*[15]. Gli otri piccoli erano usati dai viaggiatori o dai consumatori individuali per portare o comprare vino per l'uso proprio.

Prima di dare la risposta alla questione se questi contenitori siano corpo accessorio del vino o no, dobbiamo essere sicuri che nel contratto di compravendita o in altro negozio giuridico questi termini non fossero usati come unità di misura. Nella *Lex Silia de ponderibus publicis* era fra l'altro stabilita la misura per il volume del liquido nota come *amphora quadrantal* o soltanto *amphora,* che consisteva in ottanta libre di vino, uguale a un piede cubo (*amphora cubus*), approssimativamente 26 litri, divisa poi in minori unità di volume[16]. Il campione di anfora standardizzata era custodi-

---

[8] É. Jakab (2002), 195. Tra le opere sulla molto sofisticata archeologia sulle anfore si veda ad esempio: Martine Sciallano, Patricia Sibella, *Amphores, Comment les identifier*, Aix-en Provence, 1994; David Williams, David P. F. Peacock, *Amphorae and the Roman economy, an introductory guide*, Longman Archeology Series, New York 1994, K. D. White, *Farm Equipment of the Roman World, Cambridge University Press*, New York 1975, 109-110; J. Theodore Peña, *Roman Pottery in the Archeological Record*, Cambridge 2011; Jeremy Paterson, "Salvation from the Sea": Amphorae and Trade in the Roman West", *The Journal of the Roman Studies* 72/1982, 146-157; Brunella Bruno: „Le anfore da trasporto", *La ceramica e i materiali in età romana. Classi, produzioni, commerci e consumi* (a cura di Daniela Gandolfi), 2005, Istituto internazionale di studi liguri; Martin Archer, „Imports at Ostia in the Imperial Period and Late Antiquity: The Amphora Evidence from the Dai-Aaar Excavations", *Memoirs of the American Academy in Rome. Supplementary Volumes., The Maritime World of Ancient Rome*, 6/2008, 105-118; Clementina Panella, André Tchernia; „Agricultural Products Transported in Amphorae: Oil and Wine", *Ancient Economy* (ed. Walter Scheidel – Sitta von Reden), New York 2002, 173-189.

[9] Proculo (D.33.6.6 e 33.6.15), Pomponio (D.33.6.14) e Ulpiano (D.7.1.15.6).

[10] Proculo, citando Labeone e Trebazio (D.33.6.16pr).

[11] Ulpiano (D.7.1.15.6; 33.7.8pr) e Scevola (D.32.93.4).

[12] Plinius, *Nat. Hist*., 14.132.

[13] K. D. White, 115.

[14] Ulpiano, D.33.6.3.1.

[15] Ulpiano, D.33.6.3.

[16] *Ex ponderibus publicis, quibus hac tempestate populus oetier solet, uti coaequatur se dolo malo, uti quadrantal vini lxxx pondo siet; congius vini x pondo siet; vi sextari congius*

to nel Tempio del Giove sul Campidoglio[17]. Non per legge, ma probabilmente per consuetudine, erano state istituite le unità di misura corrispondenti a uno standardizzato *culleus* (20 anfore) e *urna* (mezza anfora).

In alcuni casi, il termine anfora era usato nelle fonti giuridiche nel senso di misura[18]. Ma l'anfora come semplice oggetto non doveva essere sempre di grandezza standardizzata, cosa che è confermata dai ritrovamenti archeologici di anfore romane di varia grandezza[19]. Le anfore romane, che non erano di volume standardizzato, portavano di solito iscrizioni con l'indicazione di volume o di peso[20]. Proculo osserva esplicitamente che il legato di vino nelle anfore (*vinum amphorarium)* includeva anche il vino nelle urne[21].

Quando allora, nel contratto di compravendita o in qualche altro negozio giuridico come il legato, si pensa, ad esempio, all'anfora di vino come quantità di vino imbottigliato in una anfora specifica e non ad una anfora come misura di vino venduto, il vaso veniva considerato corpo accessorio del vino o no? Si doveva restituire se non stipulato diversamente o no?

Il più antico testo, a noi giunto, su tale problema sembra essere un brano di Proculo, in cui egli cita Trebazio, il quale dice che, se il testatore abbia lasciato come legato il vino con i vassoi, ciò non comprende anche

---

*siet vini; duodequinquaginta sextari quadrantal siet vini; sextarius aequus aequo cum librario siet; sex decemque librari in modio sient. si quis magistratus adversus hac dolo malo pondera modiosque vasaque publica modica minora maiorave faxit iusseritve fieri, dolumve adduit, quod ea fiant, eum quis volet magistratus multare, dum minore parti familias taxat liceto; sive quis in sacrum iudicare voluerit, liceto.* Festus, *De verborum significatu, Publica pondera* (F.246).

[17] *Amphora fit cubus, quam non violare liceret, Sacravere Iovi Tarpeio in monte Quirites.* Priscianus, *Carm. de Mens. et Pond*. Si veda anche Cato, *De agricultura*, 57; Gellius , *Noctes Atticae*, 1.120; Maximin., 4. Della letteratura si veda ad esempio: William Smith, „Quadrantal", *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (ed. John Murray), London 1875.

[18] Nel periodo postclassico un certo numero delle anfore di vino può essere il mezzo di pagamanto (CT.14.4.4pr; CT.14.6.1). Nei testi classici troviamo le anfore come le unità della portata di lorda di una nave (D.14.2.10.2), unità di misura dal legato (D.5.1.38; D.31.8.2; D.33.5.2.3; D.33.6.2.1; D.33.6.3pr; D.33.6.5; D.33.6.13. D.45.1.83.5), dalla compravendita o stipulazione (D.18.6.1.1; D.18.6.5; D.45.1.74; D.45.1.75.2) e dalla estimazione del danno commesso da un furto (D.47.2.21.6; D.47.2.52.25).

[19] Vladimir F. Stolba, „Local Patterns of Trade in Wine and the Chronological Implications of Amphora Stamps", *Black Sea Studies* 6/2007, 149-159.

[20] Sui *tituli picti* si veda ad esempio: José Maria Blázquez Martinez, José Remesal Rodríguez, "*Estudios sobre el Monte Testaccio (Roma)*", Barcelona 2010, ed. Universidad de Barcelona, 41 e ss.

[21] D.33.6.16pr. PROCULUS libro tertio ex posterioribus Labeonis *Qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in amphoris omne. illud quoque vinum, quod in urnalibus fuisset, legatum esse Labeo et Trebatius responderunt.*

quello nei *dolia,* ma solo quello nelle anfore[22], perché, sostiene Trebazio, *dolia* non sono *vasa vinaria* in senso proprio. Proculo è d'accordo con Trebazio che i *dolia* non siano contenitori di vino *stricto sensu*. Inoltre, non solo Proculo è d'accordo con Trebazio sul fatto che, quando sia stato legato il vino con le anfore, spettino al legatario sia il vino, sia le stesse anfore, ma pensa anche che questa regola debba essere seguita pure quando i vassoi non siano esplicitamente menzionati, perché essi sono pertinenza del vino, sebbene la stessa regola non dovrebbe essere applicata ai *dolia*[23]. Sotto il termine *vasa vinaria* egli comprende allora soltanto quei contenitori in cui il vino viene imbottigliato per essere consumato in un periodo relativamente breve dopo l'apertura. *Dolia* non sono 'imballaggio' perché il vino non viene versato in essi per essere conservato fino all'uso ma per essere travasato nelle anfore[24].

In una cosa Proculo non è d'accordo con Trebazio: se nel testamento il vino viene legato con contenitori per il vino, egli crede che sia legato anche quello in cisterne (*dolia*), ma in questo caso solo il vino, non le stesse cisterne, il quale pensiero conferma anche un altro suo testo[25].

Anche se i compilatori di Giustiniano hanno accettato, come abbiamo visto prima, la definizione sabiniana secondo la quale *vasa vinaria* fossero tutti i contenitori del vino, gli altri frammenti che si occupano del problema della pertinenza dell'imballaggio al vino conservati nel Digesto sono proculeiani che, logicamente, in genere seguono la soluzione di Proculo, anche se con certe sfumature. Secondo Pomponio, contenitori quali anfore sono pertinenza del vino, ma non perché sono destinati a portare la roba al

[22] D.33.6.15 PROCULUS libro secundo epistularum *Vinum cum vasis legavit. negat Trebatius quod in doliis sit deberi et sensum testatoris alium putat esse, verborum alium: ceterum dolia in vasis vinariis non essent. ego et si dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem Trebatio vinum quod in doliis esset, id est quod in vasis non esset, non esse legatum. illud verum esse puto, cui vinum cum vasis legatum erit, ei amphoras cados, in quibus vina diffusa servamus, legatos esse: vinum enim in amphoras et cados hac mente diffundimus, ut in his sit, donec usus causa probetur, et scilicet id vendimus cum his amphoris et cadis: in dolia autem alia mente coicimus, scilicet ut ex his postea vel in amphoras et cados diffundamus vel sine ipsis doliis veneat.* Si veda Herbert Hausmaninger, „Zur Legatsinterpretation des Celsus", *Iura, rivista internazionale di diritto romano e antico (IVRA)*, 35/1984, 27; S. Zazzera, 349; N. Olszak, 371.

[23] M. M. Benitez Lopez, 112-114.

[24] Riccardo Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano II*, Padova 1969, 143.

[25] D.33.6.6 PROCULUS libro quinto epistularum *Cui vinum heres dare damnatus est, quod in amphoris et cadis diffusum est dari debet, etiamsi vasorum mentio facta non est. item quamvis cum vasis cadis legatum est, tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur, sicuti, si servos omnes cum peculio cuiusque eorum legasset, etiam eos, quibus peculii nihil esset, legasse videretur*. Si veda: S. Zazzera, 349.

consumatore, ma perché non sono riutilizzabili, cioè, usando il linguaggio moderno, non sono imballaggio 'da rendere' ma 'a perdere'[26].

Una soluzione simile troviamo nel suo contemporaneo Celso, in un testo citato da Ulpiano. Però, la spiegazione non si basa sul fatto che contenitori quali anfore siano pertinenza del vino per la loro natura, ma perché si presume la volontà del testatore che essi siano legati assieme al vino, perché ciò è usuale. Ulpiano è d'accordo, ma la motivazione è leggermente modificata: cisterne, soprattutto se fisse, non possono essere pertinenza del vino perché sono difficilmente mobili, ma botti possono essere pertinenza del vino perché si possono muovere. Ma, Ulpiano pensa che otri, non importa se grossi o piccoli, non possano essere considerati pertinenza del vino. Nel testo che ci è pervenuto non è conservata la spiegazione, ma è probabile che Ulpiano semplicemente abbia seguito la posizione di Celso, secondo la quale la soluzione del problema dipenda da che cosa è usuale nella prassi[27]. In ogni caso Ulpiano ha coerentemente seguito la idea che i contenitori per il vino immobili o difficilmente mobili siano pertinenza non del vino, ma del fondo (*instrumentum fundi*), come confermano molti testi[28].

---

[26] D.33.6.14 POMPONIUS libro sexto ad Sabinum *Vino legato ea demum vasa sequuntur, quae ita diffusa sunt, ut non ad perpetuum usum vasa reservarentur, veluti amphorae et cadi.* Sui dubbi sulla classicità del testo si veda: M. M. Benitez Lopez, 113.

[27] D.33.6.3.1 ULPIANUS libro vicesimo tertio ad Sabinum *Si vinum legatum sit, videamus, an cum vasis debeatur. et Celsus inquit vino legato, etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti (scyphorum forte vel speculi), sed quia credibile est mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras: et sic, inquit, loquimur habere non amphoras mille, ad mensuram vini referentes. in doliis non puto verum, ut vino legato et dolia debeantur, maxime si depressa in cella vinaria fuerint aut ea sunt, quae per magnitudinem difficile moventur. in cuppis autem sive cuppulis puto admittendum et ea deberi, nisi pari modo immobiles in agro velut instrumentum agri erant. vino legato utres non debebuntur: nec culleos quidem deberi dico;* D.7.1.15.6 ULPIANUS libro octavo decimo ad Sabinum *Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius condicionem faciat. de quibusdam plane dubitatur, si eum uti prohibeat, an iure id faciat: ut puta doleis, si forte fundi usus fructus sit legatus, et putant quidam, etsi defossa sint, uti prohibendum: idem et in seriis et in cuppis et in cadis et amphoris putant: idem et in specularibus, si domus usus fructus legetur. sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.* Per l'analisi di questi testi si veda: H. Hausmaninger, 26, 36, 38, 44; Paolo Maddalena, "'Accedere" e "cedere" nelle fonti classiche", *Labeo* 17/1971, 173, N. Olszak, 371; Bruce W. Frier, "Roman Law and the Wine trade: the Problem of "Vinegar Sold as Wine"", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte (ZSS). Rom. Abt*., 113/1983, 258; M. M. Benitez Lopez, 111-113 R. Yaron, 77.

[28] D.18.6.4.2 ULPIANUS libro vicesimo octavo ad Sabinum *Vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus. quod ita erit accipiendum, si adiectum tempus est: ceterum si non sit adiectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor. et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denuntiare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria,*

## 3. CONCLUSIONE

La soluzione del problema se i costi dell'imballaggio spettino al compratore o al venditore, se ciò non è stipulato nello stesso contratto, dovrebbe dipendere non tanto dalla questione se un'oggetto si possa intendere l'imballaggio nei sensi della definizione di questa nozione, ma più dalla soluzione della questione se l'imballaggio nel caso concreto può essere considerato corpo accessorio della cosa venduta o no**?**

Ciò perché, come abbiamo visto, il diritto romano non ha definito la nozione di *vasa vinaria* in un modo unico: per Trebazio le cisterne per il vino non sono *vasa vinaria*, mentre per Sabino lo sono; gli altri giureconsulti sembrano non essere interessati affatto alla definizione. Solo Trebazio usa la definizione per risolvere il problema, ma la sua soluzione non viene accettata dai giuristi posteriori. Oggi è ancora meno possibile trovare una definizione comunemente accettata di imballaggi, e se anche possibile tale definizione sarebbe tanto ampia da includere tutti i tipi d'imballaggi, per soddisfare le esigenze non soltanto del diritto commerciale ma anche del diritto ambientale, che non sarebbe più utile per risolvere il problema a chi spettino i costi dell'imballaggio nella compravendita.

---

*debet avehi vinum;* D.18.6.1.3 ULPIANUS libro vicesimo octavo ad Sabinum *Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est. effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: eapropter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori;* D.33.7.8pr. ULPIANUS libro vicesimo ad Sabinum *In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat....conservandi, quasi dolia, licet defossa non sint, et cuppae;* D.19.2.19.2 ULPIANUS libro trigesimo secundo ad edictum *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere. quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri. fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere. item aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare oportebit. haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit;* D.33.9.3.11 ULPIANUS libro vicesimo secundo ad Sabinum *Vasa quoque penuaria quin contineantur, nulla dubitatio est. Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus. nec frumenti nec leguminum thecae (arculae forte vel sportae) vel si qua alia sunt, quae horrei penuarii vel cellae penuariae instruendae gratia habentur, non continebuntur, sed ea sola continentur, sine quibus penus haberi non recte potest.*

Invece, la soluzione dovrebbe dipendere, come abbiamo detto, dalla questione se un oggetto considerato imballaggio è un pertinenza della cosa venduta o no**?** Sulla base di quanto detto sopra, crediamo che gli imballaggi siano pertinenza e quindi che le spese spettino al compratore, se non stipulato diversamente in modo esplicito nel contratto, quando:

1) vengano usati per portare la roba fino al consumatore finale perchè non sia aperta prima dell'uso (Proculo);

2) siano adatti per l'uso singolo o 'a perdere' (Pomponio);

3) la presunta volontà delle parti è che siano pertinenza della merce (Celso), perché ciò è usuale nel commercio (Ulpiano).

Rimane aperta la questione se le tre condizioni sovrascritte debbano essere richieste cumulativamente, o alternativamente.

## BIBLIOGRAFIA

### Letteratura

1. Archer, Martin, „Imports at Ostia in the Imperial Period and Late Antiquity: The Amphora Evidence from the Dai-Aaar Excavations", *Memoirs of the American Academy in Rome. Supplementary Volumes., The Maritime World of Ancient Rome*, 6/2008;
2. Arsić, Zoran, "Ambalaža – imovinskopravni i ekološkopravni aspekti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/47/2013;
3. Astolfi, Riccardo, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano II*, Padova 1969;
4. Benitez Lopez, Maria M., *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid 1994;
5. Blázquez Martinez, José Maria, José Remesal Rodríguez, "*Estudios sobre el Monte Testaccio (Roma)*", Barcelona 2010, ed. Universidad de Barcelona, 41 e ss;
6. Bruno, Brunella, „Le anfore da trasporto", *La ceramica e i materiali in età romana. Classi, produzioni, commerci e consumi* (a cura di Daniela Gandolfi), 2005, Istituto internazionale di studi liguri;
7. Casavola, Francesco, "Emptio pondere numero mensura", *Scritti giur. per il centenario della casa ed. Jovene*, 1954;
8. Cracco Ruggini, Lellia, "Roma e il vino norditalico", *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Roma 1998;
9. Frier, Bruce W., "Roman Law and the Wine trade: the Problem of "Vinegar Sold as Wine"", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte (ZSS). Rom. Abt.*, 113/1983;
10. Hanemaayer, Francien, „Loan of Wine", *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968;

11. Jakab, Éva, „Ein fundus cum instrumentu legatus und der „Verbliebene Wein": Scevola D.33.7.27.3", *ZSS* 119/2002;
12. Jakab, Éva, „Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein", *ZSS* 121/2004;
13. Jakab, Éva, „Vinum effundere in Ulp. D.18.6.1.3", *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)* 116/1999 (a) 71-111; Éva Jakab, "Garantee and Jars in Sales of Wine on Delivery", *Journal of Juristic Papyrology* 29/1999 (b);
14. Jakab, Éva, „Wo gärt der verkaufte Wein?" Zur Deutung der Weinleinferungskäufe in der graeco-ägyptischen Papyri", *Symposion 1997, Vortrage zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Weimar-Wien 2003;
15. Jakab, Éva, *Risikomanagement beim Weinferkauf, Periculum und praxis im Imperium Romanum*, München 2009;
16. Manfredini, Arrigo Diego, "Costantino la Tabernaria e il vino", *Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno, 1985*, Napoli 1988;
17. Marlier, Sabrina, Patricia Sibella, „La Giraglia, a dolia wreck of the 1st century BC from Corsica, France: Study of its hull remains", *International Journal of Nautical Archeology* 31.2/2002;.
18. Olszak, Norbert, „Emptio ad gustum: la vente à la dégustation de l'antiqité à l'article 1587 du Code civil", *TR* 58/1990;
19. Panella, Clementina – Tchernia, André, „Agricultural Products Transported in Amphorae: Oil and Wine", *Ancient Economy* (ed. Walter Scheidel – Sitta von Reden), New York 2002;
20. Paterson, Jeremy, "Salvation from the Sea": Amphorae and Trade in the Roman West", *The Journal of the Roman Studies* 72/1982;
21. Pennitz, Martin, „Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht", *Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis (TR)* 62/1994;
22. Sciallano, Martine - Sibella, Patricia, *Amphores, Comment les identifier*, Aix-en Provence, 1994;
23. Stolba, Vladimir F., „Local Patterns of Trade in Wine and the Chronological Implications of Amphora Stamps", *Black Sea Studies* 6/2007;
24. Van Oyen, Hester, „Acknowledgement of a debt concerning replacement of bad wine," *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968;
25. White, K. D., *Farm Equipment of the Roman World, Cambridge University Press*, New York 1975, 109-110; J. Theodore Peña, *Roman Pottery in the Archeological Record*, Cambridge 2011;
26. Williams, David – Peacock, David P. F., *Amphorae and the Roman economy, an introductory guide*, Longman Archeology Series, New York 1994;
27. Yaron, Reuven, "Sale of Wine", *Studies in the Roman Law of Sale [Dedicated to the memory of Francis de Zulueta]*, 1959;
28. Zazzera, Sergio, "Brevi note sul legato di vino", *Labeo* 18/1972;
29. Mckinlay, Arthur Patch, „Wine and the law in ancient times", *Studies Robinson* 2/1953, 858-867, Sam Eitrem, Leiv Amundsen, „Sale of Wine

on Delivery P. Osl. inv. no. 1440", *Eos 48.2 [Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae II]* 1957.

Fonti

1. Le fonti giuridiche romane in questo testo sono citate secondo l'archivio elettronico *BIA – Bibliotheca iuris antiqui.*

*Associated Professor Samir Aličić, LL.D.*

Faculty of Law, University of East Sarajevo
Faculty of Law, State University of Novi Pazar

## THE ISSUE OF PACKAGING COSTS IN THE SERBIAN LAW–A ROMANISTIC STANDPOINT

*Summary*

The paper focuses on the issue of packaging costs in modern Serbian and Roman law. While the general rules for the sale of goods, codified in 1954, specify that the seller must provide the package, neither the said piece of legislation nor the Law on Obligations stipulates who will bear the packaging costs if the sales agreement does not govern that matter. Current business practices have yet to develop a common approach to the problem. In order to point to potential principles on which to base a new doctrine for the solution of this problem, the author analyzes observations of the Roman jurists, the Proculeians for the most part, on issues such as whether the wine vessels (vasa vinaria) make an appurtenance of the wine and what are the criteria for making such a difference.

**Key words:** *Packaging; Appurtenance of things; Sale; Roman law, Serbia*.

*Проф. др Самир Аличић*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

Департман за правне науке Државног универзитета у Новом Пазару

## ПРОБЛЕМ ТРОШКОВА АМБАЛАЖИРАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ – ЈЕДАН РОМАНИСТИЧКИ ПОГЛЕД

*Сажетак*

Предмет истраживања је проблем трошкова амбалажирања у савременом српском и римском праву. Док су *Опште узансе за промет робом*, кодификоване 1954 године, установиле да је обавеза продавца да обезбеди амбалажу, нити оне нити *Закон о облигационим односима* не утврђују на кога падају трошкови амбалажирања у ситуацији када ово није утврђено самим купопродајним уговором. Ни савремена пракса није установила јединствени критеријум решења овог проблема. Са намером да укаже на могуће принципе на којима би се изградила једна нова доктрина за решење овог проблема, аутор анализира мишљења римских јуриспрудената, углавном прокулеанаца, о питању, у којим ситуацијама посуде за вино (*vasa vinaria*) представљају припадак вина а у којима не, и који су критеријуми за ову разлику?.

**Кључне речи:** *Амбалажа; Припадак ствари; Купопродаја; Римско право; Србија*.

UDC/УДК 347.9(37)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Prof. dr Giovanni Brandi Cordasco Salmena*

Già Docente di Diritto Romano Ellenistico presso l'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo" - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Collegio dei Dottori 1506); Docente di Diritto Romano Cristiano presso la Libera Università di Pistoia "San Gregorio Magno" - Facoltà Teologica (Corsi di Licenza Teologica); variamente incaricato per il diritto antico anche come Visitor Professor a Ginevra, Cuneo, Sarajevo East e Durazzo.

# «*IMPROBE LITIGARE*»: SULLE CONDOTTE NON COLLABORATIVE DELLE PARTI AVVERSARIE NEL PROCESSO PER *FORMULAS*

*Our knowledge about formulary system, confirms in a more general perspective, the intrinsic cooperation between the parties as a typical feature of a procedural model. As a mechanism of private nature, characterized (on the same level and in continuity with the most ancient proceedings) by an essential centrality of the parties' initiative, the formulary procedure is based on the need to guarantee its performance even in the face of any conduct existing by the parties to the contrary (in favor of their own individual interest). In this context a deep reading of the phenomenon can only refer to its object and its own ends: 1) to the subject matter, because there is no need to examine a single institution or a coordinated set of procedural rules but a wider reality which, with a modern lexicon, could be defined as "procedural economy": in other words the effective collaboration of the competitors in favor of the useful development of the judgment and its purposes (centrality of the party initiative; absence of public mechanisms of direct coercion; overlap between action and substantial claim and so on); 2) for the achievement of its purposes, because it is not necessary to innovate the knowledge already acquired about the form or the development of the formulary procedure, but rather (and more simply), to examine certain profiles of its discipline from a different perspective, highlighting the different remedies provided to protect the fundamental need for cooperation of the parties and the regularity of the judgment; regardless of whether they are expressly identified or indirectly perform the same function without being openly linked to it. It is of great interest to examine the*

Giovanni Brandi Cordasco Salmena, *g.brandicordasco@libero.it - giovanni.brandi@uni.urb.it*

*tools set up to guarantee the regularity and effectiveness of the judgment through three phases: the first phase, required the procedure relationship and the introduction of the dispute; during the second, the exercise of the judicial claim with the formulation of the intentio, in the third phase, the concrete implementation of the procedural claim recognized as founded. Similarly, it is of great interest to examine a series of institutes, not attributable to one of the moments thus identified but referred by the sources to the specific function of ensuring a certain coherence between the behavior of the parties and the purposes of the trial. All with a twofold objective: on the one hand, that of verifying whether and to what extent these additional tools are suitable for preventing or repressing the distorting behavior of litigants (dilatory, obstructive, opportunistic and others); on the other hand, that of verifying whether the basis of the same can be found functional constants capable of justifying in the formulary system, a cooperative criterion aimed at the regularity and efficiency of the proceeding, pursued in a logical and constant form.*

**Key words:** Formulaic trial; *Poenae temere litigantium*; Non cooperative behavior.

## 1. PREMESSA

Già da tempo è capitato di imbattermi nelle conseguenze processuali della mancata collaborazione del convenuto; trattando nello specifico il rifiuto del fallendo di *accipere iudicium* durante l'imponente procedura in cui si consuma la *bonorum venditio*, ho dovuto convenire che, stante la natura contrattuale della *litis contestatio*[1], ma credo che lo stesso

[1] In una tale prospettiva non si trovano che tracce nella letteratura generale sul processo, per lo più nei termini di un qualche riferimento all'importanza della collaborazione del convenuto nella conclusione della *litis contestatio* o nella trattazione *ex professo* di particolari istituti o momenti del rito, come nel caso dell'*indefensio* o della fase *in iure*. Cfr. per qualche richiamo G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica dei processi romani - A proposito di J.M. Kelly, Roman Litigation*, in *RIDA* 35 (1967), pp. 291 ss. Com'è noto sulla natura della *litis contestatio* regna un vivace dibattito che si protrae inesausto almeno dalla fine del secolo scorso: delle due posizioni principali, quella riconducibile a Wlassak e quella più recente che fa capo a Kaser, la seconda appare più fondata (cfr. M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozeß Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Prof. Windscheid*), Leipzig, 1889, pp. 53 ss.; Kaser si è espresso sul punto diverse volte fra cui, per prima, in M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, pp. 15 ss. e 191 ss.; ma per certi versi la sua idea è già in alcuni studi di Luzzatto – cfr. G. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS* 73 (1956), pp. 29 ss. e, più compiutamente, *Procedura civile romana*, I, Bologna, 1946, pp. 92-106 e di Jhering – cfr. R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*[5] I, Leipzig, 1891, pp. 118 ss.). Il processo per *legis actiones* non deriverebbe, come nell'ipotesi wlassakiana, da una generalizzazione dell'arbitrato privato ma dall'istituzionalizzazione di un controllo pubblico delle più antiche espressioni dell'autotutela. La forma più remota, in altri termini, non sarebbe altro che il risultato di una disciplina limitativa degli strumenti di autodifesa; il tutto secondo un'evoluzione che, in sostanziale continuità con la realtà precedente, sarebbe proseguita in età formulare ancorché

ragionamento possa estendersi agli schemi precedenti, il ruolo dei litiganti non dovette prescindere da criteri oggettivi di cooperazione, indispensabili sia per la celebrazione del processo in se, sia per la sua efficienza in termini che oggi analizzeremmo come di «economia dei mezzi giuridici»[2]. Diversamente si è fatto ricorso a mezzi di coazione, volti ad assicurare, più o

nel contesto di una progressiva accentuazione dell'elemento pubblicistico, vale a dire di una crescente centralità del ruolo del pretore nella direzione del processo. Anche in quest'ottica di relativo consolidamento delle opinioni dottrinali, residuano profonde incertezze per quanto concerne i singoli punti: sia per quanto riguarda l'esatta qualificazione della *litis contestatio* come momento fondamentale del processo, sia con riguardo alle ragioni storiche su cui si fonda la bipartizione dello stesso. Appare quindi tutt'altro che irragionevole il suggerimento di Luzzatto di rinunciare a una ricostruzione precisa circa le origini storiche del processo romano per limitarsi all'esame della sua struttura essenziale, ossia concentrandosi sui caratteri portanti del suo sviluppo. A ben vedere, in effetti, le due posizioni richiamate e le loro varianti non risultano radicalmente inconciliabili, poiché vi è almeno un elemento su cui concordano: la struttura privatistica. Se si rinuncia a una concezione rigidamente monistica e si accetta che il problema delle origini rimanga almeno in parte irrisolto, ci si avvede che questo peculiare aspetto del processo (e in ispecie di quello formulare) emerge con chiarezza in entrambe le prospettive; e si manifesta con altrettanta evidenza nella sua struttura interna ed in tutti i fondamentali snodi del suo funzionamento. Se ne ricava l'immagine di un rito dominato dall'iniziativa privata in ogni sua fase: da quella preliminare dell'introduzione del giudizio, la cui attuazione è rimessa fino a tutta l'epoca classica, all'attività dell'attore non assistita dalla forza pubblica, fino a quella conclusiva della decisione della lite, normalmente affidata ad un giudice privato scelto dalle parti in concorso tra loro; ma soprattutto del momento imprescindibile della *litis contestatio*, la quale, a prescindere dalle controversie anzidette, presuppone in ogni caso l'accordo sulla materia del contendere per delimitare la formula cui il giudice risulta vincolato). Si tratta di un processo delle parti in cui tanto la definizione del *thema decidendum* quanto lo svolgimento del rito e la sua prosecuzione dipendono dalla volontà dei contendenti, tanto è che i testi vi si esprimono in termini di *agere* (o *litem contestari*) *cum aliquo*, e non - significativamente - *adversus* o *contra aliquem*, implicando, com'è evidente, un agire processuale condiviso.

[2] Dei due aspetti dell'economia processuale che si profilano, uno esterno derivante dalla semplificazione formale del rito con un'adeguata organizzazione dei suoi passaggi necessari, e l'altro interno che presuppone la collaborazione di tutti gli agenti alla sua efficienza, è il secondo quello di gran lunga più problematico da promuovere, in quanto la sua soddisfazione impone di intervenire, direttamente o indirettamente, sulla stessa libertà di agire di coloro che vi partecipano. Un obiettivo tanto più arduo da raggiungere poiché suppone il superamento dell'idea tradizionale che il processo costituisca, per sua stessa natura, il luogo di antitesi tra le condotte delle parti, così che la sua efficienza e l'attuazione dei suoi scopi sarebbero sufficientemente garantiti dalla previsione di regole precise che governano la strategia di cui ciascun contendente potrebbe tuttavia servirsi nel modo più congeniale all'attuazione di particolari interessi. Naturalmente, una rigorosa disciplina della dinamica processuale (che eviti, tra l'altro, l'inutile moltiplicazione delle azioni e garantisca l'ordinata successione delle fasi) è condizione per un giudizio rapido, efficiente e fedele ai propri scopi ma da sola non è sufficiente ad assicurare la migliore realizzazione del processo quale attività collettiva, occorrendo a tal fine anche un giusto grado di lealtà e cooperazione tra i suoi singoli agenti. La questione è quanto mai attuale; per qualche riferimento in chiave moderna nei termini di una giustizia attribuita alla disponibilità delle parti, trovo di molto interesse un recente studio di Mauro Bove (cfr. M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2021).

meno indirettamente, lo stesso risultato: nel caso specifico, alla *missio in bona* (testimoniata nelle fonti dalla contrapposizione concettuale tra la situazione neutrale corrispondente all'*absentia* e quella fraudolenta, qualificata nei termini della *latitatio*) con tutte le sue gravi conseguenze[3].

Nel prosieguo, per effetto delle innovazioni pretorie, accompagnate dalla speculazione dei *prudentes*, si è assistito a una progressiva trasformazione dei rimedi civilistici, sicché alle sanzioni sulla persona si sono affiancati più moderati strumenti volti alla repressione della non comparizione del *vocatus* e incentrati piuttosto sull'esecuzione patrimoniale.

Più in generale, la dottrina non è però riuscita ad individuare fra le fonti, la portata di regole che avrebbero disciplinato sistematicamente una corretta deontologia ai fini di un efficace svolgimento del giudizio[4]; non a caso il problema si pone con maggiore evidenza proprio nell'ambito della procedura formulare, sulla quale, da questo punto di vista, si è fermata di recente Laura d'Amati[5], riflettendovi quale schema rivolto all'iniziativa

[3] Cfr. E CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946; ID., *Ancora sull'origine della "bonorum venditio"*, in *SDHI* 10 (1944), pp. 302 ss.; ID., *Per un'ipotesi sull'origine della "bonorum venditio"*, in *SDHI* 4 (1938), pp. 429 ss.; ID., *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milano,1934; J. BÖHM, *Die missio in bona cum effectu venditionis*, in *Jur. Diss*., Berlin, 1908.

[4] Cfr. per tutti di recente S. ROMEO, *Il Giudice e il diritto. Considerazioni sul ruolo del iudex privatus nel processo formulare*, Napoli, 2023; F. ARCARIA, *Il 'dovere di verità'. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *TSDP* (2019), pp. 11 ss.

[5] La studiosa ha dedicato al tema una particolare cura, cogliendo nella distinzione tra *indefensio*, *absentia* e *latitatio* il diverso carattere del rifiuto a collaborare (soprattutto da parte del convenuto) nonché la successiva automatizzazione della contumacia. Da qui l'interessate rilievo circa la necessità, nel processo *per formulas*, della presenza fattiva delle parti *in iure*, non essendo concepita, per la stessa struttura del rito, una comparizione meramente passiva, per la quale, ad esempio, il convenuto, dopo essere concretamente intervenuto, non fa e non dice nulla: la riprova è nelle pesanti sanzioni con le quali sono costrette la *vocatio* e la difesa *uti oportet* anche attraverso l'individuazione dei criteri utili a stabilire se l'interessato *vel per se vel per alium, recte defendi* o è da considerare *indefensus*. Il discorso vale sia nelle *actiones in personam* che nelle *actiones in rem*: come osserva Giovanni Nicosia, nella nota di presentazione a L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare. 'Indefensio', 'Absentia' e 'Latitatio'*, Napoli, 2016, il chiamato con la sua posizione più vantaggiosa perde anche il possesso (*cogere actionem suscipere; cogem iudicium accipere; actionem pati debere*). All'esito del *iudicium* chi sia stato condannato è tenuto ad eseguire il giudicato, *iudicatum facere*, intendendosi con la locuzione *litem deserere* l'abbandono della lite, rilevando anche a tal proposito la mancata collaborazione dell'inottemperante. Cfr. anche L. D'AMATI., *"Litem deserere"* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2012, pp. 178 ss., soprattutto nt. 16; ID., *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *"Actio in rem" e "actio in personam": in ricordo di Mario Talamanca*, Padova, 2011, pp. 855 ss.; ID., *Curator bonorum, una rilettura* in *BIDR* 94-95 (1991-1992), pp. 440-448 (F. ARCARIA, *Rassegna. Curator bonorum una rilettura*, in *I URA* 43 (1992), pp. 348-355). Cfr. di recente anche F. COSTABILE-R. LAURENDI, *Le origini del processo formulare dopo la scoper-*

delle parti ma forse estraneo, nello stesso tempo, a meccanismi pubblici di coazione diretta contro il litigante, in particolare del convenuto, temerario.

Allo stesso modo circoscriverò queste brevi considerazioni nel dato periodo, di cui le *formulae* ne rappresentano il diaframma, escludendo sia la realtà del processo più antico sia quella delle *cognitiones extra ordinem* e della loro evoluzione giustinianea[6]. Concentrerò la tipologia dei comportamenti esaminati sulle condotte disfunzionali all'economia del giudizio per causa di una delle parti (attore e convenuto), trascurando, quindi, quelle poste in essere da altri soggetti che prendono parte alla celebrazione dello stesso (ossia – in particolare – del magistrato giusdicente o del giudice privato). La collaborazione di questi ultimi è essenziale quanto quella dei litiganti, ma è da loro che nel processo formulare dipende l'instaurazione del giudizio: è dunque a loro che devono rivolgersi i mezzi capaci di incentivare la cooperazione processuale o, viceversa, la repres-

*ta della Formula di Mucio Scevola*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 26, Roma, 2022, pp. 55 ss.

[6] Ciò non solo perché la maggior parte delle testimonianze si riferiscono al processo formulare ma soprattutto perché è in questo sistema che la natura collaborativa del processo assume il suo esempio più compiuto. A partire dal nucleo originario delle *legis actiones* si assiste ad un progressivo perfezionamento dei rimedi già esistenti a garanzia della cooperazione degli avversari, specie sotto l'impulso del nuovo ruolo assunto dal pretore quale organo di coordinamento indiretto dell'attività processuale. Solo con l'emersione delle cognizioni straordinarie muterà il paradigma giudiziale, sostituendosi alla dialettica dei litiganti (sotto l'egida del magistrato) un intervento pubblico sempre più ampio, volto ad attuare la regolarità del processo in forma puramente coattiva. Cfr. per tutti G. PROVERA, *Diritto ed azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi Biscardi*, 6, Milano, 1983, pp. 325 ss.; ID., *Indefensio e legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *Studi G. Grosso*, 6, Torino, 1974, pp. 207-231; ID., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970 p. 5. Cfr. anche ID., *Actiones contrariae e sistema contrattuale romano*, in *LABEO* (1955), pp. 356 ss.; ID., *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, 1953; ID., *Contributi alla teoria dei Iudicia contraria*, Torino, 1951. Sul ruolo del pretore nella creazione e nella diversificazione dei rimedi posti a tutela della regolarità del giudizio cfr. I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984. Nel senso della peculiare rilevanza dei rimedi volti ad assicurare la correttezza delle parti nel processo formulare cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, pp. 183 ss., i quali ritengono che l'intervento del magistrato non si sia fondato sempre su situazioni già riconosciute dal diritto civile. In verità non può tacersi che l'insegnamento comune di un processo civile romano di natura esclusivamente privatistica, nelle prime due fasi, per il quale l'autorità pubblica del re, del pretore o di altro magistrato giusdicente si sia limitato ad una funzione di controllo procedurale, si è parzialmente smarrito. Per una sintesi sulla consistente letteratura in materia rinvio integralmente a C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, in *INDEX* 41 (2013), pp. 455 ss.; ulteriori riferimenti in R. FERCIA, *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in *Diritto@Storia* 10 (2011-2012); S. SCIORTINO, *Denegare actionem, decretum, intercessio*, in *AUPA* 40 (2012), pp. 674 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004 e A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, pp. 153 ss.

sione di ogni ostruzionismo o inerzia[7]. Il che non significa che - nello schema del processo *per formulas* - mancassero forme di garanzia anche a fronte di eventuali atteggiamenti anomali del pretore o del giudice, posto che le fonti testimoniano al contrario l'esistenza di dispositivi capaci di colpirne l'opportunismo o le illecite dilazioni (è il caso, ad esempio, delle pene processuali contro il *iudex qui litem suam fecit* e dell'*edictum de retorsionibus*)[8].

Nessun riferimento si rinviene nella letteratura sulla questione di un'eventuale economia del giudizio e dei suoi mezzi, anch'essi funzionali ad una più efficiente amministrazione del dato processuale: il tema sarà apparso incapace di offrire indicazioni rilevanti[9]; né tantomeno sulla

[7] Il minor peso della cooperazione tra le parti (e delle sue garanzie) nelle *cognitiones extra ordinem* è una diretta conseguenza della connotazione pubblicistica di cui ho già detto. È evidente che il ruolo preminente assunto in quel sistema dall'autorità giudiziaria, e che avrebbe trovato definitivo compimento nella procedura postclassica e giustinianea, priva in larga parte di rilevanza il problema generale di assicurare la disponibilità delle parti di sottoporsi al giudizio. Sulle origini e i caratteri del processo straordinario cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., spec. pp. 472 ss., cui rinvio nuovamente.

[8] Cfr. O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino, 1999, soprattutto pp. 50 ss. Nell'ambito dei meccanismi a cui appare astrattamente attribuibile una funzione di garanzia dell'economia del processo (o comunque di repressione delle condotte sleali), si è operata una cernita a seconda della loro più o meno diretta riconducibilità alla vicenda processuale, con l'estromissione di quelli che, pur reprimendo più o meno efficacemente comportamenti contrari alla regolarità del giudizio, non operano direttamente al suo interno ma si atteggiano quali spinte separate; in tal modo essi incidono non soltanto a posteriori sulla validità della sentenza: è questo il caso di talune applicazioni della «*restitutio in integrum*» e della «*revocatio in duplum*» con cui si tese a far valere, già nelle *formulae*, l'iniquità della pronuncia del giudice in seguito all'emersione di elementi di parzialità ed ingiustizia della decisione. Cfr. C. MASI DORIA, *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Napoli, 2015; V. GIODICE SABBATELLI, *Giuristi poteri istituzionali. Scritti di diritto romano*, Bari 2013; ID., *'Fideicommissorum persecutio'. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, pp. 157 ss.; C. MASI DORIA, C. CASCIONE (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo: prospettive costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002.

[9] È del resto innegabile che la nozione di «economia del processo» come sopra tratteggiata costituisca un prodotto della riflessione processualistica moderna (cfr. M. BOVE, *op. cit.*, pp. 21 ss.) e risulti estranea al patrimonio dogmatico della giurisprudenza romana (anche se non è mancato il tentativo dottrinale di individuare le premesse di un'elaborazione teorica a questo riguardo già nella legislazione imperiale e nell'ordinamento postclassico e giustinianeo). Ciò non significa che al diritto romano debba considerarsi del tutto estranea - oltre la nozione - anche la logica sottesa a questa figura concettuale: un conto è confutare che l'esigenza di assicurare un'adeguata cooperazione tra le parti si sia tradotta in un principio formale ed espressamente teorizzato; altro conto è negare che la medesima esigenza possa essere emersa, sebbene in embrione, anche all'interno di quel sistema, manifestandosi caso per caso quale criterio di valutazione in concreto delle condotte avversarie.

pretesa storica di una dottrina dell'abuso nel diritto e nel processo stesso[10]. Gli spazi di questo contributo non avrebbero permesso comunque di occuparmene adeguatamente.

[10] Anche la dottrina dell'abuso (del diritto e del processo) è estranea all'esperienza romana. Per quanto alcuni abbiano tentato di identificarne le radici nel diritto giustinianeo, se non addirittura in quello classico, credo che se ne possa parlare solo in termini moderni, i quali presuppongono il riconoscimento della libertà dell'individuo ed una portata assoluta dei diritti soggettivi di cui l'abuso stesso è limite estrinseco. Anche a questo proposito è interessante l'apporto dedicato al tema da Chiara Buzzacchi (cfr. C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002), il quale però si risolve in un progetto ambizioso che non sana le perplessità che già affaticano le riflessioni di Salvatore Riccobono (cfr. S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *BIDR* 46 [1939], pp. 1-49) circa una possibile origine premoderna della figura, che sarebbe invalsa nel diritto comune attraverso l'elaborazione postclassica e giustinianea. In verità nel sistema romano, diversamente che negli attuali ordinamenti continentali, non si profila una dicotomia netta tra la titolarità formale di una situazione giuridica ed il suo concreto esercizio. L'esperienza classica non consente di individuare posizioni giuridiche autonome suscettibili di essere abusate. Né mutano il senso del discorso quelle testimonianze delle fonti che sembrerebbero giustificare una lettura di questo tipo (come i ben noti passi in cui si afferma che «*male enim nostro iure uti non debemus*» e che «*non omne quod licet honestum est*» (cfr. G. POLARA, *Gai 4.9: Alle radici del principio "adversus infitiantes in duplum agimus",* in *Studi Nicosia*, 6, Milano, 2007, pp. 195 ss., pp. 247 e 251 ss.), in quanto sia queste che le altre da cui si sarebbe tratto l'opposto principio della piena assolutezza dei diritti, tradizionalmente riassunte con la massima «*qui suo iure utitur neminem laedit*» con le molteplici varianti (cfr. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo civile romano*, Torino, 1982, p. 39, ma un'analoga conclusione può ritenersi sottesa anche alla sintesi di B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, 2, Palermo, 1994) sono a ben vedere circoscritte ai relativi settori, volti alla naturale compresenza tra un'istanza di effettiva tutela delle facoltà soggettive e la tendenza a delimitarne l'impiego entro confini ragionevoli (cfr. A. GAMBARO, *Abuso del diritto. Diritto comparato e straniero, in Enc. Dir*. 1 (1988), Roma, p. 6). Rinvio per ogni approfondimento alle pagine di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, 1999 specialmente pp. 6 ss. e pp. 25 ss. [già pubblicato nell'*Annuario comparato di Studi Legislativi*, 16 (1941) e in *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979] e con esse a quelle della dottrina maggioritaria: L. JOSSERAND, *De l'ésprit des droits et de leur relativité, Théorie dit de l'abus de droit*, 2, Paris, 1939; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ*. 15 (1923), pp. 105 ss.; P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Riv. Dir. Civ.* 3 (1911), pp. 517-561; S. PEROZZI, *Il divieto di atti d'emulazione e il regime giustinianeo delle acque private*, in *Arch. Giur*., 53 (1894), pp. 350 ss.; V. SCIALOJA, sub *voce «Aemulatio»*, in *Enc. Dir*., 1 (1892), Milano, pp. 426 s.; ID., *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro It*., 1878, c. 481 s., e più recentemente F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Milano, 2000, I - *Presupposti storici* - pp. 52-53. Per rilievi più ampi in un senso o nell'altro cfr. U. BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, 1, Bologna, 1954, pp. 9 ss. Ciò anche in reazione alle posizioni critiche di alcuni autori che, persino recentemente, hanno messo in dubbio il reale grado di efficacia degli strumenti atti a prevenire o contenere gli impulsi egoistici di una delle parti (di regola quella fisicamente o economicamente più forte). Tale è, ad esempio, la conclusione cui perviene, in special modo, J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, il quale riconduce i limiti delle sanzioni contro la parte renitente principalmente all'assenza, nel diritto romano classico, di mezzi di

Comunque sia con l'avvento del processo formulare, a partire dal nucleo originario delle *legis actiones*, si è assistito - per molti aspetti - ad un'evoluzione dei rimedi già esistenti a garanzia della cooperazione delle parti nello svolgimento del giudizio, specie sotto l'impulso del nuovo ruolo assunto dal pretore quale organo di coordinamento e di controllo indiretto sull'attività delle stesse. Questa situazione si è mantenuta pressoché costante fino all'emersione delle cognizioni straordinarie, quando si radicò un deciso mutamento del paradigma processuale, sostituendosi alla vivace dialettica dei litiganti (sotto il controllo del magistrato) l'intervento sempre più pervasivo dello Stato nelle vesti del giudice unico, con la conseguenza che le tutele a favore della collaborazione spontanea degli avversari si affievolirono dinanzi all'ingerenza diretta dell'autorità giudiziaria.

Fino ad allora gli strumenti predisposti contro le eventuali distorsioni, le dilazioni, gli ostruzionisti o i semplici opportunismi, si sono collocati in tre momenti fondamentali del processo: 1) la fase costitutiva del rapporto e dell'introduzione giudiziale; 2) quella dell'esercizio della pretesa con la

---

coazione pubblica paragonabili a quelli esistenti negli ordinamenti processuali moderni. Tuttavia il fatto che molti dei richiamati rimedi operassero su di un piano privatistico e non ricevessero dall'autorità che una sanzione indiretta, riflette semplicemente un'impostazione tutta romana e non significa che essi non fossero in grado di assicurare una reale tutela all'effettività del giudizio né che le sue finalità di equità e giustizia ne rimanessero frustrate. Muovono da queste premesse G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 35 (1967), pp. 291 ss. e, da ultimo, I. BUTI, *Il praetor*, cit. p. 262. In un senso parzialmente conforme alle tesi di Kelly si esprime invece P.G. MONATERI, *Gaio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della tradizione giuridica occidentale*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 9 (2003), pp. 58 ss., sul quale ritorna, in termini critici, G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, 10 (2007), pp. 1057 ss. Comunque sia mi sembra che la stessa varietà dei rimedi azionati contro i litiganti temerari contraddica l'assunto negativo, offrendo per contro una significativa conferma dell'importanza riconosciuta al problema nell'ordinamento giuridico classico, la quale si traduce nella previsione di un sistema diversificato di reazioni processuali in grado di adattarsi alle diverse situazioni patologiche determinate dal comportamento refrattario di uno dei contendenti. Un'ulteriore ragione per rinunciare in questa sede alla dogmatica dell'abuso risiede nell'evanescenza che tale nozione manifesta negli stessi ordinamenti che la accolgono: il concetto è stato oggetto, fin dalla sua origine, di una teorizzazione insoddisfacente e tutt'altro che omogenea. Nel diritto tedesco (§§ 226 e 242 BGB) ed in quello austriaco (§ 1295 ABGB) si impiegano alternativamente le nozioni di "*Rechtsmissbrauch*" e di "*Schikaneverbot*". Anche in questi ordinamenti, infatti, il trasferimento della figura dal piano sostanziale (dove si atteggia come una derivazione della clausola generale di buona fede e correttezza) a quello processuale delle relazioni tra le parti ha dato luogo a non pochi problemi, conducendo a risultati incerti e dibattuti. A riprova di quanto detto potrebbe addursi che l'abuso del diritto e del processo non è parimenti riconosciuto negli ordinamenti di *common law* in cui non vi è dissociazione fra i due piani del diritto sostanziale e di quello processuale.

formulazione dell'*intentio*; 3) quella dell'attuazione concreta del *petitum* riconosciuto fondato[11].

La *formula* coglie l'idea di una necessaria «unitarietà» processuale quale risultato delle condotte dei singoli agenti che vi partecipano (giudice, attore e convenuto), sottolineata anche sintatticamente attraverso la contrapposizione tra il *iudicium* inteso come unico *actus* e la pluralità delle *personae* che concorrono a formarlo «*actus trium personarum*»: le attività dei soggetti che prendono parte al processo, seppure autonome e funzionali ciascuna a risultati differenti, confluiscono in un medesimo contenitore e sono da ritenersi parimenti necessarie ai fini della definizione di un unico oggetto. Diversamente, difettando l'agire di più soggetti nell'ambito di un contesto unitario, non vi sarebbe processo nel senso proprio del termine ma una sequenza di atti tra loro disgiunti, tutt'al più legati da un rapporto, più o meno profondo, di presupposizione temporale. La stessa glossa di Bulgaro[12] non manca di risaltare come ciascuna delle attività processuali, indi-

[11] Nella sua breviloquenza, l'aforisma di Bulgaro tramandato dalla Glossa è divenuto nel tempo uno dei luoghi più frequentati della letteratura sul processo, al punto che lo si trova richiamato tanto nella dottrina processualcivilistica quanto nell'opera di chi si è invece occupato in maniera specifica del procedimento penale. Le ragioni di una così ampia fortuna non risiedono nel significato letterale, e invero pedissequo, delle parole del giurista (le quali non affermano che al processo partecipano di regola determinati soggetti con ruoli distinti) ma nella capacità della formula di cristallizzare efficacemente ciò che caratterizza il fenomeno processuale nella sua autentica essenza. Come hanno intuito gli interpreti più attenti, dietro l'apparente banalità, dell'espressione si cela la coerente identificazione - a livello teorico - di alcuni tra gli elementi che maggiormente concorrono a qualificare il processo nel suo concreto funzionamento, realizzandosi in ciò un obiettivo di sintesi e di inquadramento sistematico che la dottrina moderna, pur impegnata nel costante tentativo di descrivere il giudizio in una prospettiva unitaria, ha non di rado faticato o rinunciato a conseguire. V. Bulgarus, *Apparatus De regulis iuris*, XV sec., Erlangen, Universitätsbibliothek, Erlangen-Nürberg- Handschriften, 515; *Apparatus De regulis iuris*, XIII sec., Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, Fondo Palatino, Pal. Lat. 678, ff.83-84; *Additione Placentini*, XIII sec., Valenciennes, Bibliothèque Inguimbrtine, Fonds général, MS 170 (antea 172), ff. IIra-rb. 53va-70rb; *Glossae ad Authenticum*, XIII sec., München, Bayerische Staatsbibliothek, Codices latini monacenses, Clm 3509, ff. 45-199; *Versus a C.2.13.14, Commentum De regulis iuris*, XII-XIII sec., Leipzig, Universitätsbibliothek, Hand schriften, Ms 883, f. 27rb199ra-201rb; *Materia Institutionum*, XII-XIII sec., London, British Library, Royal MS, Royal MS 15B IV, f. 104r; *Ordo iudiciarius*, XII sec., Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, Fondo Vaticano latino, Vat. Lat. 8782, ff. 94va-95 v.

[12] La forma sintetica «*Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*» è dedotta dal noto trattatello *De iudiciis* (1135-1140) per il quale rinvio a P. LANDAU, *Bulgarus in Pisa*, in *Honor alit Artes*, Firenze, 2014, pp. 216 ss. Nella medesima ottica, sia pur con minore frequenza, è spesso richiamato anche un passo della *Summa de libellis et conceptione libellorum et sententiarum* di Bernardo da Dorna (ca. 1215): «*In causa civili, exiguntur tres personae scilicet actoris et rei et judicis, ita criminalibus tres exiguntur scilicet accusantis, accusati et judicis*». Per approfondimenti sulle emersioni intermedie cfr. M. VALLERANI, *Giustizia e documentazione a Bologna in età comunale (secoli XIII-XIV)*, in *La*

viduate quali componenti dell'«*actus*», si collochi rispetto alle altre in un rapporto di reciproca integrazione. Vi emerge il tratto di una sequenza ordinata di comportamenti attraverso la quale si sviluppa il giudizio (affermazione della pretesa azionata; opposizione alla stessa; attività giudicante sulla fondatezza delle ragioni di entrambe le parti): *iudicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis. Actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis*.

L'aforisma rimanda ad un ulteriore elemento che qualifica il rito, ovvero che alla fisiologia del giudizio quale attività congiunta di almeno tre soggetti, sia coessenziale la presenza simultanea di ciascuno di essi: l'evenienza risulta implicitamente specificata come imprescindibile («*ad minus*») affinché possa effettivamente riconoscersi l'esistenza di un processo. Dal che consegue che l'assenza – originaria o sopravvenuta – di uno soltanto dei soggetti individuati, faccia venire meno al tempo stesso anche le condizioni necessarie per l'instaurazione (o la prosecuzione) del rapporto secondo il suo corso ordinario[13]. Insomma, dal testo di Bulgaro può trarsi pacificamente che la cooperazione tra le parti del processo sia un fondamentale criterio organizzativo del relativo meccanismo. Se si tratta di una «*serie ordinata e coordinata di atti*» ciò che emerge è un'immagine

*documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo medioveale e moderna*, 1-2, Roma, 2012, pp. 275-314.

[13] Nella definizione attribuita al discepolo di Irnerio, la processualistica moderna ha così voluto riconoscere l'enunciazione *ante litteram* di molti principi in cui si identifica attualmente l'ossatura della disciplina del processo. Primi fra tutti quelli del contraddittorio e del «giusto processo» (nel senso generico dell'equo trattamento delle parti in sede processuale), dei quali si è voluta leggere nella formula del giurista - con la sua enfasi sulla necessaria compresenza dei tre soggetti sulla scena - una sorta di anticipazione storica del valore attribuito dai moderni ordinamenti alla garanzia di una dialettica paritaria tra le parti e tra queste ultime e il giudice, in cui si identifica da parte dei più il contenuto minimo della garanzia del contraddittorio. Nelle stesse parole si intravedono tuttavia, per altro verso, anche l'immagine della fondamentale unitarietà del rapporto processuale come frutto dell'attività congiunta dei suoi diversi soggetti, ricollegandone l'assunto all'idea di fondo secondo la quale, il presupposto imprescindibile per l'instaurazione del giudizio è l'interazione di almeno tre soggetti in posizioni distinte ed investiti di funzioni reciprocamente condizionate: «*actus trium personarum*», dunque, anche nel senso soggettivo di rapporto giuridico processuale (per lo meno) trilatero. Non è infine mancata - nella dottrina contemporanea - la tendenza a ricercare nell'aforisma di Bulgaro la giustificazione concettuale della preferenza accordata - specie nei moderni sistemi di procedura penale - al modello processuale di natura accusatoria (fondato cioè sulla dialettica delle parti) in contrapposizione a quello - di tipo inquisitorio - che attribuisce un ruolo preminente ai poteri esercitati dall'autorità giudiziaria. In questo senso, il riferimento ai compiti distinti delle parti e al ruolo del giudice come «medio» tra le stesse andrebbe interpretato come un incisivo richiamo all'esigenza che il processo si svolga in ogni caso su iniziativa dei privati e delle loro attività, e sulla base dell'attività dei contenenti, imponendosi da un lato una netta distinzione tra i ruoli delle stesse e - dall'altro - un'equanime terzietà del giudicante rispetto ai loro contrapposti interessi come concretamente azionati e fatti valere nel processo.

del giudizio quale struttura condivisa ed essenzialmente collaborativa: l'idea che ogni giudizio esiga un certo grado di coordinamento tra le attività che promanano dai suoi protagonisti si configura, prima ancora che come momento conflittuale, quale «prodotto cooperativo» delle loro iniziative. Ovvero, nella prospettiva di una visione dinamica o funzionale, il processo non costituisce un'unità semplicemente in quanto riunisce nella stessa sede le differenti attività di coloro che vi partecipano, quanto perché il coordinamento costruttivo delle stesse procede verso un unico risultato: le singole energie esercitate dagli avversari si coordinano nella realizzazione del comune interesse al buon esito del giudizio[14]. Pur nascendo dalla contrapposizione fra interessi individuali, degenerata in una lite, e quindi dal conflitto, è del resto nella composizione di quest'ultimo che il rito trova le proprie ragioni, per cui la mancanza di un nucleo minimo di cooperazione tra i litiganti si traduce di fatto nell'inevitabile frustrazione delle sue finalità.

Se il processo è prima di tutto un confronto tra le istanze degli avversari, in altri termini, è necessario che esso richieda – quale condizione di partenza – l'accettazione da parte degli stessi di regole comuni, se non altro nel senso di una parziale attenuazione dell'agone originario, volta a consentire l'instaurazione di un livello minimo di «comunione di lavoro» che ne renda possibile la potenziale soluzione. Il che non significa rinunciare dal principio alle contrapposte affermazioni che hanno generato la lite, senza le quali cesserebbe anzi la materia del contendere, ma più semplicemente impegnarsi per farle valere nel processo in forme e modalità astrattamente stabilite. All'instaurazione del rapporto processuale fra determinati soggetti si accompagna – se non altro implicitamente – l'accettazione di un onere corrispettivo a promuovere con le proprie condotte l'ordinato svolgimento del giudizio fino all'esito naturale della definizione della lite, coordinando in tal modo il rispettivo interesse ad ottenere un pronunciamento favorevole del giudice con quello comune (e in questo senso condiviso) dell'efficiente risoluzione del conflitto.

[14] E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 21 (1966), pp. 585 ss., sottolinea come il concetto di collaborazione processuale così delineato implichi in questo senso qualcosa in più rispetto al semplice accostamento tra più attività concatenate in una sequenza di atti, assumendo pertanto – nella sua più autentica natura – un significato essenzialmente "positivo". In quest'ottica deve leggersi l'opinione di coloro che hanno voluto riconoscere nella collaborazione tra le parti e tra queste e l'autorità giudiziaria un elemento qualificante della funzione giudiziaria, la quale contribuisce a differenziarla da quella legislativa e da quella esecutiva o *lato sensu* amministrativa, nelle quali i pubblici poteri possono invece agire - almeno di regola - anche senza o a prescindere dal concorso del privato: in questo senso cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; ID., *Teoria generale del Diritto*, in *Foro It.* (1951), Roma, p. 61; ID., *Teoria generale del diritto*, 5, Roma, 1951.

Ma vi è di più. L'esigenza di collaborazione tra le parti processuali si traduce specularmente nella consapevolezza che lo stesso atteggiamento cooperativo, capace di consentire normalmente il buon esito del giudizio, possa risultare compromesso, nel caso concreto, da situazioni patologiche, vale a dire dal rifiuto di uno o più dei soggetti interessati di attivarsi per il suo normale svolgimento, se non addirittura dalla volontà degli stessi di impedirlo od ostacolarlo, onde perseguire in maniera esclusiva un interesse individuale o comunque finalità estranee a quelle per le quali il processo è celebrato. Tali patologie possono manifestarsi con forme e contenuti diversi in qualsiasi momento della vicenda processuale, assumendo intensità e dimensioni notevolmente differenti e conseguenze più o meno gravose per la regolarità. Può dunque accadere che una delle parti osservi nel processo una condotta reticente se non addirittura sleale, tale da impedire un effettivo confronto dialettico con l'avversario e quindi la più corretta formazione del giudicato; può anche accadere che una delle parti voglia esercitare facoltà che le sono proprie ma per fini contrari alla bontà del giudizio (si pensi alla ripetuta istanza di cautele superflue) o ancora che l'azione sia promossa dall'attore nonostante la consapevole infondatezza della pretesa avanzata per soli fini emulativi o vessatori, costringendo il resistente ad *accipere iudicium* esclusivamente per provocargli perdite di tempo e di energie. A tali condotte se ne aggiungono altre intermedie capaci di frustrare le finalità del giudizio, da sole o combinate con quelle appena descritte[15].

Credo allora che sia legittimo rilevare come di fronte a certe aporie, tali da sacrificare l'unità funzionale del processo ed i suoi giusti fini, il diritto romano abbia predisposto, se non una disciplina organica, appositi strumenti e comunque un'adeguata autotutela, ovvero una serie di meccanismi operanti all'interno della sequenza processuale con lo scopo di rilevare eventuali distorsioni e di ripristinare, ove possibile, il regolare svolgimento del giudizio[16]; che sia legittimo rilevare, in altri termini, come sia stata conosciuta tanto una tutela preventiva contro l'insorgere di comportamenti disfunzionali, quanto una tutela sanzionatoria per reprimere a posteriori le conseguenze delle condotte non collaborative, anche rimuovendone gli indebiti vantaggi[17].

---

[15] Taccio, come dicevo, sulla carenza di cooperazione al regolare ed efficiente svolgimento del giudizio che possa conseguire da un cattivo esercizio delle prerogative del giudice quale *dominus* del processo, come nel caso in cui questi ometta o ritardi il compimento di atti compromettendo l'effettività della tutela assicurata.

[16] Per una sintetica ricostruzione delle molteplici modalità con cui la necessaria cooperazione tra le parti del processo può risultare ancora attualmente compromessa o quanto meno intaccata cfr. M. BOVE, *La giustizia privata* cit.

[17] Cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., pp. 9 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Torino, 1991, pp. 278 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo* cit., pp. 8 ss. e G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, Torino, 1986, pp. 17 ss., che sostiene anzi

Senza indugiare in pericolose attualizzazioni, non sfugge all'interprete come, a differenza delle *cognitiones* postclassiche (e dei sistemi moderni), nelle quali l'iniziativa delle parti è favorita ma non indispensabile, il processo dell'*ordo* non conosca alternativa all'impulso delle stesse, poiché la sua base intrinsecamente consensuale non gli consente di funzionare altrimenti. L'apporto delle parti è a tutti gli effetti un requisito pressoché ontologico dell'esercizio della giurisdizione civile[18]; come a dire che la relativa economia cooperativa, la quale negli ordinamenti moderni è più che altro il riflesso di un'istanza pubblicistica, vi si atteggi con una matrice genetica. In questo senso potrebbe anzi parlarsi, come talora si è fatto[19], di un processo caratterizzato da una perfetta «bilateralità soggettiva», ossia dalla necessità di una costante compresenza e concorrenza delle parti, oppure - con terminologia differente - di un procedimento contenzioso «a contraddittorio necessario», onde evidenziarne l'interazione dei litiganti all'interno del dato contesto, quale relazione costitutiva indispensabile. Una tale connotazione del contraddittorio impronta il processo romano rispetto ai moderni ordinamenti processualcivilistici, dal momento che siffatta condizione – più che come garanzia di uguaglianza e di parità delle avverse posizioni – assume l'aspetto di un vero e proprio «presupposto processuale»[20].

---

l'opportunità di ricorrere per il diritto romano all'espressione "processo privato" in luogo di quella di "processo civile". Per la letteratura più risalente, cfr. anche M. WLASSAK, *Römische Processgesetze*, 1-2, Leipzig,1888-91; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des Gemeinen Rechts in geshichtlicher Entwicklung* II, *Der Römische Civilprozess*, 'Formulae', Bonn, 1865, pp. 603 ss., ristampa Aalen, 1959, pp. 667, nt 36. Da queste brevi osservazioni, emerge un'immagine del processo romano come procedimento privatistico «a cooperazione necessaria», caratterizzato (almeno nelle prime due fasi) da un'imprescindibile esigenza di collaborazione delle parti al suo concreto divenire. E ciò sia in quanto l'intervento dell'autorità risulta circoscritto entro limiti precisamente individuati sia in quanto vi furono diversi momenti, nel suo normale svolgimento, in cui l'accordo degli avversari (o quanto meno il loro attivo contributo) rimane essenziale alla prosecuzione del rito. La collaborazione delle parti non costituisce semplicemente un obiettivo tendenziale e più o meno auspicabile ma una vera e propria condizione dell'attività processuale, il cui difetto non è surrogabile da un intervento pubblicistico diretto: l'inerzia dei litiganti determina anzi l'impossibilità o l'arresto sopravvenuto dell'*iter* giudiziale.

[18] Cfr. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale* cit., pp. 8 ss., che sottolinea in proposito, sulla scia di Biscardi, come il processo romano costituisca un giudizio privato in un'accezione parzialmente diversa da quella del processo moderno, giacché, mentre quest'ultimo si definisce tale ma è pur sempre governato da organi statali, il primo non può in alcun caso prescindere dall'accordo delle parti sull'oggetto della lite (assumendo natura "spiccatamente privatistica").

[19] In questi termini soprattutto G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio* cit., pp. 5 ss., ma anche L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare* cit., pp. 855 ss. e ID., *"Litem deserere"* cit., pp. 178 ss.

[20] Sui caratteri del processo postclassico e giustinianeo, anche con specifico riferimento alla relazione tra il ruolo delle parti e quello del giudice che presiede la lite, rinvio (sia in

Da ultimo, non deve sfuggire la connessione esistente fra questo assetto «cooperativo» del processo e la concezione concreta del potere di azione che tradizionalmente si considera ad esso connaturata[21]. È infatti evidente che, in un sistema in cui le pretese soggettive sono normalmente prospettate in chiave processuale e che riconosce il potere di agire unicamente a chi può dirsi titolare di una ragione fondata, l'esigenza di garantire la regolarità e la celerità del giudizio si manifesta anche in un'altra prospettiva. In quella cioè di assicurare la piena ed effettiva soddisfazione a chi agisce a buon titolo, evitando che la mancata cooperazione dell'altro soggetto possa limitare o compromettere la sua utilità. Come asserisce Michele Antonio Fino, se chi agisce è in linea di principio solo colui che possa vantare una *bona causa*, in altri termini, è naturale che si tenda a reprimere tanto le condotte che mirano ad impedire la realizzazione di tale causa quanto le iniziative processuali di chi faccia valere per converso una *mala causa*[22] (in quanto agisca in giudizio senza avervi una fondata ragione). La tutela della regolarità del processo e della collaborazione delle parti al perseguimento dei suoi scopi diviene in quest'ottica una necessità strutturale, di cui la portata concreta dell'*actio* rappresenta un riflesso indiretto[23]. Si comprende così, più da vicino, non soltanto il ruolo della *denegatio actionis* come strumento preventivo di selezione delle pretese mer-

generale che per gli ulteriori riferimenti bibliografici) a M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., pp. 519 ss.

[21] Fra i numerosissimi contributi dedicati alla questione dei rapporti fra il processo e il diritto sostanziale basti qui ricordare G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939 [rist. Napoli, 2006], pp. 163 ss. Sul punto si vedano anche A. BISCARDI, *Azione e rapporto processuale nel sistema formulare classico*, in *Riv. Dir. Proc*. 20 (1965), pp. 325; E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. Proc*. 1932, pp. 220 ss. e, più di recente G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, p. 325 ss.

[22] Le due espressioni sono riprese da A. WACKE, *«Bonam sive malam causam habere». Le prospettive di successo nel processo civile romano*, in *«Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico». In memoria di Arnaldo Biscardi. Atti del convegno (Siena 13-15 dicembre 2001)*, nella *Collana della Rivista di Diritto Romano*, Milano, 2011, pp. 265 ss. Altrove le fonti contrappongono con un significato sostanzialmente analogo, le nozioni di "*agere recte*" o rispettivamente "*non recte*" (v. ad es. D. 2.14.27.7 e D. 8.5.4.8). Sul punto M.A. FINO, *Recte agere potes. Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle Radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, pp. 1 ss.

[23] Ben si comprende che in un sistema il quale discende, in ultima analisi, da un adattamento degli strumenti di autotutela privata, il processo si configuri innanzitutto - almeno in un primo momento - come il luogo in cui colui che abbia motivo di far valere le sue ragioni possa esercitarle validamente nei confronti dell'avversario. Alcuni spunti in tal senso sono in M.A. FINO, *op. cit.*, pp. 27 ss.

itevoli di tutela[24] ma anche, più in generale, la giustificazione di altri meccanismi operanti nel processo, dei quali, qui, posso prendere in considerazione solo alcuni[25]: a vario titolo essi concorrono a salvaguardare la corrispondenza tra l'attività processuale e la pretesa sostanziale effettivamente azionata; al punto che, anche ammettendo che in alcuni casi l'azione si configurasse in senso astratto come semplice possibilità di agire a prescindere dalla fondatezza della pretesa[26], si deve in ogni caso riconoscere che, in virtù di tali meccanismi, la propensione funzionale del sistema rimane nel senso di assicurare, per quanto possibile, l'aderenza del processo ad un fine satisfattivo: è come asserire la sua immediata strumentalità alla tutela di una pretesa che si presume fondata[27].

Nell'ottica di una tale concretezza, l'agire processuale romano si riempie di un contenuto peculiare, qualificato dalla necessaria collaborazione delle parti, non soltanto dal punto di vista tecnico dell'impulso alle attività del giudizio ma anche, e prima ancora, dal punto di vista etico e teleologico di una essenziale comunione di scopi fra soggetti coinvolti nella vicenda processuale, onde giustificare la corrispondenza del risultato alla realtà effettiva dei rapporti sostanziali[28]; con la conseguenza che il profilo dell'azione intesa in senso concreto ed il problema del rifiuto delle parti di cooperare al giudizio (o, dell'abuso dello stesso, nell'accezione di cui si è

[24] Sul potere del magistrato di *denegare actionem* e la sua funzione di accertamento preventivo del merito della lite cfr. in generale A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, 1972 cui rinvio per la rimanente letteratura.

[25] È il caso, fra gli altri, dei rimedi che contrastano il frazionamento della domanda e di quelli diretti a reprimere l'acquisto o la perdita strumentale del possesso nelle azioni reali ma anche più in generale delle sanzioni predisposte nei confronti dei litiganti temerari.

[26] In questo senso si esprime ad esempio G. PUGLIESE, *Il processo formulare* cit., I, p. 103.

[27] Anche di questa peculiare dimensione dell'azione romana dovrà tenersi conto, dal momento che anch'essa manifesta profonde implicazioni in termini di economia del processo come esigenza coessenziale all'operatività dello stesso, sottintendendo una concezione della tutela giurisdizionale per cui, da un lato, occorre che chi agisce, lo faccia rettamente e, dall'altro, che chi si difende si presti spontaneamente alla realizzazione delle ragioni avversarie. In entrambi i sensi, il processo deve procedere regolarmente verso il suo scopo effettivo, senza che le parti possano deviarlo verso altre finalità.

[28] Il contatto fra le due problematiche – quella dell'azione in senso concreto e quella della *temeritas* – è avvertito ed esplicitamente riconosciuto da M.A. FINO, *op. cit*., p. 2, nt. 3; l'immagine dell'azione e del diritto soggettivo come «*due facce della stessa medaglia*» ritorna in R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, pp. 98 ss., di cui cfr. anche la voce «*Azione* (*Storia del problema*)», in *Enc. Dir*. 4, pp. 785 ss.

detto) si intersecano inscindibilmente come due facce speculari di una medesima medaglia[29].

## 2. "IN MEDIAS RES"

Se quanto detto finora corrisponde alla realtà dell'*ordo iudiciorum* formulare, è lecito attendersi che il sistema classico abbia contemplato, più o meno organicamente, una certa tutela in materia di lite temeraria: che siano stati pensati specifici meccanismi, idonei a prevenire, e se del caso a sanzionare, la ritrosia degli avversari a celebrare lealmente il rito nel contesto della sua economia. Tutto ciò sul presupposto che le *formulae* non siano in grado di operare senza la costante collaborazione degli avversari. La considerazione non è di poco momento, assodato che parte della dottrina non ritiene una tale previsione inquadrata nell'ottica di una coerente tecnica processuale, sostenendo, per contro, l'esistenza di forme reattive estemporanee per arginare di volta in volta il rischio che il divenire processuale fosse arrestato dal cattivo comportamento dei contendenti.

Senza potere disaminare tutti gli elementi a disposizione, mi fermerò su alcuni testi che più degli altri rendono l'idea di ciò che vado dicendo, seppure nella diversa lettura fornita dagli interpreti; mi riferisco in particolare a ciò che riporta Gaio nelle *Istituzioni* in 4.171-182: il tema è approdato alla riflessione postclassica e giustinianea come quello delle *poenae temere litigantium*, locuzione invalsa ormai nel linguaggio tradizionale. Nella testimonianza del giurista antoniniano mi sembra che riposi la prova di una prospettiva unitaria dei diversi istituti chiamati per evitare e sanzionare la cattiva volontà del litigante temerario; prova confutata a più tratti da molti studiosi sulla base di un'asserita residualità della trattazione sul punto.

In verità, i luoghi gaiani giustificano in maniera sistematica i rimedi riconosciuti dall'ordinamento per assolvere in modo primario o quanto meno indiretto, il compito essenziale di garantire la cooperazione processuale: sia che si tratti di istituti (accorgimenti, sanzioni) tendenti a proteggere la correttezza «esterna» della regolare sequenza procedurale, facendo sì che ciascuna delle parti vi concorra lealmente, sia che si tratti di istituti chiamati per assicurare la coerenza «interna» della loro condotta, onde evitare che attore e convenuto perseguano finalità ulteriori ed incompatibili con l'economia generale del processo. Nella consapevolezza di questa duplice natura, interna ed esterna, può rilevarsi come, le diverse fasi del procedimento formulare risultino presidiate da rimedi che ne assicurino la cor-

[29] Ampi riferimenti sono in L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, pp. 160 ss. nonché in R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 367 ss.

retta instaurazione e la regolare prosecuzione anche a fronte di condotte dilatorie, ostruzionistiche ed opportunistiche; come, accanto a tali garanzie formali, siano disciplinati nel meccanismo processuale, gli strumenti più utili alla repressione degli atteggiamenti di parte, posti in essere intenzionalmente a frustrare il risultato complessivo del giudizio in considerazione di un interesse esclusivo[30].

L'omogeneità del resoconto gaiano sulla temerarietà è ormai accettato dagli interpreti a dispetto delle tesi tradizionali, sulle quali non mi fermo. Così se Chiara Buzzacchi[31] vi riconosce i presupposti di una valutazione più complessa, rifiutando la sua generica riduzione ad un discorso vuoto e intrinsecamente disorganico, pur prendendo atto dell'innegabile imperscrutabilità e della stratificazione del testo, Ernesto Bianchi[32], coglie la connessione, sia pur «assai evanescente», tra le diverse parti del discorso, nella prospettiva di una loro «comprensione unitaria». Allo stesso modo, Giuseppe Falcone[33], critica come «non condivisibile» la tesi della residualità non solo in quanto «smentita dall'ampiezza e dallo spettro complessivo del discorso» ma, prima ancora, in quanto i dati che risultano nel contesto, impongono di attribuire all'esposizione appena precedente, relativa agli interdetti, un tenore non conclusivo e di considerare che nei paragrafi in esame il discorso prosegua «con ambiti narrativi altrettanto rilevanti».

---

[30] Dunque è bene accostarsi con cautela ai meccanismi formulari che variamente condizionano il comportamento delle parti per assicurare la congruità del loro agire rispetto agli scopi del processo. Il problema fondamentale è quello di riconoscerli nell'alveo delle *formulae*. Il che è complicato non solo per la natura composita della procedura (in cui l'intervento pretorile si sovrappone alle più antiche strutture del diritto civile) ma anche dalla reticenza dei giuristi nel riferirne la più intima funzione, specie quando non si tratta di coglierne la *ratio* immediata ma l'indirizzo funzionale: vale a dire il ruolo e la collocazione nella dinamica complessiva, così da permettere il rilevamento di un loro peculiare aspetto, ma allo stesso tempo organico (o di un peculiare aspetto della propria conformazione), capace di attribuire quell'idoneità processuale sulla quale sono tornato a più riprese. Poco importa se una tale funzione di garanzia (della collaborazione delle parti al corretto perseguimento delle finalità del giudizio) non sia prodotta in maniera esclusiva. Lo sforzo con cui si tenta di collegare e/o isolare tra loro i profili diversi di un'identica preoccupazione, quella di assicurare la cooperazione tra gli avversari, denota una portata teleologica dell'economia collaborativa che radica l'economia rituale, del tutto originale e per ciò stesso interessante. Cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1883, pp. 355-356, il quale distingue un impiego difensivo da un altro specificamente offensivo.

[31] Cfr. C. BUZZACCHI, *op. cit.*, p. 58 la quale scrive testualmente «[…] eppure dalla lettura sistematica del brano, sembra emergere l'intima coerenza dei contenuti, e per questa via, una prospettiva storica finora trascurata che, se accolta, seppure come ipotesi, può mostrare come non sia del tutto corretta l'impressione che si tratti di una semplice appendice della costruzione gaiana del processo formulare».

[32] Cfr. E. BIANCHI, *La temerarietà nelle istituzioni di Gaio (4, 171-182)*, in *SDHI* 67 (2001), pp. 241 ss., p. 245.

[33] Cfr. G. FALCONE, A*ppunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, pp.141 ss.

Peraltro anche la dimensione del tutto formale[34] e le scelte terminologiche adottate dal giurista in funzione di una certa continuità stilistico-narrativa tra le singole parti del manuale, inducono a riflettere in questo senso.

È dunque necessario leggere integralmente i passaggi rivolti da Gaio alla lite temeraria[35], cercando di cogliere in profondità la dinamica degli strumenti che vi sono preposti, cioè di cogliere, in particolare, il senso dei rapporti tra i diversi strumenti che vi sono chiamati alla stregua di un effettivo coordinamento processuale, piuttosto che alla stregua dell'emarginazione di un risultato efficiente delle condotte sleali (Gai 4.171)

---

[34] *De poenae temere litigantium* (titolo delle Istituzioni giustinianee) è terminologia estranea al diritto classico. La richiamata nozione di *temeritas* deve considerarsi riferita al disvalore implicito nel comportamento processuale della parte che agisca nel giudizio sapendo di essere nel torto o comunque in assenza di un effettivo fondamento della propria pretesa. Per ogni approfondimento rinvio a A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Studi Urbinati* 49 (2001-2002), pp. 195 ss. Sulla radice etimologica del termine *temeritas* cfr. in particolare A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1994 (rist.), p. 679, i quali suppongono un'originaria «oscurità» e G. SEMERARO, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, 2, Firenze, 1994, p. 585, i quali invece muovono dalla matrice semantica di termini come «assalto, attacco e irruzione». A.WALDE, B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (s.v. *temere*), Heidelberg, 1938, p. 656, riconducono a *temes* (tenebra) il tenore di un'attività inconsulta. Ulteriori indicazioni sull'esatta portata della locuzione quale agire sconsiderato o più in generale eccessivo rispetto agli scopi perseguiti si ricava da E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, 6, (s.v. *temeritas*), Padova, 1940. Questo peculiare aspetto peraltro richiama l'uso contemporaneo dell'aggettivo «temerario» per stigmatizzare, oltre un generico atteggiamento di sprezzo del pericolo, la condotta di chi si muove con avventatezza ed impudenza. È così anche nel testo dell'articolo 370 del codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865 («la parte soccombente è condannata alle spese del giudizio e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento del danno»), mentre nella corrispondente disposizione dell'attuale codice di rito riposa la condanna alle spese e al risarcimento del danno contro la parte soccombente che abbia «agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave». Cfr. M.A. MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010. Un'elencazione delle costituzioni giustinianee aventi come obiettivo primario la tutela del processo difronte a un suo uso strumentale è in C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai. Inst. 4.171-172*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano*, Milano, 2011, p. 55, nt. 2. Alla ricostruzione specifica di questa sezione del manuale giustinianeo è dedicato il saggio di R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, in *Arch. Giur*. 45 (1969), pp. 27 ss., in cui la sintesi degli istituti è messa in contrasto con la rappresentazione gaiana. Sul ruolo del giurista antoniniano nella compilazione delle Istituzioni di Giustiniano cfr. V. ARANGIO-RUIZ - A. GUARINO, *Breviarium Iuris Romani*, 8, Milano,1998, pp. 200 ss. e C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* in *BIDR* 13 (1901), pp. 101 ss.

[35] Per la ricostruzione del palinsesto veronese nelle parti che interessano il tema *de quo*, ho fatto riferimento a P. KRÜGER, G. STUDEMUND, *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, II, Berlin, 1923.

[171] [. . . . . .] pecuniaria poena modo iurisiurandi religione <coer>cen [. . . . . .]. Eaque praetor [. . . . . .] ideo [. . . . . .] adversus in<fitiantes ex quibusdam> causis dupli actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae. [172] Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA INFITIAS IRE. Unde quamuis heredes vel qui heredum loco habentur [. . . . . .] obligati sint, item feminae pupillique ex<iman>t<ur> periculo sponsionis, iubet tamen eos i<u>rare. [173] Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio. [174] Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione. [175] Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, <praeterquam quod> adversus adsertorem tertiae partis est. [176] Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium Opponere aut iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA AGERE. [177] Contrarium autem iudicium ex certis causis constitui<tur>, velut si iniuriarum agatur et si cum muliere eo nomine agatur, quod dic<a>tur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. [178] Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam Calumniae iudicio X partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. Calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen.

> Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere. [179] Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet. [180]. Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit. [181] Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est. [182] Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi <bonorum> raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est, et recte. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Non tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus esset, sed qui prohibetur et pro alio postulare <et co>gn<i>torem dare procuratoremue habere, item <pro>curatorio aut cogni<to>rio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse <dicitur>.

Da uno sguardo sinottico ai singoli paragrafi, si percepisce come gli stessi non rappresentino luoghi indipendenti quanto piuttosto componenti distinte ma correlate di una logica comune[36]. Ciò, nonostante la significativa lacuna che inficia l'*incipit* della trattazione, la quale non permette di ricostruire con sicurezza il legame tra lo stesso e le parti precedenti, dove si conclude la disamina degli interdetti. Di conseguenza, l'*iter* argomentativo seguito da Gaio nel presentare singolarmente gli istituti, descrivendone il funzionamento all'interno del processo, non può essere percorso che nei tratti fondamentali; ma ciò basta per disporli a seconda della tipologia, mettendone in evidenza per ognuno le interazioni con gli altri rimedi operanti nel sistema. Quelli che risultano preposti *in limine*

[36] Cfr. C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi Studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, pp. 243 ss.

*litis* alla garanzia della collaborazione delle parti nella fase introduttiva del giudizio (civili e pretori) sono volti a consentire l'instaurazione del processo, indipendentemente dalla resistenza degli avversari (per lo più del convenuto che si rifiuta di presentarsi in giudizio una volta citato, o presentatosi non collabora). Persino da una ricostruzione sintetica delle modalità di introduzione del processo, le quali, giova ripeterlo, si radicano in un contesto che ignora la contumacia, è facile accorgersi dell'attenzione di Gaio verso i mezzi utilizzati per colpire il sottrarsi del chiamato alla *vocatio* dell'attore (o più in generale la sua renitenza ad essere presente fattivamente *in iure*). Non indugio sulla valutazione, nello specifico, della misura in cui essi risultano efficaci e della relativa differenziazione a seconda delle ragioni che li hanno indotti[37].

Certo, come accennavo in premessa, l'intervento innovativo della giurisdizione pretoria, accompagnata dalla speculazione dei *prudentes* nella progressiva trasformazione del sistema, ha favorito un'evidente evoluzione: alle sanzioni di matrice personale si sono affiancati i più moderati strumenti patrimoniali, volti alla repressione della cattiva volontà del convenuto di presentarsi *in iure*, ovvero, presentandosi, di non collaborare in nessun modo. A questo proposito, pur senza poterne dire adeguatamente, bisogna chiedersi con Laura d'Amati se la temerarietà della lite vada riferita indistintamente oppure no 1) all'*indefensio* del *vocatus* in senso

[37] È bene ripetermi. All'indagine dei rimedi predisposti in proposito fin dalle *legis actiones* (ed in parte ancora esistenti nel sistema formulare) fa fronte la valutazione più specifica delle innovazioni introdotte con l'intervento del pretore, le quali rilevano dal punto di vista degli specifici presupposti elaborati così come da quello delle relazioni reciproche. Si tratta dei meccanismi di garanzia della regolarità del giudizio concretamente predisposti nell'ordinamento romano rispetto alla fase preliminare dell'introduzione della lite, nel contesto della quale il generale obiettivo di salvaguardia del processo e del suo corretto svolgimento si risolve naturalmente, in maniera più specifica, nell'esigenza di prevenire o di reprimere a posteriori le eventuali condotte della parte convenuta volte a ostacolare o ad impedire in radice la corretta esecuzione della chiamata in giudizio e come tali suscettibili di compromettere fin dal principio la fisiologica instaurazione del rapporto processuale. A questo proposito, va innanzitutto rilevato come la specifica disciplina del procedimento *per formulas*, che sul punto si colloca in una linea di sostanziale continuità rispetto a quella più antica, si caratterizzi per la notevole varietà dei rimedi predisposti allo scopo di assicurare la finalità di garanzia del giudizio, operanti al contempo tanto sul piano della coazione personale nei confronti del *vocatus* quanto su quello della coazione indiretta realizzata piuttosto a livello patrimoniale (ossia minacciando il ricorso all'esecuzione forzata), oltre a differenziarsi nella loro applicazione per la diversa intensità dell'intervento repressivo a seconda della gravità del comportamento ostruzionistico posto in essere: più blando ed indiretto nel caso delle condotte di minore intensità (per le quali è normalmente prevista la sola applicazione di una sanzione patrimoniale finalizzata ad indurre indirettamente il convenuto a partecipare al giudizio); più severa ed immediata a fronte delle condotte che impediscono in radice l'instaurazione del giudizio (rispetto alle quali rimangono per converso applicabili i più antichi strumenti della coazione personale). Cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014.

stretto (che lo vede presente nel giudizio ma solo attraverso un atteggiamento renitente); 2) all'*absentia* giustificata o meno da una *rei publicae causa*; 3) alla *latitatio* fraudolenta[38]. Il rilievo non è solo terminologico, anche se ai fini degli effetti condivido il pensiero della studiosa quando osserva che, comunque fosse, data la bilateralità soggettiva del processo formulare, sia nelle azioni *in rem* che in quelle *in personam*, il convenuto sia stato costretto nei limiti strutturali del corrispondente regime, ad *accipere iudicium*. In questa prospettiva va rivisto l'indirizzo tradizionale, il quale è sostanzialmente proteso verso la convinzione che soltanto nelle *actiones in personam* il chiamato fosse tenuto a collaborare. Le diverse testimonianze pervenute unitamente alla valutazione del pesante tenore delle misure sanzionatorie imposte al convenuto che impedisce all'*actio* di raggiungere la sua funzione, non lasciano dubbi. In altre parole, credo si possa sostenere che l'ostruzionismo del *vocatus*, protrattosi a qualsiasi livello, non sia mai rimasto senza conseguenze e che l'*indefensio*, nemmeno nella sua più stretta accezione, sia riuscita a sottrarsi all'imponente sistema di sanzioni, previsto per esercitare la maggiore pressione psicologica contro colui che anche solo per questa via volesse violare gli scopi del processo[39]. È vero che le nuove applicazioni, modificate dal pretore, vi si collocano, differenziandosi a seconda della connotazione obiettiva o intenzionalmente preordinata dell'indisponibilità del convenuto nel prendere parte alla dialettica del rito (contrapponendosi la situazione neutrale dell'*absentia* a quella fraudolenta della *latitatio*)[40] ma è altrettanto vero che stando la natura contrattuale delle *formulae* nulla abbia potuto ostare alla realizzazione del loro risultato.

La migliore riprova di questo assunto la trovo, per come dicevo, proprio nell'articolato sanzionatorio spiegato contro il convenuto *indefensus*. Tra le diverse cautele la più peculiare è senz'altro la *missio in posses-*

[38] Cfr. L. D'AMATI, *L'inattività* cit., pp. 12 ss.

[39] Lo stesso fatto che venga utilizzata nelle fonti la locuzione "*actione teneri*" è sintomatico della mancanza di libertà del convenuto rispetto a questo *genus actionis*. La d'Amati ricorre addirittura all'esempio delle azioni nossali che qualifica, tutte, come personali (cfr. *L'inattività* cit., pp. 71 ss.; in senso parzialmente contrario G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *Nossalità, falsa nossalità e magia negli illeciti agricoli e pastorali dalla Codificazione decemvirale al primo principato*, Roma, 2023; ID., *L'actio iniuriarum noxalis. Su alcune peculiarità della condanna nossale*, Fano, 2012); i giuristi avrebbero giustificato con estrema duttilità gli strumenti processuali in relazione alle esigenze pratiche conseguite, qualora il convenuto non avesse accettato la formula proposta dall'attore e avesse pure rifiutato di compiere la *noxae deditio* del sottoposto. Non vi è dubbio che anche per delle azioni cosi peculiari il convenuto, *actione tenetur*, sarebbe rimasto assoggettato alle sanzioni derivanti dalla *indefensio*.

[40] Cfr. in generale D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012.

*sionem*[41] originatasi come rimedio contro la mancata cooperazione del chiamato nelle *actiones in personam*. A questa, se decorsi infruttuosamente i termini senza che lo stesso decidesse di costituirsi, o comunque per qualsiasi titolo si rifiutasse di collaborare, potevano seguire le irreparabili conseguenze della *bonorum venditio*. In tal modo, attraverso quello che si potrebbe definire un sequestro conservativo, si realizzava un effetto di garanzia a favore dell'attore, con un radicale coinvolgimento della sfera dell'avversario non solo patrimoniale, per come ho detto a più tratti, grazie all'intervento più equilibrato del pretore, ma anche personale in considerazione dell'*infamia* prodotta dalla procedura contro l'insolvente e più in generale contro il convenuto renitente. Neanche la d'Amati è sicura se nel caso dell'*absens ex iusta causa* vi fossero delle attenuazioni, specie quando nessuno ne avesse assunto la *defensio*: in via di pura logica è però legittimo ipotizzare che i creditori non fossero autorizzati a procedere direttamente, decorsi i termini della *missio*, agli incanti, non essendo giusto che il convenuto subisse un pregiudizio più grave di quello già sopportato a causa della misura interinale. Peraltro all'*absens ex iusta causa*, attinto dalla *missio*, pur senza averne colpa, era concessa dall'editto del pretore la *restitutio in integrum*, per la sua stessa natura straordinaria, incompatibile con il carattere di definitività spiegato dalla *bonorum venditio*[42]. Al che deve aggiungersi (quale ulteriore conferma della tendenza dell'ordinamento formulare alla differenziazione dei rimedi in base alla varietà delle situazioni impeditive del giudizio) l'innovazione pretorile anche relativamente ad altre attività complementari, dirette alla salvaguardia dell'efficacia dell'introduzione del giudizio a fronte delle condotte provenienti da soggetti diversi dagli avversari (penso ai mezzi *in factum* contro il terzo che impedisca alla parte di comparire in giudizio) ovvero alla salvaguardia del fatto che la chiamata in giudizio sia stata effettuata con strumenti differenti dalla tradizionale *vocatio* (come nel caso dell'*actio vadimonii deserti* avverso il convenuto che non fosse comparso nella data stabilita)[43]. È chiaro che la complessa tutela preposta all'efficacia

[41] Cfr. C. BRANCATI, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in *SU* 52,2 (2001), pp. 163-208.

[42] È bene dunque rilevare senza riserve come *missio in possessionem* e *bonorum venditio* pur se collegati tra di loro siano rimasti mezzi, distinti e separati: la prima con un carattere provvisorio e preparatorio rispetto alla seconda, così come osserva giustamente Corrado Brancati (C. BRANCATI, *Il carattere temporaneo* cit., pp. 63 ss.); non a caso l'incanto dei beni, a seconda delle evenienze, poteva rimanere un'ipotesi eventuale ma di certo successiva.

[43] Cfr. N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure. Tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano, 2011, pp. 150 ss., la quale, opportunamente sottolinea che la prospettiva tradizionale, secondo cui il *vadimonium* avrebbe avuto scopi analoghi a quelli della *in ius vocatio*, è stata del tutto superata in conseguenza della nuova lettura (quella di Giuseppe Camodeca) degli *acta Sulpiciorum*; ID., *Vadimonium deserere: limiti e rapporti tra rimedi a*

dell'instaurazione del giudizio si è arricchita di strumenti integrativi delle garanzie originarie, estendendosi in direzioni diverse da quelle inizialmente contemplate, con esclusivo riguardo al rapporto tra le parti.

Soffermandomi sulle possibili condotte distorsive del giudizio poste in essere dall'attore, una volta instaurata efficacemente la lite, in sede di concreto esercizio dell'iniziativa processuale e nella conseguente definizione dell'oggetto della pretesa, non posso trascurare le garanzie individuate di fronte al fenomeno, attualmente conosciuto come, della «domanda parziale» o del «frazionamento della domanda giudiziale». Chiarito che la fattispecie è nota ai giuristi romani, i quali vi hanno scorto la *minoris petitio*, va evidenziato come le *formulae* abbiano individuato una soluzione tecnica tanto efficace nel disincentivare la scelta di frazionare la lite quanto a realizzare, contemporaneamente (a differenza dei rimedi variamente proposti nella flessione contemporanea), un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi. La strategia dell'attore, chiaramente contraria all'economia del giudizio, di limitare il *petitum* ad una quota, rimandando la domanda del residuo ad un processo successivo, è stata neutralizzata attribuendo al convenuto un'eccezione (*exceptio litis dividuae* o *rei residuae*)[44] opponibile a chi eserciti l'azione nuovamente per il resto entro un determinato periodo dall'esperimento iniziale[45]. È Gaio stesso che ne parla.

*garanzia dell'iniziativa processuale,* in *LR* 7 (2018), pp. 61-111; ID., *La funzione della stipulatio "certo loco sisti" rispetto alla ricerca del vocandus e alla reintegrazione del danno per l'assenza impeditiva dell'in ius vocatio*, in H. ALTMEPPEN, I. REICHARD, M.J. SCHERMAIER, *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, pp. 239-270. In definitiva il *vadimonium* extragiudiziale sarebbe coinciso con una *stipulatio* convenzionale che aveva lo scopo di aiutare l'interessato a preparare la sua difesa in attesa della *in ius vocatio*. Oltre a un'*actio ex stipulatu*, era possibile utilizzare anche una *missio in possessionem* a carico del debitore, poiché la mancata presentazione all'appuntamento concordato costituiva un caso di *absentia / latitatio fraudationis causa*. La compresenza (alternata) di questi due rimedi può essere dedotta anche dal fatto che i limiti della *vocatio* e le circostanze, che potevano essere addotte a difesa della *missio in possessionem adversus absentem*, corrispondevano in gran parte alle *exceptiones* che si sollevavano contro l'*actio vadimonii deserti*. Inoltre, il fatto che il risarcimento ottenibile dall'attore attraverso questa azione legale fosse dello stesso valore dell'oggetto della causa principale (nel caso del "*Ladungsvadimonium*") sembrerebbe escludere la possibilità di ricorrere all'*actio vadimonii deserti* in combinazione con la prosecuzione della causa principale.

[44] Cfr. per tutti D. DAUBE, "*Exceptio litis dividuae" in 12,1,13,1* in *RIDA* 3, 6 (1959), pp. 313 ss.

[45] Le poche testimonianze cui è possibile attingere, rilevano il meccanismo dell'eccezione, predisposto per consentire un'efficace regolamentazione della domanda parziale: «*minus intendere*» o «*minoris petitio*»; da un lato l'attore è incentivato a concentrare per quanto possibile le sue pretese in un unico processo, dall'altro è previsto il modo di paralizzare a posteriori le sue iniziative laddove apparissero dirette al solo scopo di aggravare la lite o di vessare l'avversario. Cfr. G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *Nossalità, falsa nossalità e magia* cit., pp. 73 ss.; A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012), pp. 1-72; G. SACCONI, *La pluris petitio*

L'*exceptio litis dividuae* permette effettivamente, in virtù del proprio carattere dilatorio (collegato alla durata del mandato del pretore e degli effetti consuntivi eventualmente prodotti dal suo accoglimento), di sanzionare con efficacia l'attore che agisse più volte per la medesima pretesa senza tuttavia impedirgli, in via generale, di ripartire l'iniziativa su più giudizi; essa, anzi, poteva riproporsi validamente e senza conseguenze una volta spiratone il termine. Da un lato, dunque, è salvaguardata la libertà dell'avente diritto di vedere soddisfatta la pretesa esperita (suddivisa in diverse soluzioni ma pur sempre fondata), dall'altro è promossa l'azione in un unico giudizio, onde non rimandare a un momento successivo e ad un giudice diverso la richiesta *de reliquo.* A tacere del fatto che l'operatività del rimedio nelle forme processuali caratteristiche dell'*exceptio*, ossia di una difesa opponibile o meno su iniziativa del *vocatus*, consente alle parti di condizionarne, di volta in volta, la concreta applicazione a seconda dello specifico assetto dei relativi interessi: in concreto l'effetto sanzionatorio potenzialmente connesso al meccanismo in esame è limitato alle sole circostanze in cui la scelta del vocante di frazionare la lite appaia certamente idonea a frustrare (eventualmente in mala fede) le ragioni dell'avversario, potendosene per converso, escludere gli effetti laddove una tale scelta risulti sostanzialmente corretta o comunque sprovvista di conseguenze lesive nei confronti della controparte[46].

---

*nel processo formulare: Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977. Per qualche ulteriore approfondimento cfr. L. BOVE, *Documenti processuali dalle tabulae pompeiane di Murecine*, Napoli, 1979.

[46] Giova insistere sul fatto che il condannato fosse tenuto a *iudicatum facere* rilevando come *litem desere* l'abbandono del processo. A questo proposito la dottrina ancora discute circa la portata di un difficile problema che posso affrontare solo per cenni. Mentre nelle *legis actiones* la sanzione della perdita della lite in danno della parte che non fosse comparsa davanti al *iudex* entro mezzogiorno è consacrata nel versetto I.8 delle XII Tavole (*post meridiem praesenti litem addicito*) nel processo formulare non riposa un'analoga disposizione; tanto è che sul punto sono state avanzate opinioni diverse e spesso contrastanti. Sono d'accordo con la d'Amati (cfr. *L'inattività* cit., pp. 142 ss., nonché le riflessioni di sintesi a pp. 221 ss.) quando rileva, anche forte delle argomentazioni di Bethmann-Hollweg (cfr. M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Römische Civilprozess* cit., pp. 603 ss.), l'obbligo del giudice di valutare sempre e comunque le affermazioni e le allegazioni delle parti, poiché il pretore attraverso la *condemnatio*, funzionalmente collegata all' *intentio*, gli imponeva in forma alternativa, necessaria ed ipotetica di condannare o di assolvere il convenuto, ma solo dopo aver verificato *si paret* o *si non paret*. La sentenza è rigorosamente subordinata all'accertamento dei fatti dedotti in giudizio dall'attore nonché della mancata integrazione delle circostanze dedotte nelle *exceptiones* proposte eventualmente: tutto il regime probatorio è fondato sulla logica del convincimento del giudice nominato per dirimere la controversia. Il che però non vuol dire, come è evidente, che egli potesse giudicare solo dopo che entrambe le parti si fossero adoperate in tal senso, potendosi anzi verificare l'evenienza che una di esse non fosse presente in giudizio, senza che il suo comportamento le pregiudicasse il successivo *iter*. Ciò conduce, altresì, a ritenere che il precetto della Tavola I.8 potrebbe non aver sopravvissuto al nuovo *modus agendi* a causa della diversità strut-

Da ultimo, bisogna soffermarsi sulle possibili conseguenze del comportamento delle parti - e in particolare del *vocatus* condannato - rispetto all'esito conclusivo della vicenda processuale, vale a dire sull'eventualità che la fisiologica tendenza del processo a realizzare in natura, ovvero in forma specifica, la pretesa dell'attore vittorioso, venga in effetti frustrata dalle scelte processuali assunte dall'avversario in sede di attuazione del giudicato[47]. In questi termini, preso atto dei rischi collegati alla pecuniarietà della *condemnatio*, in virtù della quale, il convenuto soccombente che non voglia eseguire spontaneamente la sentenza, potrebbe di fatto appropriarsi della *res litigiosa*, ben si comprende come, nella procedura per *formulas*, sia di fondamentale importanza, assicurare la soddisfazione dell'attore vittorioso anche in mancanza dell'ottemperanza spontanea del convenuto soccombente: in altre parole, come sia di fondamentale importanza che la mancata collaborazione al buon esito del giudizio ed alla realizzazione del relativo risultato, possa, nella sostanza, tradursi nella sostanziale inutilità della decisione, nell'assenza di strumenti coattivi di esecuzione in forma specifica paragonabili a quelli operanti nella procedura postclassica e giustinianea.

Un meccanismo indiretto, capace di indurre il soccombente ad eseguire spontaneamente la pretesa avversaria (e quindi di reprimere le scelte opportunistiche dell'esecutato abbiente che preferisse assoggettarsi

turale che vede l'ordine di condannare rivolto al giudice dipendente da una proposizione ipotetica, la quale gli impedisce di approvare automaticamente il comportamento processuale del contendente presente senza una minima valutazione delle ragioni avversarie. Taccio se a quanto osservato sia possibile o meno ricondurvi l'embrione della procedura contumaciale, ormai pacificamente invalsa nella *cognitio extra ordinem*.

[47] La tutela formulare deve assicurare il buon esito del giudizio anche dal punto di vista dell'esatta realizzazione del suo risultato una volta intervenuta la sentenza di merito. Vista l'estraneità al sistema di una tutela esecutiva in forma specifica e di natura coattiva (a cui osta la generalizzata espressione della condanna in una somma di denaro), è infatti palese che la collaborazione debba essere garantita anche nel senso di assicurare alla parte vittoriosa l'effettiva soddisfazione della pretesa azionata (a contenuto non pecuniario) qualora l'avversario soccombente non vi adempia spontaneamente ma si limiti ad accettare il pagamento equivalente. Lo studio dei «correttivi» processuali conduce ad esaminare la particolare categoria dei giudizi con clausola arbitraria, caratterizzati appunto dall'inserimento nella formula di uno specifico meccanismo, basato sulla combinazione di un ordine magistratuale (*iussum de restituendo*) e di un giuramento della parte attrice (*iusiurandum in litem*), diretto a coartare indirettamente la parte all'esecuzione in forma specifica. Cfr. E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli, 2017; A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982; B. BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *AUPA* 1 (1916), p. 20; ID., *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Milano, 1912. Una volta chiarita la strumentalità di tale meccanismo allo scopo di impedire la frustrazione dell'interesse processuale a un'esecuzione satisfattiva, ne risulta intellegibile l'ambito di applicazione (oggettivo e soggettivo) all'interno del giudizio, seguendone in particolare l'evoluzione storica onde chiarire in che termini l'istituto possa ritenersi funzionale al suo scopo apparente.

alla condanna in denaro per conseguire la *res* mediante *litis aestimatio*) è certamente individuabile nella peculiare struttura delle azioni con formula arbitraria e in particolare nella facoltà riconosciuta dal giudice all'attore vittorioso di determinare autonomamente l'ammontare della condanna, prestando un apposito *iusiurandum in litem*, in caso di mancata reintegrazione in natura ad opera del *vocatus*[48]. Ma non solo. Alla serie di rimedi basati sull'applicazione della condanna pecuniaria contro il soccombente (come nel caso della litiscrescenza per l'*infitiatio* del convenuto) si affiancano sanzioni dirette piuttosto, ed in modo più specifico, a colpire tutte quelle condotte prive di fondamento, dirette intenzionalmente a danneggiare l'avversario (come nel caso dei rimedi repressivi della *calumnia*), rispetto alle quali, il generale interesse di prevenire e punire iniziative giudiziarie contrarie alle finalità della lite, concorre con una più mirata esigenza di evitare scelte strumentali, estranee ai fini della stessa. Mentre alcuni di questi rimedi operano a posteriori per effetto della conclusione del giudizio in senso sfavorevole al destinatario (giova richiamare in proposito le ricerche di Anna Maria Giomaro[49]), altri anticipano i relativi effetti nei confronti della parte interessata, già in un momento precedente alla definizione medesima (come avviene per le sanzioni basate su una promessa reciproca ovvero sul giuramento); di tal guisa, viene assolta, in maniera prevalente, la funzione di condizionare a priori le scelte dei litiganti, limitando il rischio che gli stessi ricorrano, nel prosieguo a condotte irregolari.

In definitiva, il particolare contenuto dei mezzi richiamati, al di là delle evidenti differenze che li contraddistinguono, sono attenzionati da Gaio con particolare cura; il giurista ne osserva le corrispondenze, rappresentando ciascuno di essi nel proprio contesto applicativo ed in funzione peculiare dei propri presupposti ma anche (ed anzi specialmente) in relazione ai rapporti di concorrenza o di esclusione con gli altri; sia che si tratti di quelli appartenenti ad una stessa categoria (sanzioni pecuniarie, religiose, convenzionali e via dicendo), sia che risultino investiti da dinamiche differenti (si pensi, ancora una volta, alla comparazione tra i diversi rimedi invocati in astratto per la repressione della *calumnia*). Traspare, in modo del tutto evidente, dalla sintesi del manuale istituzionale, l'immagine di un

[48] Il quale nella sua portata estimatoria, deferito dal giudice all'attore sul valore della cosa in contestazione, permette l'esatto ammontare della *condemnatio*. È superfluo aggiungere che lo steso effetto avrebbe potuto realizzarlo il *iusiurandum voluntarium* e quello *delatum*, deferito dall'attore al convenuto su autorizzazione del magistrato. Cfr. per tutti S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino,1971, pp. 79 ss.

[49] Cfr. A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia: aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino, 2003; ID., C*autiones iudiciales* cit. Cfr. anche A. CENTOLA, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999 e U. BRASIELLO, voce *"Calunnia (diritto romano)"*, in *Enc. Dir*. 5, Milano, 1959, pp. 814 ss.

sistema di rimedi strutturalmente differenti ma intimamente correlati sotto il profilo funzionale, volto senz'altro al buon esito del giudizio contro qualsiasi condotta eventualmente strumentale se non proprio temeraria.

Nella stessa prospettiva, *improbus litigator* è l'espressione che si incontra talora, in forma sostantivata, nella legislazione giustinianea con riferimento alla figura del litigante temerario per richiamare gli strumenti riferiti dal giurista antoniniano. La locuzione compare, sempre in forma sostantivata, sia nelle Istituzioni imperiali (I. 4.16 *De poena temere litigantium* dove risulta, a sua volta, rassegnato il contenuto di alcune costituzioni precedenti, separatamente raccolte anche nel Codice, come in C. 2.58.2.pr. e C. 3.1.14.1, entrambe dedicate all'impiego processuale del giuramento in funzione repressiva degli atteggiamenti calunniosi) sia nel Codice stesso (C. 2.58.2.6). Una variante oggettiva della medesima locuzione, appare invece impiegata in C. 7.39.7.5a con riferimento ad una data condotta del creditore. Ancora una volta è colpito l'ostruzionismo delle parti unitamente alle disfunzioni intenzionali che inficiano il buon esito del processo, il quale non può soccombere rispetto a chi vi agisce o vi resiste con la coscienza di avere torto ed al solo scopo di molestare l'avversario. Le *Institutiones* di Quintiliano confortano una tale accezione nelle fonti letterarie[50].

## 3. CONCLUSIONI

Quand'anche fosse rimasta estranea all'esperienza processuale romana classica una compiuta elaborazione delle esigenze sottese all'economia del giudizio e *a fortiori* un'esplicita sistematicità delle istanze teoriche tipicamente moderne quali l'abuso del processo o dei mezzi processuali, ritengo che l'analisi affrontata, anche solo nei suoi snodi fondamentali, consenta di ipotizzare legittimamente come molte e diverse si rivelino, nondimeno, le emersioni specifiche di tali istanze nella dimensione del processo *per formulas*.

La fondamentale preoccupazione di garantire la regolarità e l'efficacia del giudizio si è tradotta in una disciplina tutto sommato unitaria, organica, molto vicina a quella che avrebbe iniziato a delinearsi nel diritto postclassico e in modo più assorbente nella legislazione giustinianea; si è infatti rilevato come numerosi istituti che vi operino o profili peculiari della loro applicazione, siano funzionali, più o meno direttamente, a perseguire uno scopo determinato, evidenziando come tale necessità sia stata, non solo avvertita quale obiettivo tendenziale del meccanismo giudiziario ma abbia

[50] Vd. QUINT., *Inst*., 12.7.5 «[…] *Quoniam tamen omnis qui non improbe litigabunt*».

anche trovato una precisa attuazione - specie per il tramite dell'intervento del pretore e degli stimoli incrementati dalla riflessione dei *prudentes* - in molteplici forme ed aspetti operativi. Sia che si tratti, com'è apparso talvolta, dell'introduzione di rimedi appositamente preposti a prevenire o sanzionare le condotte delle parti disfunzionali al giudizio (come nel caso di alcuni tra i rimedi di cui Gaio si occupa trattando il problema della litigiosità temeraria), sia che lo stesso obiettivo venga piuttosto raggiunto mediante la predisposizione di accorgimenti e correttivi indiretti, volti ad indirizzare nel senso desiderato la più ampia disciplina di istituti differenti: condizionandone l'impiego ad opera delle parti, in modo da assicurare una funzionalità compatibile con l'interesse generale della vicenda processuale (come nel caso dei meccanismi processuali posti a garanzia dell'introduzione della lite o di quelli tendenti alla soddisfazione in natura della pretesa azionata). Proprio in ragione del loro carattere indiretto e strumentale, molti dei meccanismi che si riconducono a questa sorta di garanzia sono apparsi efficacemente integrati nella dinamica complessiva della procedura *per formulas*, la cui concreta applicazione non risulta alterata o altrimenti compromessa nei suoi principi portanti (la libertà delle parti di partecipare alla lite; la necessaria pecuniarietà della condanna giudiziale), quanto piuttosto indirizzata nel suo concreto svolgimento verso risultati conciliabili con la più ampia esigenza di economia del processo, la quale rischierebbe altrimenti di rimanerne se non sacrificata, limitata nella sua piena espansione. L'intento non è quello di perseguire l'immediata imposizione - in forma coattiva - degli obiettivi di natura ordinamentale che si intendono raggiungere ma l'indiretto condizionamento dei comportamenti delle parti in un senso funzionale agli stessi: tramite sanzioni ed incentivi giuridici variamente predisposti. Il che avrà contribuito in molti casi, quanto meno nei termini che ho cercato di evidenziare, a favorire un certo bilanciamento tra l'esigenza generale della tutela del processo nel suo efficiente svolgimento e i contrapposti interessi assunti dall'agire delle parti; questi non vengono soppressi, irreversibilmente, a favore della prevalenza delle istanze processuali bensì puntualmente conciliati con le stesse nell'economia di una convergenza più vantaggiosa rispetto a fini incompatibili. In tal senso è apparsa paradigmatica la coazione indiretta dell'esecuzione in natura nelle azioni arbitrarie ma ad analoghe conclusioni conducono altre ipotesi processuali, quali le sanzioni patrimoniali dirette per l'introduzione del giudizio o per scongiurare la scelta dell'attore di frazionare la lite. Riposa in questa logica un approccio flessibile (e indiretto) alle ragioni del processo, proprio in vista della sua mutevole adattabilità alle variegate circostanze della prassi. Non a caso alcuni istituti preposti alla tutela contro talune condotte processuali «disfunzionali» sono richiamati espressamente da Gaio, fornendo la base concettuale per la disciplina delle sanzioni contro i litiganti temerari, compiutamente introdotta

dalla legislazione postclassica e giustinianea. La trattazione del giurista, lungi dall'essere liquidata, come talora è stato fatto, alla stregua di una sconnessa «appendice» del manuale istituzionale, presenta al contrario una precisa organicità, incentrata proprio sull'intenzione di descrivere e coordinare tra loro una serie di mezzi capaci di prevenire e di reprimere un uso distorto del meccanismo processuale; in tal modo rimane confermato, senza riserve, che un tale obiettivo non solo fosse avvertito alla stregua di una precisa necessità processuale ma che fosse concretamente perseguito tramite una varietà di forme, unificate, quand'anche in una certa eterogeneità di struttura, dalla comune tendenza a sanzionare le parti che si abbandonassero a condotte in contrasto con l'esito del giudizio. La dottrina più recente ha letto in questo stesso senso le argomentazioni gaiane, ricavandone il paradigma per spiegare taluni aspetti del processo e di disporli in modo ordinato a seconda della tipologia e delle conseguenze: ciò non solo nella fase dell'introduzione della lite, dove ovviamente un generale obiettivo di salvaguardia si afferma in maniera più risoluta; l'esigenza di prevenire e/o di reprimere, anche a posteriori le condotte lesive del corretto svolgimento del processo, è avvertita in tutti momenti successivi del rito. L'effetto innovativo della giurisdizione pretoria ha favorito ulteriori evoluzioni, per effetto delle quali, anche in questo contesto, alle sanzioni rivolte contro la persona si sono affiancati, quando non le hanno soppiantate, più moderati strumenti di repressione patrimoniale, incentrati piuttosto sui beni del renitente, a livello di sequestro conservativo (*missio in possessionem*, *missio in bona*) e in caso di persistenza nel contegno malizioso, di esecuzione vera e propria (*bonorum venditio*): in tale frangente è interessante notare come la mancata collaborazione processuale assuma connotati sempre più nitidi, ovviamente improntati ad una maggiore equità, distinguendo il carattere del rifiuto (*indenfensio*, *absentia*, *latitatio*), ma non reagendovi efficacemente a seconda dei casi; rimanendo anzi imbrigliata nella struttura contrattuale del processo *per formulas*, la quale non può che sanzionare anche la semplice *indefensio* in senso tecnico, quale atteggiamento ostativo alla regolare instaurazione del contraddittorio.

Concludendo. Il condizionamento indiretto dei litiganti, in senso funzionale al raggiungimento dello scopo ultimo del processo, tramite incentivi e sanzioni variamente predisposti, ha promosso nel sistema classico l'equilibrio tra l'esigenza generale alla relativa tutela e gli interessi contrapposti, sottesi all'agire delle parti: essi non vengono sacrificati rispetto alla prevalenza, per così dire pubblica, del rito ma vi si conciliano al punto di convergervi (un esempio per tutti è quello delle azioni arbitrarie); vi emerge, con tutta evidenza, un approccio, per come si è detto, duttile, capace di fornire una qualche utilità persino agli interpreti del processo civile contemporaneo (cui per buona parte si rivolge questa conferenza interna-

zionale), onde assumere risultati più consoni alla sua disciplina sul tema rispetto alle perplessità interpretative che ancora tradiscono i risultati conseguiti finora.

## BIBLIOGRAFIA

### Indice degli autori


1. ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, 2, Palermo, 1994
2. ARANGIO-RUIZ V., GUARINO A., *Breviarium Iuris Romani*, 8, Milano,1998
3. ARCARIA F., *II 'dovere di verità'. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *TSDP* (2019), pp. 1-100
4. ID., *Rassegna. Curator bonorum una rilettura*, in *IURA* 43 (1992) pp. 348-355
5. BETHMANN HOLLWEG M.A., *Der Civilprozess des Gemeinen Rechts in geshichtlicher Entwicklung* II, *Der Römische Civilprozess*, 'Formulae', Bonn, 1865
6. BETTI, E. *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. Proc*. (1932), pp. 205-237
7. BIANCHI E., *La temerarietà nelle istituzioni di Gaio (4, 171-182)*, in *SDHI* 67 (2001), pp. 239-315
8. BIONDI B., *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *AUPA* 1 (1916), pp. 9-116
9. ID., *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Milano, 1912
10. BISCARDI A., *Azione e rapporto processuale nel sistema formulare classico*, in *Riv. Dir. Proc*. 20 (1965), pp. 325.
11. BÖHM J., *Die missio in bona cum effectu venditionis*, in *Jur. Diss*., Berlin, 1908
12. BONFANTE P., *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Riv. Dir. Civ.* 3 (1911), pp. 517-561
13. BONINI R., *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, in *Arch. Giur*. 45 (1969), pp. 27-42
14. BOVE L., *Documenti processuali dalle tabulae pompeiane di Murecine*, Napoli, 1979
15. BOVE M., *La giustizia privata*, Padova 2021
16. BRANCATI C., *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in *SU* 52,2 (2001), pp. 163-208
17. BRANDI CORDASCO SALMENA G., *Nossalità, falsa nossalità e magia negli illeciti agricoli e pastorali dalla Codificazione decemvirale al primo principato*, Roma, 2023
18. ID., *L'actio iniuriarum noxalis. Su alcune peculiarità della condanna nossale*, Fano, 2012
19. BRASIELLO U., *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, 1, Bologna, 1954
20. ID., voce *"Calunnia (diritto romano)"*, in *Enc. Dir*. 5, Milano, 1959, pp. 814-816
21. BURDESE A., *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, pp. 153-186
22. BUTI I., *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984
23. BUZZACCHI C., *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai. Inst. 4.171-172*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano*, Milano, 2011, pp. 55-66
24. ID., *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002
25. CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo civile romano*, Torino, 1982
26. CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958

27. ID., *Teoria generale del Diritto*, Roma, 1951
28. CARRELLI E., ID., *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946
29. ID., *Ancora sull'origine della "bonorum venditio"*, in *SDHI* 10 (1944), pp. 302-316
30. ID., *Per un'ipotesi sull'origine della "bonorum venditio"*, in *SDHI* 4 (1938), pp. 429-483
31. ID., *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milano,1934
32. CENTOLA A., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012), pp. 1-72
33. ID., *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999
34. CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Milano, 2000
35. COSTABILE F., LAURENDI R., *Le origini del processo formulare dopo la scoperta della Formula di Mucio Scevola*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 26, Roma, 2022
36. D'ADAMO D., *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012
37. D'AMATI L., *L'inattività del convenuto nel processo formulare. 'Indefensio', 'Absentia' e 'Latitatio'*, Napoli, 2016
38. ID., *"Litem deserere"* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2012, pp. 177-239
39. ID., *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *"Actio in rem" e "actio in personam": in ricordo di Mario Talamanca*, Padova, 2011
40. ID., *Curator bonorum, una rilettura* in *BIDR* 94-95 (1991-1992), pp. 440-448
41. DAUBE D., "*Exceptio litis dividuae" in 12,1,13,1* in *RIDA* 3, 6 (1959), pp. 313-322
42. DE MARTINO F., *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, 1999
43. DONADIO N., *Vadimonium deserere: limiti e rapporti tra rimedi a garanzia dell'iniziativa processuale,* in *LR* 7 (2018), pp. 61-111
44. ID., *Vadimonium e contendere in iure. Tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano, 2011
45. ID., *La funzione della stipulatio "certo loco sisti" rispetto alla ricerca del vocandus e alla reintegrazione del danno per l'assenza impeditiva dell'in ius vocatio*, in H. ALTMEPPEN, I. REICHARD, M.J. SCHERMAIER, *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, pp. 239-270
46. ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1994
47. FALCONE G., *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003
48. FERCIA R., *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in *Diritto@Storia* 10 (2011-2012)
49. FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* in *BIDR* 13 (1901), pp. 101-207
50. FINO M.A., *Recte agere potes. Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle Radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012
51. FORCELLINI E., *Totius Latinitatis Lexicon*, 6, (s.v. *temeritas*), Padova, 1940
52. GAMBARO A., *Abuso del diritto. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Dir.* 1 (1988), Roma

53. GIODICE SABBATELLI V., *Giuristi poteri istituzionali. Scritti di diritto romano*, Bari 2013
54. ID., *Fideicommissorum persecutio'. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001
55. GIOFFREDI C., *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi Studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980
56. GIOMARO A.M., *Per lo studio della calumnia: aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino, 2003
57. ID., *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Studi Urbinati* 49 (2001-2002), pp. 131-152
58. ID., *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982
59. GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 21 (1966), pp. 580-610
60. JHERING R., *Geist des römischen Rechts* 5, I, Leipzig, 1891
61. JOSSERAND L., *De l'ésprit des droits et de leur relativité, Théorie dit de l'abus de droit*, 2, Paris, 1939
62. KASER M., *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949
63. KASER M., HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996
64. KELLY J.M., *Roman Litigation*, Oxford, 1966
65. KRÜGER P., STUDEMUND G., *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, II, Berlin, 1923
66. LANDAU P., *Bulgarus in Pisa*, in *Honor alit Artes*, Firenze, 2014, pp. 211-217
67. LENEL O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1883
68. LICANDRO O., *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino, 1999
69. LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013
70. LOVATO A., PULIATTI S., SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino, 2014
71. LUZZATTO G., *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS* 73 (1956), pp. 29-67
72. ID., *Procedura civile romana*, I, Bologna, 1946
73. MARTINI R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966
74. MASI DORIA C., CASCIONE C. (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo: prospettive costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002
75. MASI DORIA C., *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Napoli 2015
76. MAZZOLA M.A., *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010
77. METRO A., *La denegatio actionis*, Milano, 1972
78. MONATERI P.G., *Gaio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della tradizione giuridica occidentale*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 9 (2003), pp. 1-76
79. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, I, Torino, 1986
80. ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978
81. PEROZZI S., *Il divieto di atti d'emulazione e il regime giustinianeo delle acque private*, in *Arch. Giur.*, 53 (1894), pp. 350-382
82. POLARA G., *Gai 4.9: Alle radici del principio "adversus infitiantes in duplum agimus",* in *Studi Nicosia*, 6, Milano, 2007, pp. 195-238
83. PROVERA G., *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 1983

84. ID., *Diritto ed azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi Biscardi*, 6, Milano, 1983, pp. 325-334
85. ID., *Indefensio e legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *Studi G. Grosso*, 6, Torino, 1974, pp. 207-231
86. ID., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970
87. ID., *Actiones contrariae e sistema contrattuale romano*, in *LABEO* 1955, pp. 356 - 357
88. ID., *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, 1953
89. ID., *Contributi alla teoria dei Iudicia contraria*, Torino, 1951
90. PUGLIESE G., *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939 [rist. Napoli, 2006]
91. ID., *Istituzioni di diritto romano*, 2, Torino, 1991
92. ID., *Principi teorici e realtà pratica dei processi romani - A proposito di J.M. Kelly, Roman Litigation*, in *RIDA* 35 (1967), pp. 291-303
93. ID., *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 35 (1967), pp. 291-303
94. RAGGI L., *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007
95. RICCOBONO S., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *BIDR* 46 (1939), pp. 1-49
96. ROMEO S., *Il Giudice e il diritto. Considerazioni sul ruolo del iudex privatus nel processo formulare*, Napoli, 2023
97. ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ*. 15 (1923), pp. 104-107
98. SACCONI G., *La pluris petitio nel processo formulare: Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977
99. SANTUCCI G., *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, 10, 2007, pp. 1057-1093
100. SCEVOLA R., *La responsabilità del* iudex privatus, Milano, 2004
101. SCHIPANI S., *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino,1971
102. SCIALOJA V., sub *voce «Aemulatio»*, in *Enc. Dir*., 1 (1892), Milano, p. 426
103. ID., *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro It*., 1878, c. 481
104. SCIANDRELLO E., *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli, 2017
105. SCIORTINO S., *Denegare actionem, decretum, intercessio*, in *AUPA* 40 (2012), pp. 659-704
106. VALLERAN M. I, *Giustizia e documentazione a Bologna in età comunale (secoli XIII-XIV)*, in *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo medioveale e moderna*, 1-2, Roma 2012, pp. 275-314
107. VENTURINI C., *La responsabilità del giudice nell'età classica*, in *Index* 41 (2013), pp. 455-472
108. WACKE A., *«Bonam sive malam causam habere». Le prospettive di successo nel processo civile romano*, in *«Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico». In memoria di Arnaldo Biscardi. Atti del convegno (Siena 13-15 dicembre 2001)*, nella *Collana della Rivista di Diritto Romano*, Milano, 2011, pp. 265-275
109. WALDE A., HOFFMANN B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (s.v. *temere*), Heidelberg, 1938
110. WLASSAK M., *Die Litiskontestation im Formularprozeß Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Prof. Windscheid*), Leipzig, 1889
111. WLASSAK M., *Römische Processgesetze*, 1-2, Leipzig,1888-91

Indice delle fonti

**1. Fonti giuridiche**

*Codex Iustinianus*

- C. 2.58.2.pr. 15
- C. 3.1.14.1 15
- C. 2.58.2.6 15
- C. 7.39.7.5 15

*Digesta*

- D. 2.14.27.7 15
- D. 8.5.4.8 15

*Gai*

- *Institutiones*
- I. 4.16 15
- I 4.171-182 10

Bulgarus

- *Apparatus De regulis iuris*, XV sec., Erlangen, Universitätsbibliothek, Erlangen-Nürberg- Handschriften, 515
- *Apparatus De regulis iuris*, XIII sec., Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana,
- Fondo Palatino, Pal. Lat. 678, ff.83-84
- *Additione Placentini*, XIII sec., Valenciennes, Bibliothèque Inguimbrtine, Fonds général, MS 170 (antea 172), ff. IIra-rb. 53va-70rb
- *Glossae ad Authenticum*, XIII sec., München, Bayerische Staatsbibliothek, Codices latini monacenses, Clm 3509, ff. 45-199
- *Versus a C.2.13.14, Commentum De regulis iuris*, XII-XIII sec., Leipzig, Universitätsbibliothek, Hand schriften, Ms 883, f. 27rb199ra-201rb
- *Materia Institutionum*, XII-XIII sec., London, British Library, Royal MS, Royal MS 15B IV, f. 104r
- *Ordo iudiciarius*, XII sec., Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, Fondo Vaticano latino, Vat. Lat. 8782, ff. 94va-95v

**2. Fonti letterarie**

- Bernardo da Dorna
- *Summa de libellis et conceptione libellorum et sententiarum* 6
- Quintilianus
- *Institutio oratoria* 12.7.5 17

*Associate Professor Giovanni Brandi Cordasco Salmena, LL.D.*

Former Professor of Hellenistic Roman Law at the University of Urbino "Carlo Bo" - Department of Legal Sciences (College of Doctors 1506), Lecturer in Roman Christian Law at the Free University of Pistoia "San Gregorio Magno" - Theological Faculty (Theological Licentiate Courses), Variously in charge of Ancient Law in Geneva, Cuneo, Sarajevo East e Durres.

## IMPROVE LITIGARE: NON-COOPERATIVE BEHAVIOR OF THE ADVERSE PARTIES IN ROMAN CIVIL PROCEEDINGS

*Summary*

Our knowledge about the formulary system confirms, in a more general perspective, the intrinsic cooperation between the parties as a typical feature of a procedural model. As a mechanism of a private nature characterized (on the same level and in continuity with the most ancient proceedings) by an essential centrality of the parties' initiative, the formulary procedure is based on the need to guarantee its performance even in the face of any conduct existing by the parties to the contrary (in favor of their individual interest). In this context a deep reading of the phenomenon can only refer to its object and its own ends: 1) the subject matter, because there is no need to examine a single institution or a coordinated set of procedural rules but a wider reality which, with a modern lexicon, could be defined as "procedural economy": in other words the effective collaboration of the competitors in favor of the useful development of the judgment and its purposes (centrality of the party initiative; absence of public mechanisms of direct coercion; overlap between action and substantial claim and so on); 2) the achievement of its purposes, because it is not necessary to innovate the knowledge already acquired about the form or the development of the formulary procedure, but rather (and more simply), to examine certain profiles of its discipline from a different perspective, highlighting the different remedies provided to protect the fundamental need for cooperation of the parties and the regularity of the judgment, regardless of whether they are expressly identified or indirectly perform the same function without being openly linked to it. It is of great interest to examine the tools set up to guarantee the regularity and effectiveness of the judgment through three phases: the first phase requires the procedure relationship and the introduction of the dispute; during the second, the exercise of the judicial claim with the formulation of the intentio; in the third phase, the concrete implementation of the procedural claim is recognized as founded. Similarly, it is of great interest to examine a series of institutes not attributable to one of the moments thus identified but referred by the sources to the specific function of ensuring a certain coherence between the behavior of the parties and the purposes of the trial. All with a twofold objective: on the one hand, that of verifying whether and to what extent these additional tools are suitable for preventing or repressing the distorting behavior of litigants (dilatory, obstructive, opportunistic and others); on the other hand, that of verifying whether the basis of the same can be found functional constants capable of justifying in the formulary system a cooperative criterion aimed at the regularity and efficiency of the proceeding, pursued in a logical and constant form.

**Key words:** *Formulaic trial; Poenae temere litigantium; Non-cooperative behavior.*

УДК/UDC 329(=163.41)(497.15)“1878/1918)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

*Проф. др Сања Савић*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

# ПОЛИТИЧКО ОРГАНИЗОВАЊЕ СРБА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА ВРЕМЕ АУСТРО-УГАРСКЕ ВЛАДАВИНЕ

*Окончање деветогодишње борбе за верску и просветну аутономију није умирило српски слободарски дух. Напротив. Ширећи политичко интересовање изван црквено-школских оквира, млађа интелигенција иступа против опортунистичког држања старих српских вођа, који су зарад властитих интереса имали умеренији став, те износи другачије виђење наставка националне борбе. Следствено томе долази и до формирања неколико група које су заступале различите политичке ставове, при чему је свака од њих имала своје гласило. Усвајањем тзв. „Сарајевске резолуције“ постављени су темељи за оснивање прве српске политичке организације која ће се борити за аутономију земље, грађанска права и доношење устава.*

**Кључне ријечи:** „Српска ријеч“, „Дан“, „Народ“, „Отаџбина“, Сарајевска резолуција, Српска народна организација, Српска народна самостална странка.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Борба православних Срба за верску и просветну аутономију у Босни и Херцеговини започела је 1896. године. Народне вође су у више наврата покушале да укажу владару на безобзирно кршење права стечених још у време османске владавине, као и на разне злоупотребе које су чињене од стране власти. Упоредо са тим радило се и на формулисању акта којим би био уређен правни положај српских црквено-школских општина. Окончана 1905. године доношењем Уредбе црквено-просветне управе српских православних епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини ова борба је изнедрила и прве српске

Сања Савић, *sanja.savic@pravni.ues.rs.ba*.

политичке представнике, накнадно организоване у политичким странкама.

## 2. ПОЛИТИЧКЕ ГРУПЕ

Политичко организовања српског народа у Босни и Херцеговин започело је непосредно после окончање аутономне борбе, а везано је за сукоб који се јавио између вођа покрета и млађих интелектуалаца. Наиме, због незадовољства нацртом црквено-школске уредбе интелигенција је упутила писмени предлог старим вођама да уредбу изнесу пред народ, пре него што добије царску санкцију. Истичући да би „*бившим представницима народним*“ могло бити опроштено то што су у току аутономне борбе напустили опозиционо становиште, те што су чинили уступке на штету свог уверења, али да им се не може опростити то „*што су ишта дефинитивно рјешавали, док нијесу тачно изнијели пред народ, колико су код преговора успјели.*“[1] И док је по доношењу Уредбе интелигенција сматрала да је неопходно наставити са политичком борбом, а старе вође да не треба „*гонити ветар капом*“,[2] међу српским народом у Босни и Херцеговини се јављају четири политичке групе окупљене око гласила које су издавале.

### 2.1. „Српска ријеч“

Вође аутономне борбе, Глигорије Јефтановић и Војислав Шола, заједно са представником млађе интелигенције др Миланом Сршкићем, 1905. године оснивају Српску дионичарску штампарију и покрећу лист „Српска ријеч“. Већ у првом броју дат је програм будућег деловања: „„*Српска ријеч“, лист српског народа у Босни и Херцеговини, биће лист политички, те ће се бавити свим политичким, а уз то и економским и културним питањима српског народа у овим земљама. Као народни лист „Српска ријеч“ ће стајати на једино здравом становишту у погледу управе народима, да сваком народу припада право свога самоодржања и самоопредељења, да сваки народ може својом судбином управљати без икаква спољашња утицаја.*“[3] У наставку се наводи да ће се лист залагати за: учешће српског народа у

[1] В. Грђић, *Ријеч двије о нашем спору*, Нови Сад 1906, 8–10; У одбрану вођа аутонмног покрета стао је др Емил Гаврила, који је у чланаку објављеном тим поводом навео да су Г. Јефтановић и В. Шола имали намеру да изнесу нацрт уредбе пред јавност на народној скупштини, али да је уредба санкционисана од стране владара пре него што је до тога дошло. „Српска ријеч“ бр. 163, 25. новембар 1905. године.

[2] В. Ћоровић, *Политичке прилике у Босни и Херцеговини*, Београд 1939, 38.

[3] „Српска ријеч“ бр. 1, 1. јануара 1905. године.

законодавству, управи и судству; доношење закона о грађанским и политичким правима; једнакост свих вероисповести и забрану прозелитског деловања; решавање аграрног питања; заштиту српског језика и ћирилице; ширење просвете и подизање српских школа; бригу о народном здрављу... Позивајући се на члан 1. Цариградске конвенције лист ће „*најенергичније тражити да се сва чиновничка, часничка и службена мјеста у земљи и код заједничког министарства попуњују домаћим синовима и то сразмјерно према броју душа појединих вјера.*“[4] На крају се истиче и то да ће лист тражити „*да се земаљски привредни извори, који чине благо ове земље, дају само домородцима, да се они њима користе и да их очувају, и да земаљска управа подмирује све своје потребе код домаћих синова.*“[5]

Серијом чланака под називом „Наша омладина“ овај часопис је крајем 1905. године отворено критиковао интелигенцију.[6] Образлажући да је за народну борбу потребна пре свега „*независност и међусобна свеза*“, а да се „*сви наши свршени и школовани синови, силом прилика, налазе у зависном положају, неки су судије, други професори, трећи иначе чиновници, четврти лијечници... а уз то их је још увијек и сувише мало...*“ народне вође постављају питање „*може ли се од такових захтијевати крајња опозиција?*“ Како „*за јавну политичку борбу треба независних људи, чији опстанак не зависи од онога, против кога треба опонирати*“, они закључују да „*наш народ није појачан тим свршеним својим синовима за политичку борбу коју морају и даље посве независни људи водити.*“ Поред тога истичу и непостојање јединства код интелигенције јер „*свак вуче на своју страну*“.[7] Због свега наведеног закључују да: „*Ми Срби у Босни и Херцеговини при садашњим политичким приликама наше земље, а при оваквим културним приликама нашег народа можемо се само онда надати успјеху ако нађемо начина да се сви окупимо око заједничког рада. Наши*

---

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] „Српска ријеч“ бр. 159, 16. новембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 161, 20. новембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 164, 27. новембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 165, 29. новембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 166, 30. новембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 168, 4. децембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 169, 6. децембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 173, 14. децембар 1905. године; „Српска ријеч“ бр. 174, 16. децембар 1905. године.

[7] „Српска ријеч“ бр. 159, 16. новембар 1905. године.

„*О неким млађима као цјелини, не може се говорити, јер су поцјепани,пак зато се и не може говорити да постоји раздор између старијих и млађих. Тај раздор постоји једино у рођеном крилу неких млађих и они се труде свим силама, да га унесу и у редове старијих.*“ „Српска ријеч“ бр. 161, 20. новембар 1905. године.

*старији и млађи треба да се попуњавају у јавном раду: што једнима недостаје, да други надокнађују.*“[8]

### 2.2. „Народ“

Због спора са старим вођама, пре свега са Глигоријем Јефтановићем који је након апсолутне победе на изборима за црквено-школске општине потврдио свој утицај у Сарајеву, интелигенција за седиште свог деловања бира Мостар. Овој групи је припадао претежан део српских интелектуалаца, а од старијих вођа придружио им се и Коста Кујунџић, који је касније постао и њен председник.[9] Од 1. јануара 1907. године група издаје лист „Народ“. Међу његовим оснивачима били су и Алекса Шантић и Светозар Ћоровић. Покретањем листа „мостарска“ група добија могућност да шири своје политичко деловање, те тако настави борбу против окупационе власти.

У првом броју „Народа“ изнет је и програм њиховог будућег рада. Наиме, основни захтев групе био је да „*наш народ добије што веће грађанске и политичке слободе и да помоћу њих дође до истинског учествовања у управи.*“ Осим тога, истичу да ће у свом политичком деловању посебну пажњу посветити аграрном питању, те настојати „*да се то питање правилно и праведно и по аге и по кметове ријеши, стојећи на становишту, да је у првом реду позван сам народ, да у тој ствари преко народног представништва донесе своје мишљење и одлуку.*“ Због тога што „*ни близу не одговара жељама и смјеровима народним*“ група је најавила и борбу за промену православне црквено-просветне уредбе. У циљу остваривања наведеног лист ће предузети иницијативу „*да се у нашем народу спроведе организација, те да се тиме створи од њега одлучан политички фактор*.“[10]

### 2.3. „Отаџбина“

Исте године у Бањој Луци група окупљена око Петра Кочића покреће лист „Отаџбина“. Упркос томе што нису изнели програм свог будућег деловања, како су то обично чиниле остале групе, у првом броју су дате извесне границе у којима ће се кретати њихов рад: „*На првом мјету истичемо, да ћемо се свом силом заложити да престане овај данашњи апсолутистичко-полицајни систем туторисања, који нам кроји све без нашег знања и питања, а преко наше воље. ... Радићемо да народу извојујемо потпуно автономију са репрезентативним*

[8] „Српска ријеч“ бр. 162, 23. новембар 1905. године.
[9] В. Ћоровић, 39.
[10] „Народ“ бр. 1, 1. јануар 1907. године.

*системом и одговорном владом, која ће и хтјети и морати да води рачуна о народним жељама и потребама, на што се досадања управа никада није обазирала.*“[11] У наставку се наводи и борба за грађанске и политичке слободе, решавање аграрног питања, као и ревизија Уредбе о верској и просветној аутономији. У националном погледу група истиче „ *своје дубоко увјерење да су Босна и Херцеговина, по свом националном обиљежју, српске земље*“, али да се српско име неће никоме наметати.[12]

## 2.4. „Дан“

За разлику од осталих група које су се истицале својим опозиционим ставом према аустроугарској управи, од 1905. године се јавља и једна проаустријска група интелектуалаца окупљена око сарајевског лекара Лазара Димитријевића, уредника часописа „Дан“. Група је заузела оштар став према вођама аутономног покрета, често критикујући њихов рад: „*По свему се види да се ново доба почиње јављати и развијати у нашој земљи. То се види већ и по том што на политичко обзорје избијају разноврсни спекуланти и шићарџије. Једна од првих брига наших биће да на зборана чела тих разноврсних шићарџија и лажних родољуба ударимо врео жиг вјечите срамоте, вјечитог и неизгледљивог презирања и гнушања. Уз грохотан смијех сарказма и цинизма, какав се не памти у овој земљи, испраћаћемо на политичко гробље све те лажне патриоте и одвратне гробаре моралне снаге народне, јер у оваквом времену и под оваквим приликама најпотребније нам је чило и свјеже морално здравље. Ми смо за најширу слогу и за најсвестранији и најинтезивнији рад, али са индивидуама које не прво место истичу своју личну корист нећемо се никад моћи сложити.*“[13] Покретање овог листа је осуђено од стране бечке омладине „*јер не одговара српским интересима.*“[14]

Иако је своју делатност група усмерила у правцу решавања аграрног питања, сматрали су да то треба бити учињено од стране аустроугарске власти: „*Многи заинтересовани у овој земљи и многи равнодушни посматрачи са стране мисле да окупациона влада гони неку скривену политику и да стога подржава овако несређено аграрно питање. Ми баш мислимо, да би кориснија политика била да је кметовско питање ријешено или да је барем узакоњен међусобни одно-*

[11] „Народ“ бр. 1, 15. јун 1907. године.
[12] *Ibid.*
[13] „Дан“ бр. 1, 22. јануар 1906. године.
[14] „Српска ријеч“ бр. 169, 6. децембар 1905. године.

*шај између кмета и бегова. А што је до данас остало овако, како није требало и није смјело да остане, није крива политика.*“[15]

## 3. „САРАЈЕВСКА РЕЗОЛУЦИЈА“

Упркос сукобима који су постојали између вођа аутономног покрета и интелигенције у Сарајеву је 11. маја 1907. године одржано заседање Великог управног и просветног савета. Том приликом разматрано је и питање оснивања политичке организације. Резултат заседања био је документ који се најчешће означава као „Сарајевска резолуција“.[16] У документу се наводи потреба стварања српске политичке и привредне организације чији би циљ био „*потпуна аутономији наше отаџбине, која се једино може извојевати посредством грађанских слобода и уставног живота*“. С тим у вези наглашена је и неопходност заједничког рада свих домаћих елемената. Одлуку о оснивању организације требало би да донесе народна скупштина, коју је требало сазвати у року од три месеца.[17]

Упркос томе што су у Земаљској влади сматрали да не постоји правни основ за гоњење потписника резолуције, на захтев Заједничког министарства они су ипак кажњени новчаном казном.[18] Међутим, то није утицало на формирање организације. Напротив. Одлучено је да се одобрење за даљи рад тражи директно од министра Буријана.

Верујући да ће на тај начин стећи наклоност Срба, те да није „*политички мудро држати цио српски народ у опозицију према режиму*“, Буријан је одобрио формирање политичке организације.[19] Одобрење је дато под условом да се на среским скупштинама приликом избора делегата за оснивачку скупштину, као и на самој скупштини, не помиње политички програм „Сарајевске резолуције“.[20] Вест

[15] „Дан“ бр. 8, 11. март 1906. године.

[16] Резолуцију су потписали: Алекса Шантић, Атанасије Шола, Васо Видовић, Васо Р. Црногорчевић, Војислав Шола, Вукосав Груберовић, Ђорђе Малић, Ђорђе Н. Милић, Јово Сурутка, Коста Кујунџић, Милан Сршкић, Милош Костић, Никола Стојановић, Светозар Ћоровић, Тодор Г. Поповић, Урош Круљ.

[17] „Српска ријеч“ бр. 106, 26. мај 1907. године

[18] М. Имамовић, *Правни положај и унутрашњо-политички развитак БиХ од 1878. до 1914*, Сарајево 2007, 199.

[19] Х. Капиџић, *Положај БиХ за вријеме аустроугарске управе (државноправни односи)*, у „Историјске претпоставке Републике Босне и Херцеговине“, Сарајево 1968, 69

[20] М. Имамовић, 199; Т. Крушевац, *Сарајево под аустроугарском управом*, Сарајево 1960, 340.

о томе да је одобрено формирање српске политичке организације дочекана је у народу са посебним одушевљењем.[21]

## 4. ПОЛИТИЧКЕ СТРАНКЕ

### 4.1. Српска народна организација

Наставак рада на формирању прве српске политичке странке подразумевао је организовање котарских скупштина на којима је вршен избор представника и заменика, а потом и одржавање заједничке скупштине. Упркос услову који је министар Буријан поставио приликом давања сагласности на формирање организације, у часопису „Српска ријеч“ објављен је проглас под називом „Почетак наше организације“, у коме су понављени политички ставови дати у „Сарајевској резолуцији“.[22] Земаљска влада је убрзо реаговала службеном исправком у којој је наведено да је одобрење за оснивање Српске народне организације дато под условом да се из њеног рада искључи политичко расправљање.[23]

Након што су проведни избори на котарским скупштинама,[24] у Сарајеву је у периоду 27–31. октобар 1907. године (10–14. новембар)

---

[21] „*Наш покрет за организацију, коју је одушевљено прихватио сав народ, помакао се добро у напредак. Изасланици ужега одбора г.г. Коста Кујунџић и др Никола Стојановић, који су отишли за министром Буријаном чак у Швајцарску, постигли су жељени успјех, јер су добили дозволу за даљи рад на организацији. Господа изасланици на повратку са свога пута допутовали су у сриједу 18. ов. мј. у вече у нашу варош, гдје ће се одржати састанак ужега одбора. На жељезничкој станици у Приједору дочекао их је многи свијет ... Најмањом руком било је свијета 1500 душа... Кад је воз дојурио у станицу захорило се из стотина грла френетично „Живили“ и тај узвик пратио је изасланике све до рестаурације „Балкана“. У „Балкану“ је истом настало право патриотско весеље.*“ „Отаџбина“ бр. 6, 20. јула 1907. године.

[22] „Српска ријеч“ бр. 162, 8. август 1907. године.

[23] „Српска ријеч“ бр. 166, 13. август 1907. године.

[24] „*Ових дана почињу у нашој земљи избори народних представника за заједничку скупштину њихову, на којој ће се донијети дефинитиван програм политичке и привредне организације српског народа у Босни и Херцеговини... Треба обавити изборе мирно и без галаме и бирати људе у које народ има потпуно повјерење и неограничену вјеру у њихово родољубље и пожртвованост.*“ „Отаџбина“ бр. 10, 17. август 1907. године

„*Потлачена наша слобода, погажена наша права зову нас да бирамо људе који ће смјети дићи свој глас за нас. У памет се зато, народе, кога ћеш бирати; отвори добро очи, јер како будеш бирао, онако ћеш бити и заступљен. Изабереш ли људе страшиве, поводљиве и непатне, народна ствар ће ламати, венути и угинути, и нас ће и даље бити оне исте невоље као и до сада... Бирај зато људе одважне, чврст карактера, чисте и неокаљане прошлости, људе пожртване и паметне, који ће и хтјети и смјети подићи свој глас против сваке самовоље и неправде, коју силно чине теби народе.*“ „Отаџбина“ бр. 11, 24. август 1907. године

одржана и прва скупштина српских народних представника, позната као Митровданска скупштина.[25] У присуству 71 делегата донета је одлука о формирању Српске народне организације (у наставку СНО) и усвојен је њен програм.[26]

Сматрајући „Сарајевску резолуцију“ полазном тачком, Програм СНО се састојао од четири дела. У оквиру прве дела, који је носио назив „Основна начела“, истиче се право народног самоопредељења, заштита националних, економских и културних интереса свих, једнакост пред законом, те грађанске и политичке слободе.

Други део програма је посвећен државноправном положају, те се у оквиру једне реченице констатује да је Босна и Херцеговина „*саставни дио турске царевине, којим Аустро-Угарска на основу мандата европских сила управља*“.

Трећи део се односи на државно уређење. Залажући се за потпуну аутономију Босне и Херцеговине СНО износи ставове и о организацији власти: „*Вршење законодавне и контролне власти по народном преставништву изабраном општим, директним, једнаким и тајним правом гласа. Влада је израз скупштинске већине... Потпуна независност судова... Стварање управног суда.*“ Иако нема везе са питањем државног уређења, у оквиру овог дела је прописана и обавезност основне школске наставе, као и измена школског система у националном и слободоумном духу. Додато је и „*самостално царинско подручје*“ уз измену пореског система.

Последњи део Програма тиче се реформи које је неопходно провести у државном и друштвеном животу. Полази се од тога да у „*Босни и Херцеговини као српским земљама*“ службени језик у унутрашњем и спољњем пословању треба бити српски језик. Иако је аграрно питање означено као животно, речено је да оно није само економско, него и политичко и социјално, те да сви заинтересовани фактори морају радити на томе да га што пре реше „*праведним начином, имајући у виду националне интересе и одржање равнотеже друштвених сталежа и стварајући уједно услове за напредак земљорадника.*“ Приступајући аграрном питању на овај начин СНО је већ на самом почетку одустала од било каквог радикалнијег решења, што се може објаснити њеним настојањем да одржи добре односе са Муслиманском народном организацијом. У наставку овог дела је речено и то да се уситњавање „*тежачког посједа*“ треба спречити променом наследног права, а расељавање унутрашњом колонизацијом. Захтева се

[25] „Отаџбина“ бр. 19, 19. октобра 1907. године; „Отаџбина“ бр. 22, 9. новембар 1907. године.

[26] „Српска ријеч“, бр. 237, 14. новембар 1907. године.

укидање кулука, рационално експлоатисање државне имовине, те регулисање „*права служности на јавним имањима према фактичкој потреби становништва*“. Искључиво право на слободну државну земљу имали би само домаћи земљорадници, а сва чиновничка места би попуњавали „*домаћи синови*“. На крају се тражи законско регулисање односа између радника и послодавца, смањење броја и ограничење власти жандармерије, ширење писмености и отварање нових школа, смањење и олакшавање војне службе, издашна брига за народно здравље, увођење пороте и стварање општинских и трговачких судова, те сузбијање прозелитизма и доношење интерконфесионалног закона.[27]

Из наведене садржине Програма може се закључити да се он темељио на принципима заштите националних интереса и политичке демократије. Иако су кроз Програм изнети ставови о политичким и друштвеним проблемима тадашњег времена, што је свакако деловало позитивно на широке народне масе, његова суштина је ипак изражавала интересе српског грађанства.

У погледу одржавања Митрвданске скупштине и оснивања СНО министар Буријан је на седници Заједничке владе 1. децембра 1907. године заузео став да се православним Србима у Босни и Херцеговини могу чинити одређени уступци уколико то одговара интересима Монархије. Председници аустријске и угарске владе су подржали Буријаново гледиште, те истакли да се у односу према Србима треба водити „*политика предусретљивости*“, са постепеним развојем „*аутономне мисли*“.[28]

Почетком јануара 1908. године представници СНО су обавестили министра Буријана о одржавању скупштине, те затражили испуњење захтева који су том приликом усвојени. Буријан је сматрао да је истицање султановог суверенитета над Босном и Херцеговиним „*нонсенс и перфидија*“, те да „*сви Босанци морају најзад да се помире да је њихова судбина везана за Аустро-Угарску монархију*“, и да у тој вези „*могу постићи сигуран политички и грађански опстанак и постепену аутономну изградњу своје земље као интегралног дијела целине (Монархије)*“.[29]

[27] Програм Српске народне организације виду у: „Отаџбина“ бр. 22, 9. новембар 1907. године; „Народ“ бр. 48, 3. новембар 1907. године.

[28] Х. Капиџић, *Дискусије о државноправном положају БиХ за вријеме аустроугарске владавине (Покушаји анексије)*“, Гласник архива IV-V, Сарајево 1965, 152–153.

[29] Х. Капиџић, (1968), 67.

Оснивањем јединствене Српске народне организације нису превазиђене разлике које су постојале између три групе које су је чиниле. О могућим неслагањима око одређених питања писао је „Народ“ и пре Митровданске скупштине: „*Ми нијесмо сувише оптимистички расположени да вјерујемо у потпуну једнодушност и у најситнијим ситницама, него смо дубоког увјерења да ће у овој организацији бити мање више нијанса, које ће бити узроком стварања разних мишљења. Ми се од тог стварања не бојимо, јер то разликовање у погледима на вођење политике знак је напретка.*“[30]

Најочитији пример тих неслагања било је аграрно питање. Залажући се за његово решавање група око „Отаџбине“ није презала ни од сукоба са Муслиманском народном организацијом, док су друге две групе то настојале да избегну.

Без обзира на различита гледишта у одређеним питањима, три групе које су чиниле Српску народну организацију слагале су се око основних политичких интереса – борба за аутономију и демократизација политичког живота. Захваљујући томе јединство Српске народне организације је одржано све до почетка саборског рада, када се она поделила на три самосталне странке.[31]

### 4.2. Српска народна самостална станка

Осим Српске народне организације код Срба је у мају 1907. године формирана и Српска народна самостална странка, на чијем челу се налазио др Лазар Димитријевић. Због свог прорежимског деловања странка није уживала посебан углед међу српским народом. У свом деловању странка се највише залагала за решавање аграрног питања, везујући ослобађања кметова за лојално држање Срба према аустроугарској власти. Након неуспеха који је доживела на првим саборским изборима 1910. године странка је престала да постоји.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Борба за верску и просветну аутономију коју је српски народ у Босни и Херцеговини водио девет година изнедрила је и прве српске политичке представнике, накнадно организоване у политичке странке. По окончању аутономне борбе у српском политичком животу долази до формирања четири политичке групе, окупљене око гласила које су издавале.

[30] „Народ“ бр. 34, 22. август 1907. године.

[31] Вид. С. Савић, „Рад босанско-херцеговачког сабора 1910–1914“, *Српска правна мисао* 53/2020, 83–94.

Прву групу су углавном чиниле вође аутономне борбе („Српска ријеч“), другу млађи интелектуалци („Народ“) и трећу сељаштво („Отаџбина“). Упркос међусобним размирицама и другачијим ставовима о појединим питањима, представници ових група су у мају 1907. године усвојили тзв. „Сарајевску резолуцију“, чиме је постављен темељ за формирање јединствене српске политичке организације. Одлука о оснивању Српске народне организације донета је на Митровданској скупштини исте године. Иако међусобне разлике нису биле превазиђене, представници три групе су се слагали око основних политичких интереса српског народа. Међутим, након почетка саборског рада те разлике су ипак испливале на површину, што је и довело до поделе странке.

Осим Српске народне организације код Срба је у мају 1907. године формирана и Српска народна самостална странка. Због свог прорежимског деловања странка је остала без значајније подршке у народу, што се и показало на првим саборским изборима, након чега је странка престала да постоји.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Грђић, Васиљ, *Ријеч двије о нашем спору*, Нови Сад 1906;
2. Имамовић, Мустафа, *Правни положај и унутрашњо-политички развитак БиХ од 1878. до 1914*, Сарајево 2007;
3. Капиџић, Хамдија, *Дискусије о државноправном положају БиХ за вријеме аустроугарске владавине (Покушаји анексије)*“, Гласник архива IV-V, Сарајево 1965;
4. Капиџић, Хамдија, *Положај БиХ за вријеме аустроугарске управе (државноправни односи)*, у „Историјске претпоставке републике Босне и Херцеговин“, Сарајево 1968;
5. Крушевац, Тодор, *Сарајево под аустроугарском управом*, Сарајево 1960;
6. Савић, Сања, *Рад босанско-херцеговачког сабора 1910–1914*, „Српска правна мисао“, бр. 53, Бања Лука 2020;
7. Ђоровић, Владимир, *Политичке прилике у Босни и Херцеговини*, Београд 1939.

### Новине

1. „Дан“ бр.1, 22. јануар 1906. године.
2. „Дан“ бр. 8, 11. март 1906. године.
3. „Народ“ бр. 1, 1. јануар 1907. године.
4. „Народ“ бр. 1, 15. јун 1907. године.

5. „Народ“ бр. 34, 22. август 1907. године.
6. „Народ“ бр. 48, 3. новембар 1907. године.
7. „Отаџбина“ бр. 6, 20. јула 1907. године.
8. „Отаџбина“ бр. 10, 17. август 1907. године.
9. „Отаџбина“ бр. 11, 24. август 1907. године.
10. „Отаџбина“ бр. 19, 19. октобра 1907. године.
11. „Отаџбина“ бр. 22, 9. новембар 1907. године.
12. „Српска ријеч“ бр.1, 1. јануара 1905. године.
13. „Српска ријеч“ бр. 159, 16. новембар 1905. године.
14. „Српска ријеч“ бр. 161, 20. новембар 1905. године.
15. „Српска ријеч“ бр. 162, 23. новембар 1905. године.
16. „Српска ријеч“ бр. 163, 25. новембар 1905. године.
17. „Српска ријеч“ бр. 164, 27. новембар 1905. године.
18. „Српска ријеч“ бр. 165, 29. новембар 1905. године.
19. „Српска ријеч“ бр. 166, 30. новембар 1905. године.
20. „Српска ријеч“ бр. 168, 4. децембар 1905. године.
21. „Српска ријеч“ бр. 169, 6. децембар 1905. године.
22. „Српска ријеч“ бр. 173, 14. децембар 1905. године.
23. „Српска ријеч“ бр. 174, 16. децембар 1905. године.
24. „Српска ријеч“ бр. 106, 26. мај 1907. године.
25. „Српска ријеч“ бр. 162, 8. август 1907. године.
26. „Српска ријеч“ бр. 166, 13. август 1907. године.
27. „Српска ријеч“, бр. 237, 14. новембар 1907. године.

*Associate Professor Sanja Savić, LL.D.*

Faculty of Law, University of East Sarajevo

## POLITICAL ORGANIZATION OF SERBS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA DURING THE AUSTRIAN-HUNGARIAN RULE

*Summary*

The end of the nine-year struggle for religious and educational autonomy did not appease the Serbian libertarian spirit. On the contrary. Expanding political interest beyond the church and school frameworks, the younger intelligentsia stands up against the opportunistic attitude of the old Serbian leaders, who for the sake of their own interests had a more moderate attitude, and presents a different view of the continuation of the national struggle. As a result, several groups were formed that represented different political positions, each of them having its own newspaper. By adopting the so-called The "Sarajevo Resolutions" laid the foundations for the establishment of the first Serbian political organization that will fight for the country's autonomy, civil rights and the adoption of a constitution.

**Key words:** *"Srpska riječ"; "Dan"; "Narod"; "Otadžbina"; Sarajevo resolution; Serbian people's organization; Serbian people's independent party*.

UDC/УДК 34(37)C
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Assistant Professor Cristiana M. A. Rinolfi, LL.D.*

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Sassari, Italia

# ALLE ORIGINI DELLA *SCIENTIA IURIS*: *L'INTERPRETATIO* SACERDOTALE IN ROMA ANTICA. CONCEZIONI E PERCORSI METODOLOGICI

*La ricerca ha per oggetto la interpretatio sacerdotale in Roma antica, che rappresenta le origini dell'attività giurisprudenziale odierna. Il lavoro si apre con una riflessione intorno alle antiche concezioni alla base dell'azione dei sacerdotes romani (ortoprassi, ossessiva attenzione per il rito finalizzata alla conservazione della pax deorum), per poi sottolineare la persistenza dell'interpretatio sacerdotale in seno alla esperienza giuridica romana rispetto al sopraggiunto fenomeno della "laicizzazione". Dopo una panoramica sulla frammentarietà di quanto rimane dei documenti sacerdotali, si procede a ricostruire gli elementi principali dell'opera dei sacerdotes populi Romani con ampio ricorso, in via di esempio, al dettato delle testimonianze antiche. L'analisi dei frammenti ha rilevato una attitudine sacerdotale alla creazione di definizioni e classificazioni. Per quanto riguarda l'esternazione di quanto elaborato dai sacerdoti, emerge non solo la ben nota attività rispondente, e l'emanazione di decreti vincolanti l'intero popolo Romano, ma anche esternazioni spontanee e indicazioni nella sfera del ius sacrum: azioni che certamente non possono essere spiegate alla luce delle moderne concezioni statualiste.*

**Parole chiave:** Interpretatio; Sacerdotes populi Romani; Fas-ius.

**SOMMARIO**: 1. *Interpretatio* sacerdotale e *religio Romana*. – 2. Ripartizione delle competenze sacerdotali. – 3. Resistenza dell'*interpretatio* sacerdotale alla "laicizzazione". – 4. Stato frammentario del materiale proveniente dagli archivi sacerdotali. – 5. Il *modus operandi*: alcune tracce. – a) Definizione dei concetti. – b) Elenchi chiosati. – c) Classificazioni. d) Edificazione di *carmina*. – 6. Le esternazioni tra tradizione e innovazione. – Abstract.

Cristiana M. A. Rinolfi, *rinolfi@uniss.it.*

## 1. INTERPRETATIO SACERDOTALE E RELIGIO ROMANA

Ai primordi della *iurisprudentia* si colloca una minuziosa opera svolta dai *sacerdotes populi Romani* che segnò e caratterizzò il sistema giuridico-religioso di Roma antica[1] e che, tuttora, costituisce il profondo nucleo della realtà giuridica contemporanea connessa alla tradizione del *ius Romanum*.

La necessità di affidare l'interpretazione giuridica a sacerdoti era diretta conseguenza della natura della religione politeista romana, si trattava, infatti, di un sistema essenzialmente basato sulle pratiche cultuali, lapidariamente descritto da Cicerone – allorquando vantava la superiorità romana nelle manifestazioni di ossequio verso le divinità – per cui la *religio* era *cultus deorum*.[2] Così, la centralità dei riti[3] comportava che la religione romana fosse sostanzialmente pratica.[4]

Per i Romani il sacrificio era celebrato al fine di assicurarsi il favore divino, ed era inteso quale strumento per un mutuo scambio tra gli uomini e gli dèi, in quanto i primi ne ricavavano benefici mentre i secondi ottenevano il proprio sostentamento. Questo "atteggiamento bivalente" inerente al concetto di *sacrificia*[5] emerge specialmente in Mauro Servio Onorato, secondo il quale il verbo *mactare*, nell'accezione di "immolare" in uso nella terminologia sacerdotale, ... *proprie est 'magis augere'*.[6] L'aspettativa

---

[1] Lo stretto, e originario, rigore nelle procedure rituali della *religio Romana* fu trasmesso al *ius civile* che, proprio attraverso l'azione sacerdotale, si improntò agli schemi tipici provenienti dal *ius sacrum*; così, si deve sovvertire quanto afferma R. Turcan, *Rome et ses dieux*, Paris 1998, 13, per il quale la *religio Romana* «relève de la procédure judiciaire».

[2] Cicero, *De nat. deor.* 2.8: *Et si conferre volumus nostra cum externis, ceteris rebus aut pares aut etiam inferiores repiemur; religione, id est cultu deorum, multo superiores*; vedi anche 1.117: *Horum enim sententiae omnium non modo superstitionem tollunt, in qua inest timor inanis deorum, sed etiam religionem, quae deorum cultu pio continetur*.

[3] Vedi specialmente J. Scheid, "La parole des dieux. L'originalité du dialogue des Romains avec leurs dieux", *Opus* 6-8/1987-1989, 129; J. Scheid, "Les espaces cultuels et leur interpretation", *Klio* 77/1995, 424; J. Scheid, *Quand faire, c'est croire. Les rites sacrificiels des Romains*, Paris 2005, 7 ss. (cfr. la recensione di C. Ando «Evidence and Orthopraxy », *Journal of Roman Studies* 99/2009, 171 ss.).

[4] Secondo P. Chini, *La religione*, Roma 1990, 7, la *religio Romana* non fu «una religione con sviluppi teologici complessi, con costrutti mitologici, con nessi mistici tra individuo e divinità, ma fu una religione pratica, originariamente adatta a soddisfare le esigenze di un popolo di pastori e di agricoltori».

[5] L'espressione è di F. Sini, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001, 189, a cui si rinvia per le concezioni giuridico-religiose del sacrificio alle 177 ss. In merito, vedi anche P. P. Onida, *Il divieto dei sacrifici di animali nella legislazione di Costantino. Una interpretazione sistematica, Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino Imperatore tra Oriente e Occidente* (a cura di P. P. Onida, F. Sini), Torino 2003, 73 ss.

[6] Servius, *In Verg. Aen.* 4.57: *Mactant verbum sacrorum, κατ' εὐφημισμόν dictum, ut adolere; nam 'mactare' proprie est 'magis augere'*.

umana di un vantaggio derivato dal rapportarsi con gli dèi era già attestata, ad esempio, nel *Curculio* plautino, dove si sostiene che se le divinità fossero state propizie a un uomo gli avrebbero fatto conseguire un guadagno; inoltre qui si legge dell'intenzione del *leno* Cappadox di ringraziare gli dèi attraverso un sacrificio per aver concluso un buon affare, intendendo in tal modo i riti sacrificali quale contraccambio per la benevolenza delle forze celesti.[7]

Il senso di tale religiosità, implicante un incessante rapporto di scambio tra uomini e dèi, è colto in un breve passaggio del *De civitate Dei*. In tale occasione Agostino riferisce di come il popolo Romano onorasse le divinità con molteplicità di templi, sacerdoti, sacrifici, festività, giochi, pur senza ricevere precetti di carattere morale che avrebbero impedito la rovina della società.[8] Per il vescovo d'Ippona i *dii custodes* non si curavano della decadenza di Roma e quindi non contraccambiavano il culto rivolto loro; tuttavia, nella religione politeista romana, la rappresentazione del sacrificio non implicava profili etici o morali, piuttosto si incentrava su effetti concreti.

A fronte delle tangibili conseguenze derivanti dai *sacrificia*, i *veteres Romani* erano *castissimi cautissimique*,[9] poiché la corretta celebrazione dei riti salvaguardava la *pax deorum*, il pacifico rapporto intessuto tra il popolo Romano e le divinità[10] a partire dall'atto di fondazione dell'Urbe.[11] Gli

---

[7] Plautus, *Curc.* 531 s.: *Quoi homini dei sunt propitii, lucrum ei profecto obiciunt / Nunc rei divinae operam dabo: certums[i]t bene me curare*; si veda anche: 557 s.: CA. *Quoi homini di sunt propitii, ei non esse iratos puto. / Postquam rem divinam feci ...*; *Pers.* 470: DO. *Quoi homini di propitii sunt aliquid obiciunt lucri*; Valerius Maximus 2.5.6: *Et ceteros* [i.e. *deos*] *quidem ad benefaciendum venerabantur*. Rispetto a tali concezioni, N. Belayche, "Religious Actors *in* Daily Life*:* Practices *and* Related Beliefs", *A Companion to Roman Religion* (a cura di J. Rüpke), Malden 2007, 275 ss., rileva come «Gods are considered as supporting human projects or not. Success, sanction, or failure being interpreted as a legitimization (or not) by the powers that had been invoked, ritual procedures were planned in order to make those powers propitious and have them as allies».

[8] Augustinus Hipponensis, *De civ. Dei* 2.22: *Ut ergo non periret, dii custodes eius populo cultori suo dare praecipue vitae ac morum praecepta debuerunt, a quo tot templis, tot sacerdotibus et sacrificiorum generibus, tam multiplicibus variisque sacris, tot festis sollemnitatibus, tot tantorumque ludorum celebritatibus colebantur; ubi nihil daemones nisi negotium suum egerunt, non curantes quem ad modum illi viverent, immo curantes ut etiam perdite viverent, dum tamen honori suo illa omnia metu subditi ministrarent*.

[9] Gellius, *Noct. Att.* 2.28.2: *... veteres Romani cum in omnibus aliis vitae officiis tum in constituendis religionibus atque in dis inmortalibus animadvertendis castissimi cautissimique ...*

[10] Il tema della *pax deorum* è stato oggetto di approfondite ricerche da F. Sini, di cui vedi specialmente: F. Sini, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari 1991, 235 ss., 256 ss.; F. Sini, "Populus et religio dans la Rome républicaine", *Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari* 2/1995 [ma 1996], 77 ss.; F. Sini, 2010, 167 ss., 262 ss.; F. Sini, « Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: pax

dèi non solo erano intesi quali sostenitori della nascita della *civitas*, ma anche i soggetti da cui dipendeva lo sviluppo spazio-temporale.[12] Cicerone, in particolare, riferisce dell'accrescimento della *res publica* quale esito dell'obbedienza ai dettami della religione,[13] e Valerio Massimo connette la custodia e la costante espansione dell'*imperium* romano al favore espresso dalle divinità.[14] Da tali concezioni ne derivava che, al fine di garantire la

---

deorum, tempo degli Dèi, sacrifice », *Diritto @ Storia* 1/2002, *http://www.dirittoestoria.it/tradizione/F.%20Sini%20-%20Uomini%20e%20D%E8i%20%20nel%20sistema%20giuridico-religioso%20roman.htm*; F. Sini « Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant: riflessioni su fides e "diritto internazionale" romano (a proposito di bellum, hostis, pax) », *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), III* (a cura di L. Garofalo), Padova 2003, 535 ss.; F. Sini, « Ut iustum conciperetur bellum: Guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano », *Seminari di storia e di diritto, «Guerra giusta»? Le metamorfosi di un concetto antico* (a cura di A. Calore), Milano 2003, 71 ss.; F. Sini, « Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica », *Diritto @ Storia* 4/2005, §§ 8–9, *http://www.dirittoestoria.it/4/Memorie/Sini-Guerra-pace-Roma-antica.htm*; F. Sini, « Diritto e pax deorum in Roma antica », *Diritto @ Storia* 5/2006, *http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Sini-Diritto-pax-deorum.htm*. In materia vedi ancora: H. Fuchs, *Augustinus und der antike Friedengedanke. Untersuchungen zum neunzehnten Buch der Civitas Dei*, Berlin 1926, 186 ss.; M. Sordi, *Pax deorum e libertà religiosa nella storia di Roma, in La pace nel mondo antico*, Milano 1985, 146 ss.; R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 167 ss.; E. Montanari, « Il concetto originario di 'pax' e la 'pax deorum' », *Concezioni della pace (Seminario 21 aprile 1988)* (a cura di P. Catalano, P. Siniscalco), Roma 2006, 39 ss.; F. Santangelo, « Pax deorum *and Pontiffs* », *Priests and State in the Roman World* (a cura di J. H. Richardson, F. Santangelo), Stuttgart 2011, 161 ss.; S. Satterfield, « Prodigies, the pax deum and the ira deum », *The Classical Journal* 110/2015, 431 ss.; O. Licandro, « La pax deorum e l'imperatore Augusto (che "iniziò a porre ordine nell'ecumene") » *Scritti per A. Corbino, IV* (a cura di I. Piro), Tricase 2016, 223 ss., e D. P. Wick, « Augustus – Making a Legacy of the Pax Deorum Aspects of a Pagan Attempt at Religious Revival Shortly Before the Birth of Christ », *Athens Journal of History* 5/2019, 115 ss., per l'uso ideologico e politico della *pax* fatto da Augusto.

[11] Sull'intervento divino all'atto della fondazione, vedi, ad es.: Cicero, *In Cat.* 1.33; Livius 28.28.11. In materia, si rinvia a P. Catalano, « Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia », *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II.16.1* (a cura di W. Haase), Berlin–New York 1978, 479 ss., spec. 442 ss., e a F. Sini, *Fondazione della* urbs Roma, in *Diritto @ Storia* 15/2017, *http://www.dirittoestoria.it/15/memorie/Sini-Fondazione-urbs-Roma.htm*, per le implicazioni giuridico-religiose nella fondazione dell'*urbs*.

[12] Intorno alle strette relazioni tra *religio* e *imperium* del popolo Romano, specialmente F. SINI, (2001), 6 ss.

[13] Cicero, *De nat. deor.* 2.8: *C. Flaminium Coelius religione neglecta cecidisse apud Transumenum scribit cum magno rei publicae vulnere. Quorum exitio intellegi potest eorum imperiis rem publicam amplificatam qui religionibus paruissent*.

[14] Valerius Maximus: 1.1.8: *Non mirum igitur, si pro eo imperio augendo custodiendoque pertinax deorum indulgentia semper excubuit, quo tam scrupulosa cura parvula*

*pax deorum*, e dunque la sopravvivenza (e la crescita demografica) del *populus Romanus*, si dovesse prestare una minuziosa attenzione per le cerimonie sacre.

Sulla base di questa rappresentazione che rifletteva quella di una "ossessiva" presenza del sacro nella *civitas*, per la perfetta convivenza tra dèi e cittadini (Romani), i culti dovevano essere posti in essere formalmente perfetti in ogni loro profilo e ogni manifestazione divina doveva essere interpretata, spesso al fine di determinare una eventuale espiazione. Nel discorso ciceroniano rivolto ai pontefici, circa le parole da dire e da suggerire e ciò che si doveva toccare o tenere, emerge quella che era la ritualità del diritto, estrinsecando l'essenza del rito in Roma antica.[15]

Nelle fonti sono numerosi gli esempi che mostrano tale attenzione nel rivolgersi agli dèi fin dalle origini. Celebre è l'episodio della *dedicatio* del tempio a Giove Ottimo Massimo compiuta dal console *suffectus* (e *pontifex maximus*) Orazio Pulvillo,[16] il quale, senza alcuna interruzione nella pronuncia della formula, completò correttamente la cerimonia, nonostante in quel preciso frangente gli fosse stata comunicata la tragica notizia della morte del figlio.[17] All'opposto, appare esemplare il caso di Tullo Ostilio il quale, avendo prestato scarsa oculatezza nella pratica rituale dell'attrazione dei fulmini sulla terra, subì, unitamente alla sua *domus*, l'ira di Giove;[18] secondo questa prospettiva, in assenza di cautela e perizia nella sfera del sacro lo stesso *rex* poteva subire nefaste ripercussioni. Tutti i segni divini, anche quelli meno rilevanti per la vita del popolo Romano, non dovevano essere trascurati dal re, a tale proposito si deve segnalare l'erezione ad opera di Anco Marcio di una statua a *Venus Calva* quale *piaculum* per far cessare il contagio di tigna che aveva fatto perdere i capelli alle donne.[19]

In questo clima culturale, la vasta e recondita conoscenza del diritto dei *sacerdotes* era funzionale al sistema; l'estrema cautela seguita con particolare acribia dai sacerdoti romani si palesa in particolare da clausole inserite in alcune invocazioni, quale quella "*sive vos quo alio nomine fas est nominare*", atta a scongiurare un accidentale errore liturgico intorno al

---

*quoque momenta religionis examinari videntur, quia numquam remotos ab exactissimo cultu caerimoniarum oculos habuisse nostra civitas existimanda est*.

[15] Cicero, *De dom.* 138: *Illa interiora iam vestra sunt, quid dici, quid praeiri, quid tangi, quid teneri ius fuerit*.

[16] T. R. S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic. I. 509 B.C. – 100 B.C.*, New York 1951, 3, 6.

[17] Vedi, ad esempio: Cicero, *De dom.* 139; Livius 2.8.6-8; Valerius Maximus 5.10.1; Seneca phil., *Cons. ad Marc.* 13.1.

[18] Cicero, *De re publ.* 2.32 (*apud* Augustinus Hipponensis, *De civ. Dei* 3.15.1); Valerius Maximus 9.12.1; Livius 1.31.8; Plinius, *Nat. hist.* 2.140, 28.4; *De vir. illustr.* 4.4; Eutropius, *Brev.* 1.4,2; Servius, *In Verg. Buc.* 6.42.

[19] Servius Dan., *In Verg. Aen*. 1.720.

nome del dio,[20] oppure "*si deo, si dea*",[21] in caso di incertezza sul sesso divino; mentre, qualora non si conoscesse la divinità da invocare, si manifestava la necessità di rivolgersi *ad generalitatem*.[22]

La perizia sacerdotale è palpabile, inoltre, nel testo di un senatoconsulto risalente al 99 a.C. riportato da Aulo Gellio:

*Noct. Att.* 4.6.2: *Quod C. Iulius L. filius pontifex nuntiavit in sacrario in regia hastas Martis movisse, de ea re ita censuerunt, uti M. Antonius consul hostiis maioribus Iovi et Marti procuraret et ceteris dis, quibus videretur, lactantibus. Uti procurasset, satis habendum censuerunt. Si quid succidaneis opus esset, robiis succideret*.

Il provvedimento fu promanato in seguito all'annuncio ufficiale di parte pontificale del prodigio delle aste di Marte che si erano mosse nella Regia, di cui si dà notizia quale premessa all'atto senatorio. Le prescrizioni dirette al console appaiono talmente precise, anche in merito a possibili vittime sostitutive, che si può affermare con un certo grado di certezza che furono suggerite proprio dal collegio sacerdotale.

Tra gli altri casi tramandati nelle fonti antiche testimonianti l'accortezza e la meticolosità di tipo giuridico-religioso adoperate dai *sacerdotes populi Romani*, si devono richiamare, ma solo a titolo esemplificativo: la delimitazione augurale del *templum* in cui si sarebbero dovuti manifestare in modo incontrovertibile i segni celesti durante la cerimonia dell'*inauguratio regis*;[23] la formula del *ver sacrum*,[24] frutto della sapienza

[20] Macrobius, *Sat.* 3.9.10.

[21] Gellius, *Noct. Att.* 2.28.2-3. Questa clausola, con diverse varianti, era ricorrente, ad esempio, la formula "*sive mas sive femina*" era incisa in uno scudo consacrato posto nel Campidoglio (Servius Dan., *In Verg. Aen.* 2.351), laddove, l'espressione "*Si deus, si dea est*" si ritrova nel *carmen* dell'*evocatio* (Macrobius, *Sat.* 3.9.7), e in alcune iscrizioni: *Inscriptiones Latinae liberae rei publicae*, I, curavit A. Degrassi, Firenze 1957, 166 nr. 291: *Sei deo sei deivae sac(rum)*; 166 nr. 292: *Sei deus sei dea*; 167 nr. 293: *Sei deo sei deae*.

[22] Servius et Servius Dan., *In Verg. Georg.* 1.21. Si veda anche Ammianus Marcellinus, *Res gest.* 17.7.10: *Unde ut in ritualibus et pontificiis --- obtemperatur, observantibus sacerdotiis caute ne alio deo pro alio nominato, cum, qui eorum terram concutiat, sit in abstruso, piacula committantur*; come ha, infatti, evidenziato M. Perfigli, *Indigitamenta. Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa 2004, 237, «in una religione politeista, l'identificazione del dio non è immediata, essa ha come prerequisito la corretta individuazione della divinità».

[23] Livius 1.18.7 s.: *Inde ubi prospectu in urbem agrumque capto deos precatus regiones ab oriente ad occasum determinavit, dextras ad meridiem partes,* 8. *laevas ad septentrionem esse dixit, signum contra ...*

[24] Livius 22.10.1-6: *His senatus consultis perfectis L. Cornelius Lentulus pontifex maximus consulente collegium praetore omnium primum populum consulendum de vere sacro censet: iniussu populi voveri non posse*. 2. *Rogatus in haec verba populus: 'velitis iubeatis ne haec sic fieri? si res publica populi Romani Quiritium ad quinquennium proximum, sic<ut> velim <vov>eamque, salva servata erit hisce duellis, quod duellum populo Roma-*

pontificale,[25] da cui traspare, come evidenziava F. Schulz, un preciso ragionamento giuridico.[26]

La *religio Romana*, pertanto, si presentava come necessitata dal bisogno di una interpretazione frutto di *sapientia* (in ambito al contempo sacro e giuridico) al fine di chiarire possibili dubbi affliggenti tanto il singolo cittadino quanto le *partes* costituzionali: lo stretto nesso tra la norma e la sua interpretazione rese unica l'esperienza giuridica romana nell'antichità.

## 2. RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE SACERDOTALI

L'incessante attività interpretativa fu svolta in modo settoriale, sulla base di una ripartizione di funzioni attribuite ai singoli sacerdoti, a collegi e *sodalitates*. Le varie suddivisioni per "argomenti" si possono apprezzare, solo per fare qualche esempio, in Tito Livio,[27] il quale ricorda l'istituzione numana di *sacerdotes* e *collegia*,[28] anche se lo storico offre sul punto un

---

*no cum Carthaginiensi est quaeque duella cum Gallis sunt qui cis Alpis sunt,* 3. *[da]tum donum duit populus Romanus Quiritium, quod vir attulerit ex suillo ovillo caprino bovillo grege quaeque profana erunt, Iovi fieri, ex qua die senatus populusque iusserit.* 4. *Qui faciet, quando volet quaque lege volet, facito; quo modo faxit, probe factum esto.* 5. *Si id moritur, quod fieri oportebit, profanum esto, neque scelus esto. Si quis rumpet occidet ve insciens, ne fraus esto. Si quis clepsit, ne populo scelus esto neve cui cleptum erit.* 6. *Si atro die faxit insciens, probe factum esto. Si nocte sive luce, si servus sive liber faxit, probe factum esto. Si antidea senatus populusque iusserit fieri ac faxitur, eo populus solutus liber esto'.*

[25] Tra coloro che affermano la redazione pontificale del testo presentato all'assemblea popolare vedi spec.: J. Heurgon, « Le «Ver sacrum» romain de 217 », *Trois études sur le «Ver sacrum»* (ed. J. Heurgon), Bruxelles 1957, 39 ss., il quale rileva come nella formula nulla fu lasciato al caso, per cui «Jupiter n'aurait pas à réclamer pour un éventuel vice de forme»; F. Sini, *A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995, 111, per cui alcune clausole del documento attestano «uniformità e continuità nell'interpretazione del collegio pontificale», come quella *Si atro die faxit insciens, probe factum esto*, improntata a un precedente decreto pontificale ricordato da Gellius, *Noct. Att.* 4.6.10; L. Sacco, « Ver sacrum. Osservazioni storico-religiose sul rito italico e romano », *Chaos e Kosmos* 17-18/2016-2017, 14 s., *http://www.chaosekosmos.it/pdf/2017_07.pdf*; L. Franchini, « Il ver sacrum. Considerazioni in merito a regime e sviluppo storico di un antico rito migratorio », *Jus- Online* 4/2020, 142 ss., spec. 150.

[26] F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968 [tit. orig.: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961], 58. Si veda anche G. Dumezil, *La religion romaine archaïque*, Paris 1974, 474, per cui questa formula «est un beau monument de la prudence, du bon sens que les experts sacrés de Rome apportaient à la réglementation des choses les plus artificielles».

[27] Livius 1.20; in riferimento all'azione in ambito religioso del re di origine sabina si veda anche Cicero, *De re publ.* 2.26.

[28] In merito alla riforma religiosa di Numa Pompilio, si veda spec.: J. B. Carter, *The Religion of Numa*, London 1906; F. Ribezzo, « Numa Pompilio e la riforma etrusca della reli-

racconto particolareggiato esclusivamente delle vaste competenze dei pontefici. Che, in seno alla *religio Romana*, esistessero dei *distinguo*, è mostrato anche da Cicerone, il quale illustra la macro distinzione tra *sacra* e *auspicia* (a cui aggiungere quanto *monuerunt* gli interpreti della Sibilla e gli aruspici *praedictionis causa*),[29] articolazione che corrispondeva alle materie attribuite a pontefici, auguri (*viri sacris faciundis* e aruspici), come emerge nel *De legibus*, in cui si parla di *tria genera* di *publici sacerdotes*.[30]

Oltre a questa ripartizione *ratio materiae* delle competenze dei vari sacerdozi, Festo[31] offre una antichissima[32] classificazione dell'*ordo sacer-*

---

gione primitiva di Roma », *Rendiconti della Accademia Nazionale dei Lincei ser. VIII* 5/1950, 553 ss.; S. Accame, *I re di Roma nella leggenda e nella storia*, Napoli 1959, 219 ss.; E. M. Hooker, « The Significance of Numa's Religious Reforms », *Numen* 10/1963, 87 ss.; G. B. Pighi, *La religione romana*, Torino 1967, 31 s.; F. Della Corte, *Numa e le streghe*, in *Maia* 26, 1974, 3 ss.; M. A. Levi, « Il re Numa e i 'penetralia pontificum' », *Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Classe di Lettere e Scienze morali e storiche* 115/1981, 161 ss.; J. Martinez-Pinna, « La reforma de Numa y la formación de Roma », *Gerión* 3/1985, 97 ss.; L. Fascione, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella 'Storia di Roma arcaica' di Dionigi d'Alicarnasso, I*, Napoli 1988, 128 ss.; G. Capdeville, « Les institutions religieuses de la Rome primitive d'après Denys d'Halicarnasse », *Pallas* 39/1993, 153 ss.; I. G. Mastrorosa, « Numa artisan de la religion civique dans l'historiographie romaine: la modélisation de Tite-Live », *Diuina studia. Mélanges de religion et de philosophie anciennes offerts à F. Guillaumont* (a cura di É. Gavoille, S. Roesch), Bordeaux 2018, 127 ss.

[29] Cicero, *De nat. deor.* 3.5: *Cumque omnis populi Romani religio in sacra et in auspicia divisa sit, tertium adiunctum sit si quid praedictionis causa ex portentis et monstris Sibyllae interpretes haruspicesve monuerunt...*

[30] Cicero, *De leg.* 2.20.

[31] Festus, *De verb. sign.*, p. 198 L.: *Ordo sacerdotum aestimatur deorum <ordine, ut deus> maximus quisque. Maximus videtur Rex, dein Dialis, post hunc Martialis, quarto loco Quirinalis, quinto pontifex maximus. Itaque in soliis Rex supra omnis accumbat licet; Dialis supra Martialem, et Quirinalem; Martialis supra proximum; omnes item supra pontificem. Rex, quia potentissimus: Dialis, quia universi mundi sacerdos, qui appellatur Dium; Martialis, quod Mars conditoris urbis parens; Quirinalis, socio imperii Romani Curibus ascito Quirino; pontifex maximus, quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque*.

[32] Tra coloro che ne affermano l'antichità, si veda spec.: J. Marquardt, *Le culte chez les Romains*, Paris 1889, 265; R. Schilling, « L'originalité du vocabulaire religieux latin », *Revue belge de philologie et d'histoire* 49/1971, 36 (ora in R. Schilling, *Rites, cultes, dieux de Rome*, Paris 1979, 35); G. Dumezil, (1974), 155; H. Le Bourdelles, « Nature profonde du pontificat romain. Tentative d'une étymologie », *Revue de l'histoire des religions* 189/1976, 58; F. Sini, *Documenti sacerdotali di Roma antica. I. Libri e commentarii*, Sassari 1983, 15, 26 nt. 6; F. Sini, (2006); L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008, 173; A. Schiavone, « Il re, l'ariete, la città, il gregge », *'Iuris quidditas'*. Liber amicorum *per B. Santalucia*, Napoli 2010, 335; C. M. A. Rinolfi, «Rex, quia potentissimus». Il re romano tra diritto e religione », *Diritto @ Storia* 17/2019, §1 (*https://www.dirittoestoria.it/17/tradizione/Rinolfi-Rex-quia-potentissimus.htm*); C. M. A. Rinolfi, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant… aut in procintu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino 2020, 211.

*dotum* in base alla divinità di riferimento, stando all'integrazione dell'*incipit* proposta da W.M. Lindsay con l'inciso <*ordine, ut deus*>. In tal modo la gerarchia dei sacerdoti seguiva l'ordine delle divinità,[33] in chiave dell'essere *maximus*/*minor*. Tale schema classificatorio non solo articolava i sacerdozi,[34] ma è attestato quale principio a cui essi ricorrevano nell'*interpretatio*,[35] applicato, ad esempio, dalla riflessione augurale alla ripartizione delle magistrature repubblicane (in chiave di *auspicia* e *potestates* maggiori/minori), come tramanda il *De auspiciis* di Messala.[36] Questo ordine teocentrico, che rispondeva all'esigenza spesso dichiarata dalle fonti di individuare la divinità rispetto ai riti ad essa dovuti,[37] dovette incidere nell'ambito della ripartizione per materia attribuita ai sacerdoti.

Dagli autori antichi emerge la presenza di altre "gerarchie" sacerdotali rispetto a quanto illustrato nella glossa festina in esame,[38] il che potrebbe

---

[33] Il medesimo intervento era stato suggerito già da C.O. MUELLER, nel 1839 alla 185 della sua edizione. Cfr. S. Mazzarino, *Dalla monarchia allo stato repubblicano. Ricerche di storia romana arcaica*, Milano 1992, 217 nt. 2 (seguito da E. Bianchi, *Il* rex sacrorum *a Roma e nell'Italia antica*, Milano 2010, 110 s. e nt. 12, 127 nt. 69) il quale propone l'integrazione di <*in caerimoniis ut*>.

[34] Ad esempio: Festus, *De verb. sign.*, p. 144 L.: *Maximae dignationis Flamen Dialis est inter quindecim flamines, et cum ceteri discrimina maiestatis suae habeant, minimi habetur Pomonalis, quod Pomona levissimo fructui agrorum praesidet pomis*; p. 152 L.: *Maximum praetorem dici putant ali eum, qui maximi imperi sit; ali, qui[a] aetatis maximae. Pro collegio quidem augurum decretum est, quod in Salutis augurio praetores maiores et minores appellantur, non ad aetatem, sed ad vim imperii pertinere*).

[35] Ad esempio tale criterio si rinviene nella definizione augurale dello spazio (Festus, *De verb. sign.*, v. *Minora templa*, p. 146 L.).

[36] Gellius, *Noct. Att.* 13.15.3-4.

[37] È il caso dell'opposizione del collegio pontificale alla consacrazione di un unico tempio a Honos e Virtus, poiché bisognava essere sempre in grado di associare un prodigio a una specifica divinità (Livius 27.25.7-9, testo *infra*, nt. 169). Per la corrispondenza simmetrica tra vittime sacrificali e divinità a cui immolarle, ad es.: Cicero, *De leg.* 2.29: *Iam illex institutis pontificum et haruspicum non mutandum est, quibus hostiis immolandum cuique deo, cui maioribus, cui lactentibus, cui maribus, cui feminis*; Arnobius, *Adv. nat.* 7.19: *Diis feminis feminas, mares maribus hostias immolare abstrusa et interior ratio est vulgique a cognitione dimota*.

[38] In particolare: Cicero, *De har. resp.* 12: *At vero meam domum P. Lentulus consul et pontifex, P. Servilius, M. Lucullus, Q. Metellus, M'. Glabrio, M. Messalla, L. Lentulus flamen Martialis, P. Galba, Q. Metellus Scipio, C. Fannius, M. Lepidus, L. Claudius rex sacrorum, M. Scaurus, M. Crassus, C. Curio, Sex. Caesar flamen Quirinalis, Q. Cornelius, P. Albinovanus, Q. Terentius pontifices minores causa cognita, duobus locis dicta, maxima frequentia amplissimorum ac sapientissimorum civium adstante omni religione una mente omnes liberaverunt*; *De dom.* 127: *Discite orationem, pontifices, et vos, flamines; etiam tu, rex, disce a gentili tuo, quamquam ille gentem istam reliquit, sed tamen disce ab homine religionibus dedito ius totum omnium religionum*; Livius 6.41.9: *Vulgo ergo, pontifices, augures, sacrificuli reges creentur*; Lactantius, *Div. inst.* 5.19.10: *Procedant in medium pontifices seu minores seu maximi, flamines augures, item reges sacrificuli quique sunt sacerdotes et antistites religionum*; Macrobius, *Sat.* 3.13.10 s.: *Accipite inter gravissimas perso-*

far supporre la sussistenza di ulteriori, e complessi, criteri di ripartizione per competenza.

## 3. RESISTENZA DELL'*INTERPRETATIO* SACERDOTALE ALLA "LAICIZZAZIONE"

Nelle testimonianze antiche non si rinviene alcuna evidenza circa un possibile affievolimento, o ridimensionamento, dell'azione dei sacerdoti in seno ai differenti campi del diritto, all'atto della separazione del *ius* dal *fas*. Le fitte connessioni tra le due sfere giuridiche[39] rimasero attive anche

---

*nas non defuisse luxuriam. Refero enim pontificis vetustissimam cenam quae scripta est in indice quarto Metelli illius pontificis maximi in haec verba:* 11. *Ante diem nonum kalendas Septembres, quo die Lentulus flamen Martialis inauguratus est, domus ornata fuit, triclinia lectis eburneis strata fuerunt, duobus tricliniis pontifices cubuerunt, Q. Catulus, M. Aemilius Lepidus, D. Silanus, C. Caesar, --- rex sacrorum, P. Scaevola, Sextus ---, Q. Cornelius, P. Volumnius, P. Albinovanus et L. Iulius Caesar augur qui eum inauguravit, in tertio triclinio Popilia Perpennia Licinia Arruntia virgines Vestales et ipsius uxor Publicia flaminica et Sempronia socrus eius*. Si veda anche la *lex tabulae Heracleensis*, *CIL* I$^2$.2.1.593, ll. 62 s., dove si menzionano, nell'ordine, vestali, *rex sacrorum* e flamini.

[39] Valerius Maximus 2.5.2: *Ius civile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum inmortalium abditum solisque pontificibus notum Cn. Flavius libertino patre genitus et scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione factus aedilis curulis, vulgavit ac fastos paene toto foro exposuit.* Per l'unità genetica di *fas* e *ius* nel sistema primitivo, specialmente R. Orestano, « Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica », *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 46/1939, 194 ss. (ora in R. Orestano, *Scritti, II.I. Saggistica, con una nota di lettura di A. Mantello*, Napoli 1998, 561 ss.), R. Orestano, *Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 102 ss., e P. Noailles, *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris 1948; P. Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi 1941-1942*, Paris 1949, 24 ss.; P. Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale. I*, Torino 1960, 394 e nt. 7, 486 s., 501 ss.; H. Fugier, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris 1963, 133; G. Nocera, *"Iurisprudentia". Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973, 12; F. Sini,*"Fas et iura sinunt" (Virg., 'Georg.' 1, 269). Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'. I*, Sassari 1984, 8 ss.; F. Sini, (1991), 83 ss.; F. Bona, « "Ius pontificium" e "ius civile" nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto », *"Contractus" e "pactum". Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina, Copanello 1-4 giugno 1988* (a cura di F. Milazzo), Napoli 1990, 209 (ora in F. Bona, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano, II*, Padova 2003, 965). Sul legame semantico tra *fas* e *ius*: P. Cipriano, *Fas e nefas*, Roma 1978, 13 ss. Tra coloro che contestano un collegamento tra diritto e religione, si veda, ad es.: C. Gioffredi, « Ius, Lex, Praetor. (Forme storiche e valori dommatici) », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 13-14/1947-48, 14 ss.; M. Kaser, « Religione e diritto in Roma arcaica », *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 3/1948-1949, 77 ss. (ora in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag* (a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart 1993, 151 ss.); M. Kaser, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 22 ss.; M. Humbert, « Droit et religion dans la Rome antique », *Mélange F. Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Fribourg 1993,191 ss. In letteratura si è anche sostenuto, per l'età

quando si affermò, tra il IV e il III sec. a.C., la figura del giurista laico,[40] quel "nobile sapiente"[41] che, staccandosi dalle logiche interne ai collegi sacerdotali, offriva una *interpretatio* squisitamente individuale.

Cicerone sminuisce lo stringente contatto tra il diritto sacro e gli istituti inerenti a interessi privati, in quanto sostiene che i pontefici si occupassero di quelle parti del *ius civile* soltanto quando queste erano strumentali ai loro affari religiosi, ovvero, *sacra*, *vota*, *feriae*, *sepulcra*, e materie simili[42] (anche se in altri luoghi, però, egli non manca di affermare la *coniunctio*

---

delle origini, l'impossibilità di individuare concettualmente il *ius* e il *fas*: F. Chini, « Idee vecchie e nuove intorno ai concetti di ius e fas », *Religione e Diritto Romano. La cogenza del rito* (a cura di S. Randazzo), Tricase 2015, 115 ss.

[40] Per le accezioni di "laico" e "laicità", P. Catalano, P. Siniscalco, « Laicità tra diritto e religione. Documento introduttivo del XIV Seminario «Da Roma alla Terza Roma» », *Index* 23/1995, 461 ss.; F. Vallacchia, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008, 2 ss.; L. Franchini, « La nozione di «laicità» nella giurisprudenza romana », *Rivista di Diritto Romano* 10/2010, 1 ss. (*http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano10Franchini.pdf*); L. Franchini, « Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law' », *Diritto @ Storia* 10/2011-2012 (*http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Franchini-Esperienza-romana-arcaicacommon-law.htm*).

[41] Evoco qui le parole di A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 97, per cui con la laicizzazione «l'immagine del sacerdote sapiente come protagonista della produzione del *ius* comincia a sbiadirsi, se non proprio a svanire, e prende il suo posto quella del nobile sapiente».

[42] Cicero, *De leg.* 2.47: *Sed iuris consulti sive erroris obiciundi causa, quo plura et difficiliora scire videantur, sive, quod similius veri est, ignoratione docendi (nam non solum scire aliquid artis est, sed quaedam ars est etiam docendi) saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinitam dispertiuntur, velut in hoc ipso genere quam magnum illud Scaevolae faciunt, pontifices ambo et eidem iuris peritissimi! 'Saepe', inquit Publii filius, 'ex patre audivi pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset'. Totum ne? Quid ita? quid enim ad pontificem de iure parietum aut aquarum aut ullo omnino nisi eo, quod cum religione coniunctum est? Id autem quantulum est! De sacris, credo, de votis, de feriis et de sepulchris, et si quid eius modi est. Cur igitur haec tanta facimus? Quom cetera perparva sint, de sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, perpetua sint sacra*. Parte della letteratura ha individuato nel brano l'affermazione ciceroniana dell'autonomia acquisita dal *ius civile* rispetto al *ius pontificium*, in particolare A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma–Bari 1987, 18, il quale rileva il rovesciamento del modello di sapere: «non è più la pratica pontificale che fonda la conoscenza del *ius civile* – ma è la dottrina civilistica che giustifica il ruolo pontificale»; F. Fontanella, « Ius pontificium, ius civile e ius naturae in De legibus II, 45-53 » *Athenaeum* 84/1996, 255 s.; F. Bona, (1990), 211 s. F. Bona, (2003), 968 s., che riconosce una strumentalizzazione avversa agli Scevola. Non è mancato chi, come M. D'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli 1990, 51, legge nel passo una "interdipendenza" tra la sfera del sacro e quella del profano, ma vedi le critiche nella recensione di M. Talamanca, *Bullettino dell'istituto di diritto romano* 94-95/1991-1992, 597, per cui l'oratore non afferma l'interdipendenza tra il diritto civile e quello sacro, «ma esprime soltanto il pensiero che i *pontifices* dovessero ben conoscere il *ius civile*, il che è cosa abbastanza diversa».

tra *ius civile* e *ius pontificium*).[43] Dalla testimonianza dell'oratore, tuttavia, emerge non tanto un restringimento degli ambiti di interesse dell'azione interpretativa del collegio, poiché gli argomenti elencati nel brano paiono coincidere con alcune delle funzioni originarie dei *pontifices* indicate da Livius 1.20.5-7 (*hostiae, dies, templa, pecunia, cetera omnia publica privataque sacra, funebria, prodigia*),[44] quanto, piuttosto, da una parte, un interesse selettivo nell'*interpretatio* pontificale, attinente alle sfere di competenza, dall'altra, un ampliamento del *ius* in ambiti ulteriori rispetto ai *sacra*.

Sul finire del IV secolo, Mauro Servio Onorato, nel commento alle *Georgiche* virgiliane, distingue nettamente le due nozioni, collocando il *fas* nella sfera della *religio*, ovvero del divino, laddove intende gli *iura* materia pertinente al genere umano.[45] Lo schema manifesto seguito dal commentatore di Virgilio è quello *dei-homines / fas-ius*,[46] rinvenibile nelle antichissime riflessioni sacerdotali,[47] come mostra, in particolar modo, la distinzione sacrale dei giorni compiuta da Numa Pompilio in *nefastos dies fastosque*,[48] e contenuta nei libri pontificali, unitamente al minuzioso elen-

---

[43] Cicero, *Brut.* 156: *audivi enim nuper eum studiose et frequenter Sami cum ex eo ius nostrum pontificium, qua ex parte cum iure civili coniunctum esset, vellem cognoscere*; *De orat.* 3.136: *... iuris scientiam – ne eius quidem universi; nam pontificium, quod est coniunctum, nemo discit ...* Sulle reciproche interconnessioni tra *ius pontificium* e *ius civile*, tra gli ultimi, M. Johnson, « The Pontifical Law and the Civil Law. Towards an understanding of the Ius Pontificium », *Athenaeum* 103/2015, 140 ss.

[44] Per un'analisi del passo, *vide*, per opinione di chi scrive, C. M. A. RINOLFI, « Livio 1.20.5-7: pontefici, sacra, ius sacrum », *Diritto @ Storia* 4/2005, *http://www.dirittoestoria.it/4/ Tradizione-Romana/Rinolfi-Pontefici-sacra-ius-sacrum.htm*.

[45] Servius, *In Verg. Georg.* 1.269: *Fas et iura sinunt id est divina humanaque iura permittunt: nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent*; cfr. Isidorus, *Orig.* 5.2.2: *Fas lex divina est, ius lex humana*.

[46] Per tali concetti rinvio a F. Sini, « Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: Pax deorum, tempo degli Dèi, sacrifici », *Diritto @ Storia* 1/2002, *https://www.dirittoestoria.it/tradizione/F.%20Sini%20-%20Uomini%20e%20D%E8i%20%20nel%20sistema%20giuridico-religioso%20roman.htm*.

[47] Varrone ricorre a tale schema nella sistematica delle *Antiquitates rerum humanarum et divinarum* (così, F. Sini, (1991). 109 s., F. Sini, (2006), § 2, vedi anche L. Kofanov, « Varrone "Antiquitates rerum humanarum et divinarum" e il sistema del diritto pubblico romano », *Diritto @ Storia* 5/2006, *https://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Kofanov-Varro-antiquitates-diritto-pubblico-romano.htm*), e in altre trattazioni (solo per fare qualche esempio basti pensare a *De ling. Lat*. 5.155: *Curiae duorum generum: nam et ubi curarent sacerdotes res divinas, ut curiae veteres, et ubi senatus humanas, ut curia Hostilia, quod primus aedificavit Hostilius rex*).

[48] Livius 1.19.7: *Idem nefastos dies fastosque fecit, quia aliquando nihil cum populo agi utile futurum erat*. Vedi anche Florus, *Epit.* 1.2.2: *annumque in duodecim menses, fastos dies nefastosque discripsit*. In letteratura si sono espresse varie teorie che screditano le fonti antiche intorno alla riforma numana del calendario, ad es.: A. K. Michels, « The "Calendar

co di prescrizioni per l'attività umana.[49] La distinzione *fas-ius*, dunque, sussisteva già dall'età del *Regnum* (di cui si ha un esempio specialmente nella tradizione pontificale),[50] e non fu frutto del fenomeno della "laicizzazione"; essa rappresentava invece una ripartizione fondamentale:[51] *l'interpretatio* dei *sacerdotes* tendeva a tenere distinte le due sfere (nello spazio e nel tempo) degli uomini e degli dèi, per comprendere quali fossero gli ambiti in cui il popolo Romano, e i suoi singoli componenti, potevano agire senza ledere la *pax deorum*. In tal caso, non si può parlare di antitesi, ma della specifica di due distinti piani di azione di parti che potevano comunque incontrarsi; del resto, come esplicita Cicerone, uomini e divinità partecipavano alla stessa *societas*, regolata dalla medesima norma.[52]

---

of Numa" and the Pre-Julian Calendar », *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 80/1949, 320 ss., la quale situa in età decemvirale il ciclo festivo arcaico e il calendario (numano-)pregiuliano; C. Guittard, « Le calendrier romain des origines au milieu du V^e^ siècle avant J.-C. », *Bulletin de l'Association G. Budé* 2/1973, 203 ss. (seguito con qualche rilievo da A. W. J. Holleman, « Les calendriers préjuliens à Rome », *L'antiquité classique* 47/1978, 201 ss.), per cui sotto i re etruschi si applicò il sistema calendariale lunare e con il decemvirato legislativo si introdusse il calendario pregiuliano che la tradizione, «avec quelle naïveté», attribuì al secondo re di Roma; F. Coarelli, *Il Foro Romano, I. Periodo arcaico*, Roma 1986, 108, 225, 299 s., che colloca la creazione di questo calendario sul finire del VII sec. a.C.; L. Pedroni, *Ipotesi sull'evoluzione del calendario arcaico di Roma, Papers of the British School at Rome* 66/1998, 39 ss., spec. 44 ss., secondo il quale è verosimile che la riforma del calendario ascritta dalla tradizione a Numa sia stata compiuta dai primi *reges* etruschi.

[49] Servius Dan., *In Verg. Georg.* 1.270: *Sane quae feriae a quo genere hominum vel quibus diebus observentur, vel quae festis diebus fieri permissa sint, siquis scire desiderat, libros pontificales legat*.

[50] In merito si deve ricordare la denominazione del pontefice massimo quale *iudex atque arbiter ... rerum divinarum humanarumque* (Festus, *De verb. sign.*, v. *Ordo sacerdotum*, p. 198 L.).

[51] R. Orestano, (1939), 201, definiva tale concetto «la più antica concezione romana del mondo, rimasta costante in tutta la tradizione, secondo la quale la totalità degli esseri ragionevoli si divideva in due gruppi, gli Dei e gli uomini».

[52] Cicero, *De leg.* 1.23: *Est igitur, quoniam nihil est ratione melius, eaque est et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas. Inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio [et] communis est: quae cum sit lex, lege quoque consociati homines cum dis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est. Quibus autem haec sunt inter eos communia, ei civitatis eiusdem habendi sunt. Si vero isdem imperiis et potestatibus parent, multo iam magis parent [autem] huic caelesti discriptioni mentique divinae et praepotenti deo, ut iam universus sit hic mundus una civitas communis deorum atque hominum existimanda. Et quod in civitatibus ratione quadam, de qua dicetur idoneo loco, agnationibus familiarum distinguuntur status, id in rerum natura tanto est magnificentius tantoque praeclarius, ut homines deorum agnatione et gente teneantur*; *De fin. bon. et mal.* 3.19.64: *Mundum autem censent regi numine deorum, eumque esse quasi communem urbem et civitatem hominum et deorum, et unum quemque nostrum eius mundi esse partem; ex quo illud natura consequi, ut communem utilitatem nostrae anteponamus*. In merito rimando a P. Catalano, « Una civitas communis deorum atque homi-

Il lungo percorso di separazione concettuale delle due sfere giuridiche non si perfezionò nemmeno durante l'impero, come testimonia specialmente la tripartizione ulpianea del *ius publicum* in *sacra*, *sacerdotes* e *magistratus*:[53] finanche nell'età dei Severi i *sacerdotes* della religione politeista erano intesi dai giuristi quali parti nodali del sistema costituzionale; laddove in epoca giustinianea, quando il frammento fu inserito nel Digesto, questo ruolo fu riconosciuto ai sacerdoti cristiani.

## 4. STATO FRAMMENTARIO DEL MATERIALE PROVENIENTE DAGLI ARCHIVI SACERDOTALI

La scarsità delle fonti intorno alla plurisecolare (e tentacolare) *interpretatio* sacerdotale in seno al *ius* e alla *religio Romana* – che, peraltro, si sostanziava in «une religion de l'écrit»[54] – non permette «di farsi un'idea precisa di questa immensa attività interpretativa».[55]

I frammenti della tradizione documentaria sacerdotale, trasmessi specialmente da annalisti e antiquari, richiederebbero, inoltre, un'indagine suppletiva, al fine di comprendere se per ogni singolo autore la conoscenza di questo materiale fosse diretta.[56] Il libero accesso agli archivi sacerdotali

---

num: Cicerone tra temperatio reipublicae e rivoluzioni », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 61/1995, 723 ss.

[53] D. 1.1.1.2 (Ulpianus *libro primo institutionum*); per una analisi approfondita del frammento, *vide* G. Arico Anselmo, « Ius publicum – ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone », *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 37/1983, 452 ss.

[54] J. Scheid, « Lesarchives de la piété. Réflexions sur les livres sacerdotaux », *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique* (a cura di S. Demougin), Paris 1994, 173.

[55] F. Sini, « Notazioni sulla santità in Roma antica: nella religione, nel diritto », *Diritto @ Storia* 18/2020-2021, § 3; sullo stato dei documenti dei collegi sacerdotali, oltre al fondamentale *Documenti sacerdotali di Roma antica*, dello stesso autore: F. Sini, « Documenti sacerdotali e lessico politico-religioso di Roma arcaica », *Atti del Convegno sulla lessicografia politica e giuridica nel campo delle scienze dell'antichità (Torino, 28-29 aprile 1978)* (a cura di I. Lana, N. Marinone), Torino 1980, 127 ss.; F. Sini, « Libri e commentarii nella tradizione documentaria dei grandi collegi sacerdotali romani », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 67/2001 [ma 2002], 375 ss.; F. Sini, « Dai documenti dei sacerdoti romani: dinamiche dell'universalismo nella religione e nel diritto pubblico di Roma antica », *Diritto @ Storia* 2/2003, *https://www.dirittoestoria.it/tradizione2/Sini-Dai-Documenti.htm*; F. Sini, « Diritto e documenti sacerdotali romani: verso una palingenesi », *Diritto @ Storia* 4/2005, *https://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Sini-Diritto-documenti-sacerdotali-palingenesi.htm*; F. Sini, « Palingenesi dei documenti sacerdotali romani: un progetto scientifico russo-italiano », *Diritto @ Storia* 5/2006, *https://www.dirittoestoria.it/5/Rassegne/Sini-Documenti-sacerdotali-progetto-russo-italiano.htm*.

[56] Ad esempio, sebbene non vi sia prova della partecipazione di Varrone a collegi sacerdotali maggiori, F. Sini, (1956), 97, afferma la diretta conoscenza del grammatico reatino di documenti contenuti negli archivi.

da parte di estranei, in alcuni casi, fu probabilmente limitato da una originaria tendenza alla segretezza propria della antica *religio* romana;[57] esemplare è quanto si legge nel *De domo* pronunciato al tempo in cui Cicerone non era ancora entrato a far parte del collegio augurale:[58]

*De dom.* 39: *Venio ad augures, quorum ego libros, si qui sunt reconditi, non scrutor; non sum in exquirendo iure augurum curiosus; haec quae una cum populo didici, quae saepe in contionibus responsa sunt, novi. Negant fas esse agi cum populo, quum de caelo servatum sit*.

L'oratore quando accenna a libri augurali reconditi[59] non si riferisce a un archetipo di documento sacerdotale, ma allude alla riservatezza del contenuto di tale materiale;[60] egli, infatti, sostiene di conoscere *cum populo* solo quanto trapelava all'esterno della scienza augurale, come il testo del responso relativo al *ius comitiorum* che cita di seguito, ritenuto dai moderni un frammento proveniente dagli archivi degli *augures*.[61] L'Arpinate, inoltre, dichiara la sua discrezione, precisando di non essere *curiosus* di sapere tutto ciò che era recondito del *ius augurium*; in modo simmetrico, egli afferma in altri luoghi della stessa orazione di non voler, e al contempo di

[57] In argomento, mi sia permesso di rinviare a C. M. A. Rinolfi, « Cicerone e la "segretezza" della giurisprudenza pontificale », *Diritto @ Storia* 15/2017, *http://www.dirittoestoria.it/15/tradizione/Rinolfi-Cicerone-segretezza-giurisprudenza-pontificale.htm*, fonti e bibl. ivi.

[58] L'oratore entrò a far parte del collegio qualche anno più tardi dalla declamazione del *De domo*, nel 53 a.C., secondo T. R. S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic, II. 99 B.C. – 31 B.C.*, New York 1952, 233, laddove per J. Linderski, « The Aedileship of Favonius, Curio the Younger and Cicero's Election to the Augurate », *Harvard Studies in Classical Philology* 76/1972, 181 ss., l'elezione all'augurato si sarebbe svolta nel marzo del 52 a.C.

[59] L'espressione *libri reconditi* si rinviene in Servius Dan., *In Verg. Aen.* 1.398: *Multi tamen adserunt cycnos inter augurales aves non inveniri neque auguralibus commentariis eorum nomen inlatum, sed in libris reconditis lectum esse, posse quamlibet avem auspicium adtestari, maxime quia non poscatur* (F. A. Brause, *Librorum de disciplina augurali ante Augusti mortem scriptorum reliquiae*, Lipsiae 1875, 35, fr. 18; P. Regell, *Fragmenta auguralia*, Hirschberg 1882, 13, fr. 2); vedi anche 2.649. Questa locuzione, tuttavia, tecnicamente designa il materiale scrittorio della disciplina etrusca: P. Regell, *De augurum publicorum libris. I*, Vratislaviae 1878, 34 ss.; P. Catalano, (1960); F. Sini, (1983), 107, 119 nt. 20; O. Monno, « Tracce di disciplina augurale nel commento di Servio ad ecl. 9,13 », *Invigilata Lucernis* 26/2004, 207 s. e nt. 19. Cfr., però, J. Linderski, « The libri reconditi », *Harvard Studies in Classical Philology* 89/1985, 207 ss., spec. 232 ss.

[60] In merito agli archivi augurali, M. Albana, « I luoghi della memoria a Roma in età repubblicana: templi e archivi », *Annali della Facoltà di Scienze della Formazione* 3/2004, p. 31, ritiene che nel testo in esame Cicerone alluda a qualche limitazione nella consultazione da parte di estranei, peraltro «non dovevano essere molte le persone, eccetto gli stessi sacerdoti, o personale specializzato quali gli scribi, dotate della competenza necessaria per la consultazione degli archivi pubblici».

[61] F. A. Brause, (1875), 45, fr. 1; P. Regell, (1882), 21, fr. 18.

non poter, conoscere il *ius pontificum*.[62] Con tale espediente oratorio, Cicerone contrappone la sua "discrezione", e il suo rispetto verso argomenti religiosi direttamente non accessibili al pubblico, alla condotta del suo nemico giurato che lo aveva privato della sua casa, Publio Clodio Pulcro,[63] il quale, tra le varie mancanze religiose, nel 62 a.C. si rese protagonista di un celebre scandalo, violando il culto della Bona Dea al fine di consumare un atto adulterino con Pompea, moglie di Giulio Cesare.[64]

---

[62] Ad esempio: *De dom.* 121: *Nihil loquor de pontificio iure, nihil de ipsius verbis dedicationis, nihil de religione, caerimoniis; non dissimulo me nescire ea quae, etiam si scirem, dissimularem, ne aliis molestus, vobis etiam curiosus viderer; etsi effluunt multa ex vestra disciplina quae etiam ad nostras aures saepe permanant*; 138: *Dixi a principio nihil me de scientia vestra, nihil de sacris, nihil de abscondito pontificum iure dicturum. Quae sunt adhuc me de iure dedicandi disputata non sunt quaesita ex occulto aliquo genere litterarum, sed sumpta de medio, ex rebus palam per magistratus actis ad collegiumque delatis [ex senatus consulto, ex lege]. Illa interiora iam vestra sunt, quid dici, quid praeiri, quid tangi, quid teneri ius fuerit*.

[63] Appaiono condivisibili le riflessioni di J. Linderski, (1985), 209 s.: «A Roman statesman could well ridicule Greek philosophy, but he would never ridicule in public the augural or pontifical discipline; quite on the contrary it was to his great advantage to be well versed in the sacral law, but at the same time he had to avoid giving the impression of having acquired his knowledge through unauthorized channels or leaks as we would call them today. Some information would inevitably come to the ears of the layman, but he should not seek it out. *Curiosa mens* was almost as pernicious as the *curiosi oculi*, of Clodius of course, which polluted the *sacrificium occultum* of Bona Dea».

Sulla vita, carriera e politica del tribuno della plebe, vedi, ad es.: C. Gallani, « Politica religiosa di Clodio », *Studi e Materiali di Storia delle Religioni* 33/1962, 257 ss.; A. W. Lintott, « P. Clodius Pulcher-Felix Catilina? », *Greece & Rome* 14/1967, 157 ss.; W. M. F. Rundell, « Cicero and Clodius: The Question of Credibility », *Historia* 28/1979, 301 ss.; H. Benner, *Die Politik des P. Clodius Pulcher. Untersuchungen zur Denaturierung des Clientelwesen in der ausgehenden römischen Republik*, Stuttgart 1987; D. Mulroy, « The Early Career of P. Clodius Pulcher: A Re-Examination of the Charges of Mutiny and Sacrilege », *Transactions of the American Philological Association* 118/1988, 155 ss.; J. Spielvogel, « P. Clodius Pulcher: Eine Politische Ausnahme-Erscheinung der Späten Republik? », *Hermes* 125/1997, 56 ss.; L. Fezzi, « La legislazione tribunizia di Publio Clodio Pulcro (58 a.C.) e la ricerca del consenso a Roma », *Studi Classici e Orientali* 47/1999, 245 ss.; L. Fezzi, *Il tribuno Clodio*, Roma–Bari 2008; E. Winsor Leach, « Gendering Clodius », *The Classical World* 94/2001, 335 ss.; J. L. Butrica, « Clodius the Pulcher in Catullus and Cicero », *The Classical Quarterly* 52/2002, 507 ss.; J. Cels Saint-Hilaire, « P. Clodius, ses amis, ses partisans, sous le regard de Cicéron », *Dialogues d'histoire ancienne* suppl. 1/2005, 69 ss.; R. Seager, « The (re/de)construction of Clodius in Cicero's speeches », *The Classical Quarterly* 64/2014, 226 ss.; A. Russel, « Why did Clodius shut the shops? The rhetoric of mobilizing a crowd in the Late Republic », *Historia* 65/2016, 186 ss.; K. Morrell, « P. Clodius Pulcher and the praetorship that never was », *Historia* 72/2023, 29 ss.; vedi anche J. P. De Giorgio, « Clodius le scandaleux d'après la C*orrespondance* de Cicéron (58 et 56 av. J.-C.) », *Scandales, justice et politique à Rome. Textes inédits d'Alain Malissard suivis d'hommages en son honneur* (dir. di P. M. Martin, E. Ndiaye), Paris 2018, 165 ss., per il ritratto negativo di Clodio delineato da Cicerone.

[64] Vedi, ad esempio: Cicero, *Ad Att.* 1.13.3; *De har. resp.* 37, 44; Seneca phil., *Ad Luc.* 97.2. Sulla vicenda, ad es.: J. P. V. D. Balsdon, « Fabula Clodiana », *Historia* 15/1966, 65

Inaccessibili agli estranei erano certamente i libri sibillini,[65] che dovevano «restare "arcani", nella doppia valenza di chiusi in un'arca e

ss.; W. M. F. Rundell, (1979), 303 ss.; D. F. Epstein, « Cicero's Testimony and the Bona Dea Trial », *Classical Philology* 81/1986, 229 ss.; P. Moreau, *Clodiana Religio. Un procès politique en 61 av. J.-C.*, Paris 1982; D. Mulroy, (1988), 165 ss.; H. H. J. Brouwer, *Bona Dea: the sources and a description of the cult*, Leiden 1989, 363 ss.; W. J. Tatum, « Cicero and the Bona Dea scandal », *Classical Philology* 85/1990, 202 ss.; J. Spielvogel, (1997), 58 ss.; E. Winsor Leach, (2001), 335 ss.; F. Van Haeperen, *Le collège pontifical (3ème s. a. C.-4ème s. p. C.). Contribution à l'étude de la religion publique romaine*, Bruxelles–Rome 2002, 243 s.; J. Lennon, « Pollution and ritual impurity in Cicero's De domo sua », *The Classical Quarterly* 60/2010, 427 ss., spec. 432 ss.; M. Ravizza, *Pontefici e Vestali nella Roma Repubblicana*, Milano 2020, 213 ss.

[65] Si veda specialmente Dionysius Halicarnassensis 4.62.5: Ῥωμαῖοι φυλάττουσιν οὔθ' ὅσιον κτῆμα οὔθ' ἱερὸν ὡς τὰ Σιβύλλεια θέσφατα. χρῶνται δ' αὐτοῖς, ὅταν ἡ βουλὴ ψηφίσηται, στάσεως καταλαβούσης τὴν πόλιν ἢ δυστυχίας τινὸς μεγάλης συμπεσούσης κατὰ πόλεμον ἢ τεράτων τινῶν καὶ φαντασμάτων μεγάλων καὶ δυσευρέτων αὐτοῖς φανέντων, οἷα πολλάκις συνέβη. οὗτοι διέμειναν οἱ χρησμοὶ μέχρι τοῦ Μαρσικοῦ κληθέντος πολέμου κείμενοι κατὰ γῆς ἐν τῷ ναῷ τοῦ Καπιτωλίνου Διὸς ἐν λιθίνῃ λάρνακι, ὑπ' ἀνδρῶν δέκα φυλαττόμενοι (tr. ingl. di E. Cary–E. Spelman, II, Cambridge–London 1961, 467: «In short, there is no possession of the Romans, sacred or profane, which they guard so carefully as they do the Sibylline oracles. They consult them, by order of the senate, when the state is in the grip of party strife or some great misfortune has happened to them in war, or some important prodigies and apparitions have been seen which are difficult of interpretation, as has often happened. These oracles till the time of the Marsian War, as it was called, were kept underground in the temple of Jupiter Capitolinus in a stone chest under the guard of ten men»).

Sui libri sibillini e i *viri sacris faciundis, ex multis*: A. Bouché-Leclercq, *Histoire de la divination dans l'antiquité, IV. Divination italique (étrusque – latine – romaine)*, Paris 1882 [rist., New York 1975], 286 ss.; E. Hoffmann, « Die tarquinischen Sibyllen-Bücher », *Rheinisches Museum für Philologie* 50/1895, 90 ss.; A. A. Boyce, « The Development of the Decemviri Sacris Faciundis », *Transactions of the American Philological Association* 69/1938, 161 ss.; R. Bloch, « La divination romaine et les livres sibyllins », *Revue des Études Latines* 40/1962, 118 ss.; C. Santi, *I Libri Sibyllini e i decemviri sacris faciundis*, Roma 1985; C. Santi, « I viri sacris faciundis tra concordia ordinum e pax deorum », *Gli operatori cultuali. Atti del II Incontro di studio organizzato dal "Gruppo di contatto per lo studio delle religioni mediterranee". Roma, 10-11 maggio 2005* (a cura di M. Rocchi, P. Xella, J.Á. Zamora), Verona 2006, 171 ss.; C. Santi, « Fata ac remedia Romana. I libri Sibyllini nella tarda Antichità », *Chaos e Kosmos* 14/2013, *http://www.chaosekosmos.it/pdf/2013_24.pdf*; H. W. Parke, *Sibyls and Sibylline Prophecy in Classical Antiquity*, London–New York 1988, 190 ss.; E. M. Orlin, *Temples, Religion, and Politics in the Roman Republic*, Leiden 1997 [rist., Boston–Leiden 2002], 76 ss.; L. Breglia Pulci Doria, « Libri Sybillini e dominio di Roma », *Sibille e linguaggi oracolari. Mito Storia Tradizione. Atti del convegno internazionale di studi, Macerata-Norcia 20-24 Settembre 1994* (a cura di I. Chirassi Colombo), Macerata 1998, 277 ss.; J. Scheid, *Les Livres Sibyllins et les archives des quindécemvirs, La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine* (a cura di C. Moatti), Rome 1998 ; G. Liberman, « Les documents sacerdotaux du collège sacris faciundis », *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine* (a cura di C. Moatti), Rome 1998, rispett. 11 ss. e 65 ss.; T. Mazurek, « The decemviri sacris faciundis: Supplication and Prediction », *Augusto augurio. Rerum humanarum et divinarum commentationes in honorem J. Linderski* (a cura di C. F.

segreti».[66] La tradizione romana ricorda un episodio, alquanto eloquente circa la riservatezza del contenuto di tali *libri*, verificatosi nella Roma dei Tarquini: il *duumvir s.f.* Marco Atilio fu sottoposto ad atroce condanna poiché .... *librum secreta rituum civilium sacrorum continentem, custodiae suae conmissum corruptus Petronio Sabino describendum dedisset*...[67] V'è comunque da chiedersi se stessa sorte ebbero anche i documenti derivati dall'interpretazione dei *viri sacris faciundis*, esclusivi interpreti dei *carmina Sibyllarum*.[68]

Oltre alle difficoltà ad accedere liberamente alla consultazione della maggioranza degli archivi per coloro che non facevano parte dei *collegia* sacerdotali,[69] sia per la importanza del materiale in essi conservato, sia per

---

Konrad), Stuttgart 2004, 151 ss.; M. Monaca, *La Sibilla a Roma. I Libri Sibillini fra religione e politica*, Cosenza 2005; A. Gillmeister, « The Role of the Viri Sacris Faciundis College in Roman Public Religion », *Society and Religions. Studies in Greek and Roman History*, 2/2007, 57 ss.; A. Gillmeister, « Sibyl in Republican Rome – literary construction or ritual reality? », *Society and Religions. Studies in Greek and Roman History*, 3/2010, 9 ss.; A. Gillmeister, « The Sibylline Books – Social Drama in Action and Civic Religion in Ancient Rome », *Mantic Perspectives: Oracles, Prophecy and Performance* (a cura di K. Bielawski), Gardzienice–Lublin–Warszawa 2015, 177 ss.; J. Keskiaho, « Re-visiting the Libri Sibyllini: Some Remarks on Their Nature in Roman Legend and Experience », *Studies in Ancient Oracles and Divination* (a cura di M. Kajava), Roma 2013, 145 ss.; S. Satterfield, « The Viri Sacris Faciundis and the Consulship », *The Classical World* 107/2014, 217 ss.; M. G. Granino Cecere, « I XV viri sacris faciundis nei ludi saeculares severiani », *Epigraphica* 81/2019, 401 ss.

[66] C. Santi, (1985), 25. Così anche J. Linderski, (1985), 211.

[67] Valerius Maximus 1.1.13. Vedi anche Dionysius Halicarnassensis 4.62.4, e, con alcune varianti, Zonaras 7.11.4. Sulla vicenda: F. Gnoli, « v. Sacrilegio. a) Diritto romano », *Enciclopedia del diritto, XLI*, Milano 1989, 212, per cui Atilio commise un illecito religioso; M. Monaca, (2005), 71 s.; A. Gillmeister, (2010), 16 s. Si veda, inoltre, D. Di Ottavio, « Octo genera poenarum (a margine di August., civ. Dei 21.11 e Isid., etym. 5.27.1 ss.), » *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 57/2014, 321 ss., spec. 321, la quale ipotizza che Tarquinio il Superbo sottopose Atilio alla *poena cullei* probabilmente senza introdurre *legibus* tale supplizio.

[68] Lactantius, *Div. Inst.* 1.6.13: *Harum omnium Sibyllarum carmina et feruntur et habentur, praeterquam Cymaeae, cuius libri a Romanis occultantur nec eos ab ullo nisi a quindecimviris inspici fas habent*. Vedi anche Lucanus, *Bell. Civ.* 1.599, il quale, ancora nel I sec. d.C., definisce questi sacerdoti *qui fata deum secretaque carmina servant*. Cfr. Cicero, *De leg.* 2.30: ... *ad interpretanda alii praedicta vatium neque multorum, ne esset infinitum, neque ut ea ipsa, quae suscepta publice essent, quisquam extra conlegium nosset*.

[69] Tra coloro che affermano la preclusione per gli estranei ad accedere agli archivi sacerdotali, soprattutto: F. Càssola, « Livio, il tempio di Giove Feretrio e la inaccessibilità dei santuari in Roma », *Rivista storica italiana* 82/1970, 5 ss., spec. 24; Ph. Culham, « Archives and Alternatives in Republican Rome », *Classical Philology* 84/1989, 112; A. Giovannini, « Les livres auguraux », *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique* (a cura di S. Demougin), Paris 1994,116 ss., per cui alla base di questa inaccessibilità del patrimonio scrittorio del collegio augurale risiedevano motivazioni "essentiellement matérielles et pratiques", come, ad esempio,

evitare un imprudente accesso, si registra per alcuni collegi una tendenza alla segretezza: Plutarco, infatti, accenna al giuramento prestato dagli auguri di non divulgare la loro scienza,[70] laddove Cicerone, come è noto, allude al sapere nascosto dell'antica giurisprudenza pontificale.[71]

Si deve rilevare che, sebbene talvolta si impose un accesso limitato agli archivi, dovette circolare all'esterno altro tipo di materiale, probabilmente prontuari che i membri dei collegi portavano seco: è quanto emerge dall'episodio che riguardò Tiberio Sempronio Gracco. Il padre dei due noti tribuni della plebe, nel 163 a.C., rifiutò con slancio il responso degli aruspici sull'invalidità delle votazioni consolari da lui presiedute, poiché egli rientrato nell'*urbs* per interpellare il senato in seguito alla morte improvvisa del *primus rogator*, si era presentato dinnanzi all'assemblea popolare oltrepassando il pomerio senza ripetere gli auspici.[72] L'anno seguente, in Sardegna[73] che governava in qualità di proconsole,[74] dando uno sguardo ai *libri ad sacra populi pertinentes*,[75] il magistrato scrisse al collegio degli *augures*, di cui era membro, ammettendo il suo errore. Ci si deve, quindi, chiedere se parte degli autori antichi che riportano frammenti dei collegi sacerdotali abbiano avuto un accesso diretto agli archivi, oppure siano ricorsi alla consultazione di tali "prontuari" o, comunque, a una letteratura specialistica.

Lo stato frammentario del materiale documentario sacerdotale rende alquanto difficile procedere a una completa ricostruzione dell'opera interpretativa dei *sacerdotes* romani, tuttavia, nonostante questa lacunosità, si possono determinare taluni parametri e percorsi metodologici utilizzati nella *interpretatio*.

---

l'elevato valore dei libri augurali; D. Tamblè, « Tablina, tabulae publicae, Tabularium: gli archivi dell'antica Roma », *Strenna dei Romanisti* 62/2001, 562 ss.

[70] Plutarchus, *Quaest. Rom.* 99. A riti segreti celebrati da auguri parrebbe alludere Lactantius, *Div. Inst.* 2.16.1.

[71] Cicero, *Pro Mur.* 25, *De dom.* 33, 138, *De orat.* 1.186. Si veda anche Livius 6.1.10.

[72] Cicero, *De nat. deor.* 2.10. A proposito del vizio augurale, R. Fiori, « La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 131/2014, 164 ss.

[73] Cicero, *Ad Quint. fr.* 2.2.1: *Sed habet profecto quiddam Sardinia appositum ad recordationem praeteritae memoriae. Nam ut ille Gracchus augur, postea quam in istam provinciam venit, recordatus est quid sibi in campo Martio comitia consulum habenti contra auspicia accidisset, sic tu mihi videris in Sardinia de forma Numisiana et de nominibus Pomponianis in otio recogitasse*.

[74] T. R. S. Broughton, (1951), 442.

[75] Valerius Maximus 1.1.3; parla genericamente di libri letti dal governatore nella sua provincia Cicero, *De nat. deor.* 2.11 – P. Regell, (1975), 19.

## 5. IL *MODUS OPERANDI*: ALCUNE TRACCE

Prima di procedere all'individuazione di alcuni criteri chiave e modalità con cui era intrapresa la riflessione giuridico-religiosa dei *sacerdotes populi Romani*, si deve rilevare il ricorso sacerdotale a un vocabolario tecnico-specialistico, in merito al quale è degno di nota un passo ciceroniano.

Cicero, *De re publ.* 1.63: *Nam dictator quidem ab eo appellatur quia dicitur, sed in nostris libris vides eum Laeli magistrum populi appellari*.[76]

Il testo in questione, restituente un frammento di derivazione augurale,[77] mostra come, rispetto a una terminologia contemporanea, di cui si offre anche l'origine etimologica (*dictator ... quia dicitur*), si contrappone, attraverso la congiunzione avversativa *sed*, il nome della magistratura in esame fissato nei libri degli *augures*. Quella di Cicerone non è l'unica attestazione di lessico sacerdotale di uso non comune[78] che spesso richiedeva un chiarimento, è questo il caso, *ex multis*, di *paludati*,[79] *negritu*,[80] *extemplo*,[81] *redantruare*,[82] *eximium*.[83]

---

[76] Si veda anche Seneca phil., *Ep.* 108.31, di cui però è da escludere una diretta conoscenza dei libri augurali (F. Sini, (1983), 103 s.).

[77] Così: F. A. Brause, (1875), 42, fr. 28, il quale inserisce il brano nel paragrafo dedicato a *Fragmenta ad artem augurandi referenda*; P. Regel, (1882), 20, fr. 13, che colloca il frammento tra il *Ius augurum publicum*, II. *Ius auspiciorum et magistratuum*.

[78] In merito alla terminologia pontificale, si veda quale esempio quanto le fonti dicono circa il controverso significato di *bidentes*: Gellius, *Noct. Att.* 16.6.12-15: *P. autem Nigidius in libro, quem de extis composuit, 'bidentes' appellari ait non oves solas, sed omnes bimas hostias, neque tamen dixit apertius, cur bidentes;* 13. *sed, quod ultro existumabamus, id scriptum invenimus in commentariis quibusdam ad ius pontificum pertinentibus 'bidennes' primo dictas d littera inmissa quasi biennes, tum longo usu loquendi corruptam vocem esse et ex bidennibus bidentes factum, quoniam id videbatur esse dictu facilius leniusque. Appellari ait non oves solas, sed omnes bimas hostias, neque tamen dixit apertius, cur bidentes;* 14. *Hyginus tamen Iulius, qui ius pontificum non videtur ignorasse, in quarto librorum, quos de Vergilio fecit, 'bidentes' appellari scripsit hostias, quae per aetatem duos dentes altiores haberent.* 15. *Verba illius ipsa posui: Quae bidens est inquit hostia, oportet habeat dentes octo, sed ex his duo ceteris altiores, per quos appareat ex minore aetate in maiorem transcendisse*; Macrobius, *Sat.* 6.9.5-7: *Publius autem Nigidius in libro quem de extis composuit bidentes appellari ait non oves solas sed omnes hostiae bimas; neque tamen dixit cur ita appellentur.* 6. *Sed in commentariis ad ius pontificium pertinentibus legi bidennes primo dictas, d littera ex superfluo, ut saepe adsolet, interiecta. Sic pro reire redire dicitur et pro reamare redamare, et redarguere, non rearguere; ad hiatum enim duarum vocalium procurandum interponi solet d littera.* 7. *Ergo bidennes primum dictae sunt quasi biennes, et longo usu loquendi corrupta est vox ex bidennibus in bidentes. Hyginus tamen, qui ius pontificium non ignoravit, in quinto librorum quos de Vergilio fecit bidentes appellari scripsit hostias quae per aetatem duos dentes altiores haberent; per quos ex minore in maiorem transcendisse constaret aetatem* (intorno alla dipendenza di Macrobio da Gellio, F. Sini, (1995), 91 nt. 21).

[79] Festus, *De verb. sign.*, p. 298 L.: *Paludati in libris auguralibus significat, ut ait Veranius, armati, ornati. Omnia enim mimitaria ornamenta paludamenta dici* (F. A. Brause, (1875), 43, fr. 30; P. Regel, (1882), 15, fr. 5).

Si trattava di una terminologia che conservava elementi di antichità, quale la grafia di *terra*[84] che nei libri augurali era scritta con una sola erre,[85] oppure le peculiarità ortografiche dei libri pontificali di cui informa Mario Vittorino.[86] I lessemi dei *sacerdotes* in alcune circostanze potevano risultare ostici anche ai grammatici provetti, è questo il caso di Elio Stilone,[87] *eruditissimus et Graecis litteris et Latinis*,[88] il quale trovò notevoli difficoltà a interpretare i *carmina* dei Salii,[89] a causa – è questa la giustifi-

[80] Festus, *De verb. sign.*, p. 162 L.: *Negritu in auguris significat aegritudo* (F. A. Brause, (1875), 37, fr. 23; P. Regel, (1882), 17).

[81] Servius, *In Verg. Aen.* 1.92: *EXTEMPLO ilico statim. Et est augurum sermo. Templum enim dicitur locus manu designatus in aëre, post quem factum ilico captantur auguria* (F. A. Brause, (1875), 50).

[82] Festus, *De verb. sign.*, p. 334 L.: *Redantruare dicitur in Saliorum exultationibus: "cum praesul amptruavit", quod est, motus edidit, ei referuntur invicem idem motus*.

[83] Macrobius, *Sat.* 3.5.6: *Eximii quoque in sacrificiis vocabulum non poeticum* ἐπίθετον *sed sacerdotale nomen est. Veranius enim in Pontificalibus quaestionibus docet eximias dictas hostias quae ad sacrificium destinatae eximantur e grege, vel quod eximia specie quasi offerendae numinibus eligantur*. Si veda anche Paulus Festus, *Excerpt. de verb. sign.*, p. 72 L.: *Eximium inde dici coeptum, quod in sacrificiis optimum pecus e grege eximebatur, vel, quod primum erat natum*.

[84] Cfr. A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 2001, 687, che definiscono tale grafia "archaïsante".

[85] Varro, *De ling. Lat.* 5.21: *Tera in augurum libris scripta cum R uno* (F. A. Brause, (1875), 37, fr. 22; P. Regel, (1882), 16, fr. 6).

[86] Marius Victorinus, *Ars gramm.* 4.28: *Ex quibus Q et fuisse apud Graecos et quare desiderat fungi vice litterae cognoscere potestis, si pontificum libros legeritis* (p. 75 ed. I. Mariotti, 1967 = p. 12 Ed. H. Keil, 1874).

[87] Oltre a G. Funaioli, *Grammaticae Romanae fragmenta, I*, Lipsiae 1907, 51 ss., per cenni biografici, pensiero e opera dell'erudito, si veda: F. Mentz, « De Lucio Aelio Stilone », *Commentationes philologae Ienenses, IV*, Lipsiae 1890, 1 ss.; A. Traglia, « Elio Stilone e le origini della filologia latina », *Cultura e scuola* 91/1984, 25 ss.; O. Sacchi, « Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana », *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 52/2005, 345 ss.; A. Lehmann, « Aélius Stilon logographe », *Discorsi alla prova. Atti del Quinto Colloquio italo-francese Discorsi pronunciati, discorsi ascoltati: contesti di eloquenza tra Grecia, Roma ed Europa Napoli - S. Maria di Castellabate (Sa) 21 - 23 settembre 2006* (a cura di G. Abbamonte, L. Miletti, L. Spina), Napoli 2009, 299 ss.; G. F. Gianotti, « Ventura e sventura dei custodi del linguaggio. Spigolature svetoniane », *Linguaggi del Potere, Poteri del Linguaggio* (a cura di E. Bona, M. Curnis), Alessandria 2010, 331 ss., spec. 333 ss.

[88] Cicero, *Brut.* 205: *Fuit is omnino vir egregius et eques Romanus cum primis honestus idemque eruditissimus et Graecis litteris et Latinis, antiquitatisque nostrae et in inventis rebus et in actis scriptorumque veterum litterate peritus*.

[89] Varro, *De ling. Lat.* 7.2: *Aelii hominis in primo in litteris Latinis exercitati interpretationem carminum Saliorum videbis et exili littera expedita<m> et praeterita[m] obscura[m] multa*.

cazione offerta dal suo allievo Varrone[90] – della vetustà di tali documenti.[91] Le formule saliari non rappresentano un caso isolato, infatti nelle fonti si rileva l'*obscuritas* derivante ormai da parole in disuso anche in altro materiale di origine sacerdotale.[92]

In una tormentata glossa festina dedicata ai *tesca* si può apprezzare l'uso del medesimo lessico da parte di due distinti collegi:

Festus, *De verb. sign.*, p. 488 L.: *<Tesca sun>t loca augurio desig<nata> ---ino finis in terra auguri. Op<[p]illus> ---lius loca consecrata ad ---sit. Sed sancta loca undique ---nt pontifici[s] libri, in quibus ---que sedemque tescumque --- dedicaverit, ubi eos ac ---propitiosque*.[93]

Nel vocabolario augurale il lemma indicava specifici luoghi connessi alle delimitazioni dello spazio, *loca auguria*, laddove nei documenti pontificali era collocato tra i *sancta loca*; dalle vistose lacune del testo non si può affermare una differente accezione del vocabolo a seconda del sacerdote che lo utilizzava, al contrario si può sostenere che la medesima parola fosse impiegata in riferimento ai diversi ambiti di riflessione, ovvero, in tal caso, da una parte gli *auguria* e dall'altra le *dedicationes*.

---

[90] Sull'apporto di Elio Stilone nella formazione culturale di Varrone, Y. Lehmann, « La dette de Varron à l'égard de son maître Lucius Aelius Stilo », *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 97/1985, 515 ss.

[91] Varro, *De ling. Lat*. 7.3: *Nec mirum, cum non modo Epimenides post annos L experrectus a multis non cognoscatur, sed etiam Teucer Livii post XV annos ab suis qui sit ignoretur. At hoc quid ad verborum poeticorum aetatem? quorum si Pompili regnum fons in carminibus Saliorum neque ea ab superioribus accepta, tamen habent DCC annos. Quare cur scriptoris industriam reprehendas qui herois tritavum, atavum non potuerit reperire, cum ipse tui tritavi matrem dicere non possis? quod intervallum multo tanto propius nos, quam hinc ad initium Saliorum, quo Romanorum prima verba poetica dicunt † Latina †*. Per l'antichità del *carmen Saliorum* si veda anche il § 26 in cui si riporta un brano per attestare l'antichità della grafia, e Macrobius, *Sat.* 1.9.14.

[92] Quintilianus, *Inst. or*. 8.2.12: *At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima fœdera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur* (per l'*obscuritas* quale concetto presente nella cultura retorica e giuridica, S. Masuelli, « Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica. II. Regole per l'interpretazione in presenza di oscurità », *Rivista di Diritto Romano* 15/2015, *https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano15Masuelli-Regole-2.pdf*. Si veda anche Cicero, *De orat.* 1.193: *Nam sive quem haec Aeliana studia delectant, plurima est et in omni iure civili et in pontificum libris et in XII tabulis antiquitatis effigies, quod et verborum vetustas prisca cognoscitur et actionum genera quaedam maiorum consuetudinem vitamque declarant*.

[93] P. Preibisch, *Fragmenta librorum pontificiorum*, Tilsit 1878, 15, fr. 74; P. Regel, (1882), 19.

Con certezza, invece, si può asserire che uno stesso argomento potesse confluire in distinti documenti.[94] Sempre in materia di *ius publicum*, ad esempio, Cicerone asserisce che l'esistenza della *provocatio ad populum* in età del *Regnum* fosse confermata sia dai libri pontificali, sia da quelli augurali.[95] Nei *libri auguralibus*, secondo Brause, l'istituto in esame verosimilmente era pertinente agli *auguria* che si dovevano trarre per l'espiazione dell'Orazio superstite, ma questo probabilmente si ritrovava collegato anche tra i precetti inerenti il *ius pomerii* «spectantia provocationis Horatianae»,[96] ovvero relativi alla *verberatio*, in quanto sulla base del dettato della *lex horrendi carminis* di cui parla Livio, si specificava che il reo fosse fustigato sia dentro sia fuori la linea pomeriale.[97] La *provocatio*, tuttavia, poteva essere connessa anche ad altri concetti di interesse augurale, quale, come è stato già affermato, «una augurazione favorevole» a cui era subordinato il risultato della delibera popolare.[98]

Il frammento in esame è inserito dal Preibisch tra i documenti pontificali attinenti a *De sacris publicis*, senza però alcuna spiegazione sui criteri di tale scelta palingenetica.[99] In merito si potrebbero fornire alcuni spunti ricordando da una parte l'interesse dei *pontifices* per l'albero sterile, dove eventualmente Orazio sarebbe stato legato per subire la pena, poiché è attestata da Macrobio l'esistenza di una classificazione propria del collegio di alcune specie arboree, tra *albores felices* e *infelices*;[100] dall'altra parte la funzione riconosciuta a questi *sacerdotes* circa i riti per l'espiazione.[101]

---

[94] È questo il caso del *pomerium*, che, come si vedrà *infra* al punto a), oltre ad essere il risultato di riflessione augurale appare coinvolgere anche i pontefici come emerge dalla restituzione di Festus, *De verb. sign.*, p. 294 L.: *<Posimi>rium esse ait Antistius --- <ponti>ficalis pomerium, id est l--- ---cato. Olim quidem omn--- ---tinum, nunc etiam intra aed--- <Dictum autem pomerium> quasi promoerium. Solet au--- ---rus pomeri proferendi --- --- --- --- ---item ---nu --- sed ---ciat --- ad ---ne --- moe--- ---omus --- in se --- si tac<t>--- --- <p>ontifi--- --- agrumque --- a consti--- ---retur, tum ---e solitos --- minus maiusve --- onibus † effereatis † --- veluti post moe--- ---atro muris urbis.*

[95] Cicero, *De re publ.* 2.54: *Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales*.

[96] F. A. Brause, (1875), 43 s., fr. 31.

[97] Livius 1.26.6: *Lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium*, si veda anche il § 11, che riferisce del discorso del padre di Orazio recitato in favore del figlio: *I, lictor, conliga manus, quae paulo ante armatae imperium populo Romano pepererunt. I, caput obnube liberatoris urbis huius; arbore infelici suspende; verbera vel intra pomerium, modo inter illa pila et spolia hostium, vel extra pomerium, modo inter sepulcra Curiatiorum*.

[98] P. Catalano, (1960), 555.

[99] P. Preibisch, (1878), 14, fr. 68.

[100] Macrobius, *Sat.* 3.20.2: *Sciendum quod ficus alba ex felicibus sit arboribus, contra nigra ex infelicibus. Docent nos utrumque pontifices. Ait enim Veranius De verbis pontifi-*

La fissità del vocabolario relativo al sacro era connessa all'immutabilità delle antichissime formule conservate negli archivi sacerdotali che, solitamente scevre dall'essere modernizzate, si dovevano recitare in modo pedissequo,[102] sempre al fine di porre in essere un rito inappuntabile per non turbare il rapporto con le divinità. Quintiliano, ammonendo sull'eccessivo uso di *verba a vetustate repetita*, afferma dapprima come i Salii comprendevano ormai a stento i loro *carmina* e poi riporta quella che a tutti gli effetti appare una massima generale: *illa mutari vetat religio et consecratis utendum est*.[103] Nonostante questa pedissequa reiterazione delle formule, in letteratura si è evidenziato come i sacerdoti romani al contempo aggiornassero e revisionassero sotto un profilo linguistico i loro documenti, proprio «al fine di renderli comprensibili ai contemporanei».[104]

a) Definizione dei concetti

Tra le modalità con cui i sacerdoti procedevano nella loro *interpretatio* si rinviene una opera di precisa e meticolosa costruzione concettuale. L'esempio che qui si può riferire è quello del *pomerium*,[105] un istituto

---

*calibus: felices arbores putantur esse quercus aesculus ilex suberies fagus corylus sorbus, ficus alba, pirus malus vitis prunus cornus lotus*.

[101] Vedi, ad esempio, Livius 29.20.10, che riporta, evocando alcune delle parole presenti nel testo originale (*tacta ac violata elataque*), il rinvio senatorio al collegio pontificale in merito all'espiazione del sacrilegio commesso nel 205 a.C. a Locri ai danni del tempio di Proserpina (per la vicenda mi sia concesso di rinviare al C. M. A. Rinolfi, « Pace, guerra e religio Romana: Augustinus, De civ. Dei 1.6 », *Diritto @ Storia* 16/2018, § 5, *http://www.dirittoestoria.it/16/tradizione/Rinolfi-Pace-guerra-religio-Romana-Augustinus-civ-Dei-1-6.htm*).

[102] Si segnala F. Sini, (1983), 153 ss., per la «persistenza tenace delle forme arcaiche, sia nelle pratiche cultuali, sia nel linguaggio religioso», e R. Del Ponte, « Documenti sacerdotali in Veranio e Granio Flacco: problemi lessicografici », *Diritto @ Storia* 4/2005, *http://www.dirittoestoria.it/4/TradizioneRomana/Del-Ponte-Documenti-sacerdotali-Veranio-Granio-Flacco.htm*.

[103] Quintilianus, *Instit. orat.* 1.6.39-41: *Verba a vetustate repetita non solum magnos adsertores habent, sed etiam adferunt orationi maiestatem aliquam non sine delectatione: nam et auctoritatem antiquitatis habent et, quia intermissa sunt, gratiam novitati similem parant.* 40. *Sed opus est modo, ut neque crebra sint haec nec manifesta, quia nihil est odiosius adfectatione, nec utique ab ultimis et iam oblitteratis repetita temporibus, qualia sunt 'topper' et 'antegerio' et 'exanclare' et 'prosapia' et Saliorum carmina vix sacerdotibus suis satis intellecta.* 41. *Sed illa mutari vetat religio et consecratis utendum est: oratio vero, cuius summa virtus est perspicuitas, quam sit vitiosa, si egeat interprete?*

[104] F. Sini, (2005), § 1; vedi anche F. Sini, (1983), F. Sini, « Qualificazione/riqualificazione religiosa del tempo nei documenti dei sacerdoti in Roma repubblicana », *Diritto @ Storia* 12/2014, § 6, *https://www.dirittoestoria.it/12/tradizione-romana/Sini-Tempo-documenti-sacerdoti-Roma-repubblicana.htm*, dove si ricordano i periodici "interventi ordinatori" del materiale che confluiva nell'archivi sacerdotali.

[105] Sulla linea pomeriale segnalo, tra le opere più recenti: R. Fiori, « Gli auspici e i confini », *Fundamina* 1/ 2014, 301 ss., spec. 309 ss.; F. Carlà, « Pomerium, fines and ager Ro-

vertente non solo in ambito religioso ma che debordava anche nella sfera del diritto pubblico, poiché rappresentava il confine tra *auspicia urbana* e *militaria*. La nozione di origine augurale offerta da Aulo Gellio[106] mostra la propensione sacerdotale a fissare una esatta definizione giuridico-religiosa.

Nel brano delle *Notti Attiche* si specifica, inoltre, che il pomerio era *determinatus* da confini precisi: per gli auguri la delimitazione dei luoghi era concreta, ottenuta con specifiche operazioni. La materiale determinazione degli spazi liturgici è attestata dalla glossa festina *Minora templa* secondo cui gli *augures* delimitavano certi luoghi di osservazione con tavole o tele e procedevano alla *definitio* attraverso *certa verba*.[107] Sempre in tema di delimitazione dello spazio sacro, è attestata una similare procedura anche in seno al *ius pontificium*, che prevedeva la dichiarazione orale dei limiti del *fanum*[108] durante la consacrazione di un luogo agli dèi.[109]

---

manus: Understanding Rome's "First Boundary" », *Latomus* 74/2015, 599 ss.; A. Maccari, « Quid sit pomerium: Appunti su Gellio, Noctes Atticae XIII, 14. Le fonti e il confronto con Fest. 294 L », *Studi Classici e Orientali* 61/2015, 313 ss.; Ead., Habebat ius proferendi pomerii *(Gell.*, Noctes Atticae, *XIII, 14).* A. Maccari, « L'evoluzione dello ius prolationis dalle origini a Silla », *Studi Classici e Orientali* 62/2016, 161 ss.; A. Maccari, « Auctis populi romani finibus. Lo ius proferendi pomerii in età imperiale e il 'pomerio romuleo' di Claudio in Tac. Ann. XII, 24 », *Studi Classici e Orientali* 63/2017, 219 ss.; A. Maccari, « Pomerium, verbi vim solam intuentes, postmoerium interpretantur esse. La critica storica e antiquaria e la manipolazione del passato », *Studi Classici e Orientali* 65/2019, 139 ss.; L. M. Mignone, « Rome's Pomerium and the Aventine Hill: From auguraculum to imperium sine fine », *Historia* 65/2016, 427 ss.; S. Sisani, « Il concetto di pomerium. Valenza giuridico-sacrale e realtà topografica dei fines Urbis », *Vestigia. Miscellanea di studi storico-religiosi in onore di F. Coarelli nel suo 80° anniversario* (a cura di V. Gasparini), Stuttgart 2016, 65 ss.; S. De Luca, « Dal mito di fondazione ai confini dell'impero: il pomerio e la questione degli ampliamenti rivisitata », *Traces in Time* [= "*Incontri di Archeologia - studenti Sapienza", Atti delle giornate del 27 aprile, 12 e 24 maggio 2018*] 9/2019, 52 ss.; M. Humm, « Le pomerium de la ville de Rome: nature et définition d'une frontière juridico-religieuse », *Religions et pouvoir dans le monde romain de 218 av. J.-C. à 250 ap. J.-C.* (dir. di C. Husquin e C. Landrea), Paris 2020, 239 ss.

[106] Gellius, *Noct. Att.* 13.14.1: *'Pomerium' quid esset, augures populi Romani, qui libros de auspiciis scripserunt, istiusmodi sententia definierunt: Pomerium est locus intra agrum effatum per totius urbis circuitum pone muros regionibus certeis determinatus, qui facit finem urbani auspicii* (P. Regel, (1882), 19).

[107] Festus, *De verb. sign.*, p. 146 L.: *Minora templa fiunt ab auguribus cum loca aliqua tabulis aut linteis sepiuntur, ne uno amplius ostio pateant, certis verbis definita*; si veda anche la v. *Templi*, p. 498 L.: *Templi figura in diffinitione augurii.* Sul concetto di *templum* e sua la tripartizione *ab natura in caelo, ab auspiciis in terra* ed *a similitudine sub terra*, Varro, *De ling. Lat.* 7.6-8 (per la cui lettura rimando a P. Catalano, (1978), 467 ss.).

[108] Su significato ed etimologia del termine *fanum*: W. Bannier, « *V. fanum* », *Thesaurus Linguae Latinae, VI*, Lipsiae 1915, coll. 271 ss.; A. Ernout, A. Meillet, (2001), 215 s.

[109] Varro, *De ling. Lat.* 6.54: *Hinc fana nominata, quod pontifices in sacrando fati sint finem; hinc profanum quod est ante fanum coniunctum fano; hinc profanatum quid in sacrificio atquae Herculi decuma appellatum ab eo est quod sacrificio quodam fanatur, id est ut*

b) Elenchi chiosati

Dalle fonti si registra la tendenza sacerdotale alla elencazione di nomi relativi alla sfera del sacro. Gli auguri, ad esempio, stilarono una lista di *aves augurales*[110] che doveva essere piuttosto articolata, si ha notizia, infatti, di *alites* favorevoli[111] tratti sulla base del movimento delle ali e del volo di alcuni uccelli, e di *oscines*, relativi al canto dei volatili.[112] Sono altresì testimoniati ulteriori cataloghi augurali, come quello che comprendevano altre specie animali quali i quadrupedi connessi agli *auspicia*.[113]

In materia di scienza pontificale, si devono ricordare i formulari dei *sacra Argeorum*, unitamente ai luoghi ad essi demandati, istituiti secondo la tradizione da Numa.[114] Questi documenti furono conservati dai pontefici[115] in un testo scritto[116] dove minuziosamente si elencavano gli spazi di culto, come si evince da un frammento ricostruito da Preibisch sulla base di Varro, *De ling. Lat.* 47, 50, 52, 54.[117]

La tradizione ricorda, inoltre, che il secondo re di Roma avrebbe posto per iscritto gli *indigitamenta*,[118] ovvero nomi e appellativi con cui si

---

*fani lege fit*. Le conoscenze varroniane sulle connotazioni giuridico-religiose del verbo *fari*, che qui indica un parlare solenne e sacrale, sono evidenziate da P. Cipriano, « Varrone e l'uso «calendaristico» dei termini fas e nefas », *Atti del Congresso Internazionale di Studi Varroniani in occasione del bimillenario della morte di Marco Terenzio Varrone (116-27 a. C.). Rieti settembre 1974, II*, Rieti 1976, 329.

[110] Festus, *De verb. sign.*, p. 420 L., v. *Sanqualis avis* (F. A. Brause, (1875), 44, fr. 2; P. Regel, (1882), 13, fr. 1); Servius Dan., *In Verg. Aen.* 1.398 (testo *supra*, nt. 59).

[111] Servius Dan., *In Verg. Aen*. 3.246 (P. Regel, (1882), 13).

[112] Festus, *De verb. sign.*, p. 214 L., v. *Oscines* (P. Regel, (1882), 12). Vedi anche: Cicero, *De nat. deor*. 2.158; Plinius maior, *Nat. hist.* 10.43; Servius, *In Verg. Aen*. 1.393.

[113] Ad es.: Festus, *De verb. sign.*, p. 286 L.: *<Pedestria au>picia a<ppellantur, quae a vulpe, lupo, serpente, equo, ce>terisque <animalibus quadrupedibus dantur> --- via app--- ostentu--- infirm---* (F. A. Brause, (1875), 49; P. Regel, (1882), 14).

[114] Livius 1.21.5: [i.e. *Numa*] *Multa alia sacrificia locaque sacris faciendis, quae Argeos pontifices vocant, dedicavit*.

[115] Macrobio testimonia l'*observatio* pontificale nella denominazione di luoghi sacri, *Sat.* 3.4.1: *Nomina etiam sacrorum locorum sub congrua proprietate proferre pontificalis observatio est*.

[116] Secondo G. Rohde, *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices*, Berlin 1936, 59 ss., quello dei *sacra Argeorum* consisteva in un autonomo *commentarius* in seno all'archivio del collegio pontificale, laddove per J. Scheid, *Les archives de la piété*, cit., 181 ss., si tratterebbe di un estratto del commentario redatto annualmente dai pontefici, che proverebbe la sussistenza di ampi testi di liturgia romana.

[117] P. Preibisch, (1878), 6 s., fr. 26.

[118] Su *indigitamenta* e *di indigetes*: J. Marquardt, *Le culte chez les Romains, Le culte chez les Romains, II, tr. fr. di M. Brissaud*, Paris 1890, 10 ss., 37 ss.; A. Bouché-Leclercq, *Les pontifes dans l'ancienne Rome. Étude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris 1871 [rist., New York 1975], 24 ss.; G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, 2ª ed., München 1912, 18 ss.; N. Turchi, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939, 157 ss.; K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, 43 ss.; G. B. Pighi, *La reli-*

dovevano invocare le divinità,[119] in particolare da Lattanzio si apprende che Numa predispose una compilazione descrittiva e articolata degli dèi;[120] questo materiale era conservato negli archivi dei pontefici, a fronte della loro competenza sul culto da rivolgere a ogni divinità.[121] Si trattava di un elenco potenzialmente aperto, atto a essere aggiornato con l'ampliamento delle cerimonie, in quanto, come sostiene Cicerone, seppure i nomi degli dèi e i loro epiteti conservati nei libri pontificali non fossero numerosi, il novero delle divinità era infinito.[122] Secondo Censorino, per avere conoscenza dei tanti dèi che accompagnavano l'uomo bisognava consultare i testi del collegio che potevano ragguagliare sull'argomento.[123] Il verbo qui utilizzato è *edocere*[124] dal significato di insegnare approfonditamente, che in alcune fonti indica l'istruzione a pratiche cultuali.[125]

---

*gione romana*, Torino 1967, 46 ss.; G. Dumézil, (1974), 52 ss.; R. E. A. Palmer, *Roman Religion and Roman Empire. Five Essays*, Philadelphia 1974, 128 ss.; P. Chini, (1990), 9 s.; R. Del Ponte, *La religione dei Romani. La religione e il sacro in Roma antica*, Milano 1992, 78 ss.; R. Del Ponte, « Aspetti del lessico pontificale: gli «indigitamenta» », *Ius Antiquum – Древнее Право* 5/1999, 154 ss. (ora in *Diritto @ Storia* 1/2002, *http://www.dirittoestoria.it/tradizione/R.%20Del%20Ponte%20-%20Aspetti%20del%20lessico%20pontificale.htm*); M. Perfigli, *Indigitamenta. Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa 2004; A. Zavaroni, « Osservazioni su Lares e Di Indigetes », *Grazer Beiträge* 25/2006, 181 ss.

[119] Ad es., Macrobius, *Sat.* 1.17.15: *Namque virgines Vestales ita indigitant: Apollo Medice, Apollo Paean.*

[120] Lactantius, *Inst. Div.* 1.22.4: ... [i.e. *Numa*] *deos per familias descriptis*. Sulla creazione numana degli *indigitamenta*, anche Arnobius, *Adv. nat.* 2.73.18: *Non doctorum in litteris continetur, Apollinis nomen Pompiliana indigitamenta nescire?*

[121] Cicero, *De leg.* 2.20: *Divisque aliis alii sacerdotes, omnibus pontifices, singulis flamines sunto*.

[122] Cicero, *De nat. deor.* 1.84: *Deinde nominum non magnus numerus ne in pontificiis quidem nostris, deorum autem innumerabilis*. Le potenzialità del brano ciceroniano in chiave di "costante apertura religiosa verso l'esterno" sono state colte da F. Sini, *Impero romano e religioni straniere: riflessioni in tema di universalismo e "tolleranza" nella religione politeista romana*, *Sandalion* 21-22/1998-1999, 57 ss., spec. 86; F. Sini, (2001), 48; F. Sini, (2003), § 4; F. Sini, (2006), § 5).

[123] Censorinus, *De die nat.* 3.4: ... *alii sunt praeterea dei conplures hominum vitam pro sua quisque portione adminiculantes; quos volentem cognoscere indigitamentorum libri satis edocebunt*.

[124] Per le accezioni del verbo, O. Hey, « V. *edoceo* », *Thesaurus Linguae Latinae*, Lipsiae 1931, coll. 106 ss.

[125] Ennius, *apud* Cicero, *De div.* 1.42: *Tum coniecturam postulat pacem petens / Ut se edoceret obsecrans Apollinem / Quo sese vertant tantae sortes somnium*; Vergilius, *Aen.* 5.746–748: *Extemplo socios primumque arcessit Acesten / et Iovis imperium et cari praecepta parentis / edocet et quae nunc animo sententia constet*; Festus, *De verb. sign.*, 270 L.: *Potitium et Pinarium Hercules, cum ad aram, quae hodieque maxima appellatur, decimam bovum, quos a Geryone abductos abigebat Argos in patriam, profanasset, genus sacrifici edocuit. Quae familia et posteris eius non defuerunt decumantibus usque ad Appium Claudium Censorem, qui quinquaginta milia aeris gravis his dedit, ut servos publicos edocerent ritum sacrificandi*; Aurelius Victor, *Orig. gent. Rom.* 8.1: *Cum ergo Recaranus sive Her-*

La conferma che quello degli *indigitamenta* non consistesse in un semplice inventario, ma che contenesse una qualche trattazione potrebbe provenire da un frammento delle *Antiquitates rerum divinarum* varroniane tramandato da Mauro Servio Onorato:[126]

*In Verg. Georg.* 1.21: *Quod autem dicit 'studium quibus arva tueri' nomina haec numinum in indigitamentis inveniuntur, id est in libris pontificalibus, qui et nomina deorum et rationes ipsorum nominum continent, quae etiam Varro dicit*.

I pontefici, così, conservavano, oltre agli appellativi divini, anche le *rationes ipsorum nominum*. Circa il significato da attribuire in tale contesto al termine *ratio*, qui usato al plurale,[127] si deve innanzitutto escludere quello di "inventario", poiché l'uso delle congiunzioni coordinanti correlative *et* ... *et* ... distingue concettualmente i *nomina deorum* dalle loro "ragioni". È proprio nella prosecuzione del brano, dove si richiama quanto il commentatore virgiliano aveva detto in precedenza[128] – ... *nomina numinibus ex officiis constat inposita, verbi causa ut ab occatione deus Occator dicatur, a sarritione Sarritor, a stercoratione Sterculinius, a satione Sator* – che emerge l'accezione di *rationes* di cui si offrono alcuni esempi:[129] nei testi pontificali vi doveva essere una delucidazione, seppur breve, circa la correlazione tra l'appellativo rivolto alle divinità, in base ai loro *officia*, e le occasioni e modalità del suo uso.

c) Classificazioni

L'opera definitoria, e di enumerazione, è strettamente connessa alle classificazioni, in particolare si è visto come gli elenchi delle *avis* si stilassero sulla base di archetipi propri della scienza augurale. Si è già evidenziato il criterio maggiore-minore presente nelle riflessioni sacerdotali

---

*cules patri Inventori aram maximam consecrasset, duos ex Italia, quos eadem sacra certo ritu administranda edoceret, ascivit, Potitium et Pinarium*; 8.5: *Verum postea Appius Claudius accepta pecunia Potitios illexit, ut administrationem sacrorum Herculis servos publicos edocerent nec non etiam mulieres admitterent*; *De vir. illustr.* 34.2: *Potitios Herculis sacerdotes pretio corrupit, ut sacra Herculea servos publicos edocerent: unde caecatus est, gens Potitiorum funditus periit*.

[126] B. Cardauns, *M. Terentius Varro Antiquitates Rerum Divinarum*, Wiesbaden 1976, I. *Die Fragmente*, 64, fr. 87; II. *Kommentar*, 184.

[127] Per i vari significati, si veda l'articolata v. *ratio* di C. Wick, H. Beikircher, *Thesaurus Linguae Latinae*, XI.2, Stuttgart-Leipzig 2012, coll. 152 ss.

[128] Servius, *In Verg. Georg.* 1.5: ... *stoici dicunt non esse nisi unum deum, et unam eandemque esse potestatem, quae pro ratione officiorum nostrorum variis nominibus appellatur: unde eundem Solem, eundem Liberum, eundem Apollinem vocant; item Lunam eandem Dianam, eandem Cererem, eandem Iunonem, eandem Proserpinam dicunt*.

[129] Un esempio di *rationes nominum deorum* si rinviene in Varro, *Res Rust.* 1.1.6: ... *Robigum ac Floram, quibus propitiis neque robigo frumenta atque arbores corrumpit, neque non tempestive florent* (così L. Deschamps, « La prière liminaire des Res Rusticae de Varron », *Vita Latina* 137/1995, 12).

(*supra* § 2), ma oltre a questo appare un ulteriore principio di ripartizione basato sui *genera*. Importante al riguardo citare i cinque *genera* dei *signa* ricordati da Festo (*ex caelo*, *ex avibus*, *ex tripudis*, *ex quadripedibus*, *ex diris*).[130] Si trattò di un criterio che perdurò nella riflessione giuridica sacerdotale, come risulta dalla notizia di Agostino d'Ippona per cui il pontefice-giurista Quinto Mucio Scevola[131] sosteneva l'esistenza di *tria genera deorum*, anche se nella trattazione agostiniana tale classificazione non pare possa ricondursi al *ius sacrum*.[132]

In merito, la testimonianza più consistente proviene da un frammento degli archivi augurali:[133]

Varro, *De ling. Lat.* 5.33: *Ut nostri augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus. Romanus dictus unde Roma ab Rom<ul>o; Gabinus ab oppido Gabis; peregrinus ager pacatus, qui extra Romanum et Gabinum, quod uno modo in his servantur auspicia; dictus peregrinus a pergendo, id est a pro-*

---

[130] Festus, *De verb. sign.*, p. 316 L.: *Quin<que genera signorum observant> augures publici: ex <caelo, ex avibus, ex tripudis,> ex quadripedibus, ex <diris>* ---, glossa ricostruita grazie alla testimonianza di Paulus Festus, *Excerpt. de verb. sign.*, p. 317 L.

[131] Per questo giurisperito, specialmente: F. Schulz, (1968), 81 ss.; O. Behrends, « Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex », *Nachrichten der Akademie Wissenschaften in Göttingen*. I. *Philologisch-historische Klasse* 7/1976, 265 ss.; A. Schiavone, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma–Bari 1976, 71 ss.; A. Schiavone, (1987), 25 ss.; A. Schiavone, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 47 ss.; B. Albanese, « Volontà negoziale e forma in una testimonianza di Q. Mucio Scevola », *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag* (a cura di M. Harder, G. Thielmann), Berlin 1980, 155 ss; M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, 107 ss.; R. A. Bauman, *Lawyers in Roman Republican Politics. A study of the Roman jurists in their political setting, 316-82 BC*, München 1983, 340 ss.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*. *Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*. I. *Einleitung Quellenkunde Frühzeit und Republik*, München 1988, 595 ss.; V. Giuffrè, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su «ius civile» / «ius honorarium»*, Napoli 1993; M. J. Casado Candelas, *Primae luces. Una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana*, Valladólid 1994, 61 ss.; A. Fernández de Buján, « Sistemática y ius civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio », *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 6/2002, 57 ss.; R. Fiori, « Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola », *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna* (a cura di C. Cascione, C. Masi Doria), III, Napoli 2007, 1955 ss.; M. Cl. Ferriès, F. Delrieux, « Quintus Mucius Scaevola, un gouverneur modèle pour les Grecs de la province d'Asie? », *Les gouverneurs et les provinciaux sous la République romaine* (a cura di N. Barradon, F. Kirbihler), Rennes 2011, 207 ss.; C. Lehne-Gstreinthaler, *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Wien–Köln–Weimar 2019, 124 ss.

[132] Augustinus Hipponensis, *De civ. Dei* 4.27: *Relatum est in litteras doctissimum pontificem Scaevolam disputasse tria genera tradita deorum: unum a poetis, alterum a philosophis, tertium a principibus civitatis.*

[133] F. A. Brause, (1875), 42, fr. 27; P. Regel, (1882), 19.

*grediendo: eo <quod> enim ex agro Romano primum progrediebantur: quocirca Gabinus quoque peregrinus, sed quod auspicia habe<n>t singularia, ab reliquo discretus; hosticus dictus ab hostibus; incertus is, qui de his quattuor qui sit ignoratur*.

Da questo brano, contenente concetti assai antichi,[134] traspare la necessità sacerdotale di riordinare lo spazio circostante in termini di *auspicia*. Gabii,[135] infatti, oltre Roma, è l'unica città dell'antico Lazio citata espressamente che, sebbene potesse rientrare nella sfera dell'*ager peregrinus*, rappresentava un *genus* a sé stante in virtù di "singolari" auspici. La scrupolosità profusa in questa procedura concettuale emerge con particolare forza nella previsione dell'*ager incertus*: si classificava in tal modo quanto fino a quel momento risultava di difficile collocazione nei primi quattro archetipi. Spicca la propensione sacerdotale, in chiave cautelare, a includere nelle ripartizioni anche ciò che si presentava privo di specifica determinazione.

Il sacerdote romano, dunque, attraverso un robusto patrimonio lessicale, concettuale, e universale, stilava schemi classificatori con cui tradurre la realtà in modo omnicomprensivo. È il caso dei pontefici i quali, quando si pronunciavano sulla sacralità delle *res*, discernevano su ciò che era *sacrum*, *profanum*, *sanctum* e *religiosum*,[136] ricorrendo all'ausilio di una rigorosa classificazione concettuale: non vi sono tentennamenti, tutto appare riconducibile inequivocabilmente a modelli con precisi esiti giuridico-religiosi.

d) Edificazione di *carmina*

Aulo Gellio ricorda che le preghiere pubbliche rivolte alle divinità secondo il rito Romano si ritrovavano negli archivi sacerdotali.[137] Oltre alla memorizzazione scritta di tale materiale, che, come detto, doveva essere

[134] Così: P. Catalano, (1978), 492 ss.; F. Sini, *Dai documenti dei sacerdoti romani*, cit., § 4, Id., *Dai documenti dei sacerdoti romani: dinamiche dell'universalismo nella religione e nel diritto pubblico di Roma antica*, cit., § 4, Id., *Diritto e* pax deorum *in Roma antica*, cit., § 5, il quale coglie nel brano la vocazione universalistica della scienza sacerdotale romana.

[135] Sulle vicende storico-istituzionali di questa città, si segnala A. Pasqualini, « Nuovi spunti sulla storia e sulle istituzioni di Gabii », *Studi Romani* 52/2010, 27 ss.

[136] Macrobius, *Sat.* 3.3.1, si veda anche Livius 26.34.12, per l'incarico, attribuito nel 210 a.C. al collegio pontificale, di determinare la natura delle opere d'arte e delle statue di bronzo sottratte al nemico.

[137] Gellius, *Noct. Att.* 13.23.1: *Comprecationes deum inmortalium, quae ritu Romano fiunt, expositae sunt in libris sacerdotum populi Romani et in plerisque antiquis orationibus*. Si veda anche Augustinus Hipponensis, *De civ. Dei* 4.8: *Quando autem possunt uno loco libri huius commemorari omnia nomina deorum et dearum, quae illi grandibus voluminibus vix comprehendere potuerunt singulis rebus propria dispertientes officia numinum?*

pedissequamente recitato, spesso grazie all'aiuto pontificale mediante il *praeire verba*,[138] i sacerdoti preparavano formule da rivolgere agli dèi, generali o specifiche, sulla base di necessità contingenti. Grazie alle fonti si conoscono alcuni *carmina* di chiara fattura sacerdotale, come le *evocationes*,[139] conservate nei libri pontificali, che furono pronunciate al fine di attrarre in seno alla *civitas Romana* le divinità tutelari di Veio[140] e di Cartagine.[141] Queste frasi rituali mostrano la cautela con cui ci si rapportava al divino, da cui derivava il rigore delle clausole in esse contenute. Come ricorda Plinio, il *carmen* della *evocatio* si conservava *in pontificum disciplina*, così pure restava nascosto il nome segreto della divinità tutelare di Roma, al fine di evitare che i nemici potessero agire allo stesso modo.[142]

---

[138] Tra le fonti che ricordano il suggerimento pontificale delle formule sacre, vedi: Livius 4.27.1; 8.9.4-8; 10.28.14; 31.9.9; 36.2.3; 42.28.9; Varro, *De ling. Lat.* 6.61; Tacitus, *Hist.* 4.53.3.

[139] In materia, oltre a V. Basanoff, Evocatio. *Étude d'un rituel militaire romain*, Paris 1947, si veda G. Ferri, « L'evocatio romana – I problemi », *Studi e Materiali di Storia delle Religioni* 72/2006, 205 ss.; G. Ferri, « Una testimonianza epigrafica dell'evocatio? Su un'iscrizione di Isaura Vetus », *Aa.Vv., Atti della Giornata di Studi per L. Gasperini (Roma, 5 giugno 2008)*, Tivoli 2010, 183 ss.; G. Ferri, Tutela urbis. *Il significato e la concezione della divinità tutelare cittadina nella religione romana*, Stuttgart 2010; L. Sacco, « Nota su alcuni aspetti storico-religiosi dell''evocatio' », *Mythos* 5/2011, 131 ss.

[140] Livius 5.21.3: *Te simul, Iuno regina, quae nunc Veios colis, precor, ut nos victores in nostram tuamque mox futuram urbem sequare, ubi te dignum amplitudine tua templum accipiat*.

[141] Macrobius, *Sat*. 3.9.6-9: *Nam repperi in libro quinto Rerum reconditarum Sammonici Sereni utrumque carmen, quod ille se in cuiusdam Furii vetustissimo libro repperisse professus est.* 7. *Est autem carmen huius modi quo di evocantur cum oppugnatione civitas cingitur: Si deus, si dea est, cui populus civitasque Carthaginiensis est in tutela, teque maxime, ille qui urbis huius populique tutelam recepisti, precor venerorque veniamque a vobis peto ut vos populum civitatemque Carthaginiensem deseratis, loca templa sacra urbemque eorum relinquatis,* 8. *absque his abeatis eique populo civitati metum formidinem oblivionem iniciatis, proditique Romam ad me meosque veniatis, nostraque vobis loca templa sacra urbs acceptior probatiorque sit, mihique populoque Romano militibusque meis praepositi sitis ut sciamus intellegamusque. Si ita feceritis, voveo vobis templa ludosque facturum.* 9. *In eadem verba hostias fieri oportet auctoritatemque videri extorum, ut ea promittant futura*.

[142] Plinius, *Nat. hist.* 28.18: *Verrius Flaccus auctores ponit, quibus credat in obpugnationibus ante omnia solitum a Romanis sacerdotibus evocari deum, cuius in tutela id oppidum esset, promittique illi eundem aut ampliorem apud Romanos cultum. Et durat in pontificum disciplina id sacrum, constatque ideo occultatum, in cuius dei tutela Roma esset, ne qui hostium simili modo agerent*. Vedi ancora, ad esempio: Festus, *De verb. sign.*, p. 268 L.: *Peregrina sacra appellantur, quae aut evocatis dis in oppugnandis urbibus Romam sunt <conata> ...*; Macrobius, *Sat.* 3.9.2-3: *Constat enim omnes urbes in alicuius dei esse tutela, moremque Romanorum arcanum et multis ignotum fuisse ut, cum obsiderent urbem hostium eamque iam capi posse confiderent, certo carmine evocarent tutelares deos; quod aut aliter urbem capi posse non crederent, aut etiam si posset, nefas aestimarent deos habere captivos.* 3. *Nam propterea ipsi Romani et deum in cuius tutela urbs Roma est et ipsius urbis Latinum nomen ignotum esse voluerunt*; Servius Dan., *In Verg. Aen.* 2.351: *Inde est, quod*

Mirabile esempio di attenta giurisprudenza sacerdotale è rappresentato dai solenni e antichissimi *carmina* feziali,[143] che nel loro complesso appaiono genuini.[144] In particolare, si deve ricordare l'espressione rituale pronunciata dal feziale per sancire il *foedus* stipulato sotto il regno di Tullio Ostilio dal popolo Romano e da quello degli Albani:

Livius 1.24.7 s.: *Legibus deinde recitatis 'Audi' inquit, 'Iuppiter, audi, pater patrate populi Albani, audi tu, populus Albanus: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet.* 8. *Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Diespiter, populum Romanum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque'*.

---

*Romani celatum esse voluerunt, in cuius dei tutela urbs Roma sit. Et iure pontificum cautum est, ne suis nominibus dii Romani appellarentur, ne exaugurari possint*. In materia, ad es.: G. Ferri, « Valerio Sorano e il nome segreto di Roma », *Studi e Materiali di Storia delle Religioni* 73/2007, 271 ss.; G. Ferri, « Il nome segreto di Roma », *Quaderni Italiani di RIOn* [= *L'onomastica di Roma. Ventotto secoli di nomi. Atti del Convegno, Roma, 19-21 aprile 2007* (a cura di E. Caffarelli, P. Poccetti] 2/2009, 45 ss.; G. Ferri, (2010), 185 ss.; C. O. Tommasi, « Il nome segreto di Roma tra antiquaria ed esoterismo. Una riconsiderazione delle fonti », *Studi Classici e Orientali* 60/2014, 187 ss.

[143] Intorno all'archivio e ai materiali di questo collegio sacerdotale, si veda L. Dal Ri, *Ius fetiale: as origines do direito internacional no universalismo romano, con presentazione di P. Catalano*, Ijuí 2011.

[144] Così, ad esempio: G. B. Pighi, *La poesia religiosa romana*, Bologna 1958, 28 ss.; P. Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano. I*, Torino 1965, 37 nt. 76, 38; B. Luiselli, *Il problema della più antica prosa latina*, Cagliari 1969, 144 ss.; G. Dumézil, (1974), 93 ss., 104 ss.; C. St. Tomulescu, « La valeur juridique de l'histoire de Tite-Live », *Labeo* 21/1975, 305 s.; W. V. Harris, *War and imperialism in Republican Rome 327-70 B.C.*, Oxford 1979, 169 nt. 1; A. Magdelain, « Quirinus et le droit (spolia opima, ius fetiale, ius Quiritium) », *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 96/1984, 213 (ora in A. Magdelain, *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Rome 1990, p. 245); F. Sini, (1984), 13 ss.; F. Sini, (1981), 92 ss.; B. Albanese, « "Res repetere" e "bellum indicere" nel rito feziale (Liv. 1,32,5-14) », *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 46/2000, 7 nt. 2, 9 e 28; A. Calore, *Forme giuridiche del 'bellum iustum' (Corso di diritto romano - Brescia - a.a. 2003-2004)*, Milano 2003, 47 ss.; E. Bianchi, « Qualche riscontro di lessico feziale latente nel I libro delle Storie di Livio », *Rivista di Diritto Romano* 10/2010, 1 ss., *https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano10Bianchi.pdf*. *Contra*: W. Warde Fowler, *The Religious Experience of the Roman People from the earliest times to the age of Augustus*, London 1911, 488; C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 28 nt. 15; C. Gioffredi, « Il frammento di Fabio Pittore in Gell. N. A. 10, 15, 1, e la tradizione antiquaria dei testi giuridico-sacrali », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 43/1977, 32 ss.; K. Latte, 81960, 5 nt. 1, 122 nt. 2; R.M. Ogilvie, *A commentary on Livy, Books 1-5*, Oxford 1965 [rist. 1998], 128; J. Rüpke, *Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom*, Berlin–New York 1995, 270 nt. 85; F. Santangelo, « I feziali fra rituale, diplomazia e tradizioni inventate », *Sacerdos. Figure del sacro nella società romana. Atti del convegno internazionale Cividale del Friuli, 26-28 settembre 2012* (a cura di G. Urso), Pisa 2014, 97.

L'attività interpretativa sacerdotale profusa in queste clausole segnò la giurisprudenza successiva come si evince dal forte parallelismo con la *nuncupatio* dell'ereditando nel testamento *per aes et libram* riportata da Gaius, *Inst.* 2.104: "*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*". In entrambi i testi si rimanda a tavolette cerate[145] in cui furono poste per iscritto, nel caso del *carmen* feziale, le *leges*, da intendersi quali condizioni dell'accordo,[146] e, in quello dell'istituto successorio, le disposizioni testamentarie.

Nella formula sacerdotale si rinviene con accezione tecnica il vocabolo *palam*, per cui quanto proferito doveva essere udito da un pubblico; questo avverbio, non a caso, è presente anche nella definizione giuridica di *nuncupatio* offerta in Gaius, *Inst.* 2.104 (*nuncupare est enim palam nominare*).

Il *carmen* feziale si può relazionare finanche sia con i *verba* proferiti dal *familiae emptor*, conservati sempre in Gaius, *Inst.* 2.104,[147] in esso, infatti, il generico rinvio a *leges* si accosta alla locuzione *secundum legem publicam* enunciata per la *mancipatio familiae*;[148] sia nella formula della *imaginaria solutio per aes et libram*, tramandata da Gaius, *Inst.* 3.174,[149] in quanto l'espressione *primam postremamque* appare simmetrica alla locuzione *prima postrema* di Livius 1.24.7.[150]

Si può dunque sostenere che alcuni istituti civilistici furono improntati al lessico e agli antichi archetipi sacerdotali: la sapienza profusa dai *sacerdotes* nella creazione delle formule giuridico-religiose furono alla base del patrimonio culturale della giurisprudenza successiva.

---

[145] Secondo E. Peruzzi, *Origini di Roma*, II. *Le lettere*, Bologna 1973, 45 ss., l'antico sintagma bimembro *tabulis cerave* presente nel *carmen* feziale sarebbe stato "modernizzato" con la l'espressione *in his tabulis cerisque* di Gaius, *Inst.* 2.104. In tal senso si segnala, ad esempio: S. Tondo, « Introduzione alle 'leges regiae' », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 37/1971, 9 nt. 22; S. Tondo, « L'omicidio involontario in età arcaica », *Labeo* 18/1972, 300 nt. 20; A. Magdelain, « Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome », *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 27/1980, 232; F. Sini, (2001), 126 s. e nt. 83.

[146] Testimoniano il ricorso al termine *lex* nel lessico sacerdotale, ad esempio: *ILS* I.112, p. 32; II.1.4907, 247; II.1.4909, 247.

[147] Gaius, *Inst.* 2.104: *Familia pecuniaque tuam endo mandatelam tua custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere*.

[148] Su tale espressione la letteratura moderna si è espressa in modo non univoco, si veda in merito C. M. A. Rinolfi, (2020), 44 nt. 126.

[149] Gaius, *Inst.* 3.174: *Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur "Quod ego tibi tot milibus sestertiorum condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: Hanc tibi libram primam postremamque expendo <secundum> legem publicam"*.

[150] Il nesso tra le due formule era già stato rilevato da F. Schulz, (1968), 68.

## 6. LE ESTERNAZIONI TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

I sacerdoti avevano modo di esternare le loro conoscenze sia attraverso l'opera di consulenza sollecitata da richieste di *cives* e *partes* costituzionali,[151] sia mediante una azione spontanea.

Nel primo caso, i *sacerdotes* liberavano la *civitas* da eventuali scrupoli religiosi solitamente attraverso *responsa* e *decreta*.[152] Intorno alle risposte date ai privati, le fonti ricordano l'assistenza offerta dai pontefici, anche alla gente comune, al fine di risolvere questioni di interesse religioso-privatistico, diretta conseguenza di una determinata competenza per materia.[153] Un raro esempio di questa opera costante è rappresentato dal *De re rustica* di Columella che riferisce delle prescrizioni pontificali in merito alle attività agricole che si potevano compiere durante le *feriae*;[154] qui si rinviene l'espressione verbale *negare*,[155] propria dell'*interpretatio* sacerdotale.[156] I sacerdoti, come detto, potevano essere consultati, sempre in virtù del loro specifico sapere, intorno ad argomenti di estrema rilevanza per la *civitas*. Conformemente a quanto si apprende in D. 1.1.1.2 (Ulpianus *libro primo institutionum*), essi rappresentavano un referente istituzionale, che applicò una rigorosa interpretazione del *ius sacrum* correlato al *ius publicum*, fin dall'età del *Regnum*; secondo la tradizione, infatti, Numa Pompil-

[151] Vedi un passaggio del discorso fatto dal console Postumio dinnanzi all'assemblea popolare durante la spinosa vicenda dei Baccanali, Livius 39.16.7: *Ubi deorum numen praetenditur sceleribus, subit animum timor ne fraudibus humanis vindicandis divini iuris aliquid immixtum violemus. Hac vos religione innumerabilia decreta pontificum, senatus consulta, haruspicum denique responsa liberant*.

[152] In generale per i *decreta* e i *responsa* sacerdotali: G. Mancuso, « Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana », *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 40/1988, 78 ss.; S. Randazzo, « Collegium pontificum decrevit. Note in margine a CIL. X. 8259 », *Labeo. Rassegna di diritto romano* 50/2004, 135 ss.)

[153] Livius 1.20.6: *Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur*; D. 1.2.2.6 (Pomponius, *libro singulari enchiridii*): *Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis*.

[154] Columella, *Res rust.* 2.21: *... pontifices negant segetem feriis saepiri debere; vetant quoque lanarum causa lavari oves nisi si propter medicinam. ... Ac ne vindemiam quidem cogi per religiones pontificum feriis licet nec ovis tondere, nisi si catulo feceris. Defrutum quoque facere et vinum defrutare licet. Uvas itemque olivas conditu legere licet. Pellibus oves vestiri non licet. In horto quicquid holerum causa facias, omne licet. Feriis publicis hominem mortuum sepeliri non licet. … Nos apud pontifices legimus fereis tantum denicalibus mulos iungere non licere, ceteris licere*.

[155] L'utilizzo del termine è attestato dalle fonti non solo per i pontefici (ad es.: Livius 27.25.8, 31.9.7, 39.5.9; Plinius, *Nat. hist.* 8.206; Macrobius, *Sat.* 1.16.25), ma anche per gli auguri (ad es.: Cicero, *De dom.* 39; Livius 1.36.3).

[156] Intorno linguaggio precettivo sacerdotale, connotato dal costante ricorso alla negazione, rinvio a F. Sini, (2001), 227 ss., F. Sini, (2005), § 5.

io, dopo aver eretto un'ara a Giove Elicio sull'Aventino, *consuluit auguriis* al fine di conoscere i prodigi da tenere in considerazione.[157] In epoca repubblicana la modalità più diffusa con cui si sottopose all'autorità sacerdotale alcune delicate questioni di carattere sacro era quella di un rinvio disposto dal *senatus* quale incarico per il magistrato.[158] In particolare, Livio riporta il testo di un senatoconsulto del 187 a.C. che faceva seguito alle lagnanze degli Ambracesi. Nel testo si specificava che, al suo ritorno, il console M. Fulvio Nobiliore doveva rimettere la questione ai pontefici circa *signa aliaque ornamenta quae quererentur ex aedibus sacris sublata esse*, e che *et quod ii censuissent fieri*,[159] assicurando pertanto massimo rispetto alla valutazione dei *sacerdotes*.[160] In tal caso, poiché il senato non poteva prevedere con quali modalità si sarebbe espresso il collegio, si ricorse genericamente al verbo *censeo*;[161] del resto, vi sono casi in cui i *pontifices* dichiararono che l'argomento in esame non era pertinente alla sfera religiosa,[162] oppure – è questo il caso dell'articolato *responsum* offerto nel 191 a.C. alla vigilia della guerra contro Antioco – i *fetiales* rinviarono a quanto espresso in un precedente decreto.[163]

---

[157] Livius 1.20.7: *Iovi Elicio aram in Aventino dicavit, deumque consuluit auguriis quae suspicienda essent*.

[158] Vedi a titolo esemplificativo: Livius 29.20.10; 41.16.1; Macrobius, *Sat.* 1.16,24.

[159] Livius 38.44.5-6.

[160] Doveva trattarsi di una formula ufficiale, ad es., Livius 41.16.6: *Tusculi facem in caelo visam, Gabiis aedem Apollinis et privata aedificia complura, Graviscis murum portamque de caelo tacta ea patres procurari uti pontifices censuissent iusserunt*; vedi anche Livius 31.12.4, per cui nelle disposizioni impartite dal senato nel 200 a.C. in seguito ad un furto a danno del tesoro di Proserpina a Locri, qualora si ritenesse necessario compiere sacrifici espiatori, si prescriveva di conformarsi a quanto deciso dai pontefici nel 204 a.C.: *si quo minus inventum foret expleri, ac piacularia, si videretur, sicut ante pontifices censuissent, fieri*.

[161] Nonius Marcellus, *De comp. doct.* 12, 519 M.: *Censere et arbitrari veteres cognatione quadam socia ac similia verba esse voluerunt. Varro Rerum Humanarum lib. XX: 'quod verbum censeo et arbitror idem poterat ac valebat'. Plautus in Rudente: non vidisse undas <me> maiores censeo. Idem in Menaechmis: demam hanc coronam atque abiciam ad laevam manum, ut, si sequentur, me hac abisse censeant. Varro de Vita Populi Romani lib. II: 'itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellarunt: idem enim valet censere et arbitrari'*. Cfr. Paul. Fest., *excerpt. de verb. sign.*, p. 47 L.: *Censere nunc significat putare, nunc suadere, nunc decernere*.

[162] Livius 39.5.9 (testo *infra* nt. 172). Sul principio *ad religione non pertinere*, si rinvia a L. Franchini, « Principi di ius pontificium », *Religione e Diritto Romano. La cogenza del rito* (a cura di S. Randazzo), Tricase 2015, 303 s.

[163] Livius 36.3.7-12: *Consul deinde M'. Acilius ex senatus consulto ad collegium fetialium rettulit, ipsi ne utique regi Antiocho indiceretur bellum, an satis esset ad praesidium aliquod eius nuntiari;* 8. *et num Aetolis quoque separatim indici iuberent bellum, et num prius societas et amicitia eis renuntianda esset quam bellum indicendum.* 9. *Fetiales responderunt iam ante sese, cum de Philippo consulerentur, decrevisse nihil referre ipsi coram an ad praesidium nuntiaretur;* 10. *amicitiam renuntiatam videri, cum legatis totiens repe-*

A testimonianza che le indicazioni sacerdotali potessero essere dispensate indipendentemente da richieste di parte, si deve citare un frammento degli antichi documenti degli auguri[164] intorno alla prescrizione di non lasciare aggiogati i giumenti durante la trazione degli auspici, o «in circostanze di particolare solennità»,[165] con la motivazione di scongiurare un *iuges auspicium*:[166] il precetto era materialmente fatto applicare dagli auguri *motu proprio*, probabilmente tramite *calatores*.[167] Gli *augures* agirono di propria iniziativa anche nell'episodio citato *supra* § 4, quando il collegio, informato da Tiberio Sempronio Gracco del vizio auspicale relativo ai comizi da lui presieduti l'anno precedente, ne fece rapporto al senato.[168] Si registrano parimenti azioni pontificali, non dettate da istanze esterne al collegio, che si configurano quali resistenze sacerdotali ad azioni magistratuali nella sfera del *ius sacrum*. Un esempio risale al 208 a.C., allorché la *dedicatio* di una medesima cella a *Honos* e *Virtus*, promessa nel 223 dal console Marco Claudio Marcello, fu impedita dai pontefici con la motivazione che in caso di prodigi sarebbe stato difficile individuare la divinità a cui destinare la *procuratio*:[169] alla base del diniego sussisteva una logica rig-

---

*tentibus res nec reddi nec satisfieri aequum censuissent;* 11. *Aetolos ultro sibi bellum indixisse, cum Demetriadem, sociorum urbem,* 12. *per vim occupassent, Chalcidem terra marique oppugnatum issent, regem Antiochum in Europam ad bellum populo Romano inferendum traduxissent.* Per un'analisi giuridica della vicenda, G. Turelli, *«Audi Iuppiter». Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2011, 203 ss.

[164] Cicero, *De div.* 2.77: *... quod nos augures praecipimus, ne iuges auspicium obveniat, ut iumenta iubeant diiungere*. F. A. Brause, (1875), 44 s., fr. 3, il quale colloca il frammento tra i commentari; P. Regel, (1882), 14; F. SINI, (1983), 107 s., che inserisce la materia tra i *libri augurales*.

[165] F. Sini, (2005), § 5.

[166] La definizione è offerta da Paul. Fest., *excerpt. de verb. sign.*, p. 92 L.: *Iuges auspicium est, cum iunctum iumentum stercus fecit.*

[167] In tal senso G. Dumézil, (1974), 101. *Calatores augurum* sono ricordati da Svetonio (*Gramm.* 12: *Cornelius Epicadus, L. Cornelii Sullae dictatoris libertus calatorque in sacerdotio augurali ...*) e da un'epigrafe (*CIL* VI.2187: *L(ucius) Iunius Silani l(ibertus) Paris, dispe(n)s(ator), calator augur(um), vixit annos XXXII*).

[168] Cicero, *De nat. deor.* 2.11: *... augures rem ad senatum ...*; Valerius Maximus 1.1.3: *... eaque re ab auguribus ad senatum relata ...* Recentemente, G. Greco, « Permanenza e instabilità nei precetti di derivazione sacrale », *Iura and Legal Systems* 6/2019, 15, rinviene nella vicenda motivazioni di carattere politico, poiché il "ripensamento tardivo" di Tiberio Gracco ebbe come effetto finale l'abdicazione dei consoli, uno dei quali, Scipione Nasica, militava nella fazione concorrente.

[169] Livius 27.25.7-9: *Marcellum aliae atque aliae obiectae animo religiones tenebant; in quibus quod, cum bello Gallico ad Clastidium aedem Honori et Virtuti vovisset, dedicatio eius a pontificibus impediebatur 8. quod negabant unam cellam amplius quam uni deo recte dedicari, quia si de caelo tacta aut prodigii aliquid in ea factum esset,* 9. *difficilis procuratio foret, quod utri deo res divina fieret sciri non posset; neque enim duobus nisi certis deis rite una hostia fieri*; Valerius Maximus 1.1.8: *In qua cum M. Marcellus quintum consulatum gerens templum Honori et Virtuti Clastidio prius, deinde Syracusis potitus nun-*

orosa atta a interpretare adeguatamente le manifestazioni divine per non incrinare la *pax deorum*; del resto, come ricorda Varrone, in caso di profanazione di ferie successive a un terremoto, per espiare si immolava l'*hostia* '*si deo, si deae*' secondo quanto decretato dai *pontifices*, poiché *et qua vi et per quem deorum dearumve terra tremeret, incertum esset*.[170]

L'attività speculativa, fondata sulla *auctoritas*,[171] acquistava efficacia e valore vincolante solo se osservata da privati e dalle *partes* costituzionali. Generalmente durante la *Res publica* le indicazioni sacerdotali divenivano operative se fatte applicare dai magistrati su disposizione del senato.[172] Non esisteva, tuttavia, un automatismo, come affiora specie da Cicero, *Ad Att.* 4.2.3-4. Durante le vicende che si svilupparono intorno alla spinosa questione della casa dell'oratore, in senato si discusse anche in merito al decreto pontificale favorevole all'Arpinate; in tale occasione, al fine di comprendere quale principio avesse influito nell'azione di discernimento sacerdotale, si interrogarono tutti i pontefici che erano al contempo senatori, e nello specifico M. Terenzo Varrone Lucullo, il quale ... *respondit religionis iudices pontifices fuisse, legis <es>se senatum; se et collegas suos de religione statuisse, in senatu de lege statu<tur>os cum senatu*: il consesso senatorio non era vincolato a seguire le indicazioni del collegio, poiché l'ambito delle sue statuizioni era distinto da quello religioso.

La valutazione se osservare o meno i precetti sacerdotali era ovviamente politica, legata a fattori contingenti. All'indomani della presa di Veio sorse la questione in merito a quanto promesso da Camillo ad Apollo: i pontefici considerarono l'intero popolo il soggetto su cui gravava l'onere di ottemperare al voto, ma le loro istruzioni furono disattese e si optò per

---

*cupatis debitum votis consecrare vellet, a collegio pontificum inpeditus est, negante unam cellam duobus diis recte dicari: futurum enim, si quid prodigii in ea accidisset, ne dinosceretur utri rem divinam fieri oporteret, nec duobus nisi certis diis una sacrificari solere.* Sull'episodio, F. Van Haeperen, (2002), 251, L. Franchini, (2008), 187 ss.; C. M. A. Rinolfi, (2017), § 5.

[170] Gellius, *Noct. Att.* 2.28.3.

[171] L'*auctoritas* è nozione non univoca (così, ad es., A. Magdelain, «Auctoritas rerum», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 5/1950, 127 ss.,; per i vari significati si veda K. Münscher, « V. *auctoritas »*, *Thesaurus Linguae Latinae*, II, Lipsiae 1903, coll. 1213 ss. Tra le ultime opere in materia, si segnala: F. Santangelo, « Priestly auctoritas in the Roman Republic », *The Classical Quarterly* 63/2013, 743 ss., A. I. Clemente Fernández, *La* auctoritas *romana*, Madrid 2014; Y. Berthelet, *Gouverner avec les dieux. Autorité, auspices et pouvoir, sous la République romaine et sous Auguste*, Paris 2015, spec. 18 ss.

[172] Tra gli esempi delle fonti: Livius 22.9.11: *Senatus, quoniam Fabium belli cura occupatura esset, M. Aemilium praetorem ex collegi[o] pontificum sententia omnia ea ut mature fiant, curare iubet*; 39.5.9 s.: *Senatus pontificum collegium consuli iussit num omne id aurum in ludos consumi necesse esset. Cum pontifices negassent ad religionem pertinere quanta impensa in ludos fieret,* 10. *senatus Fulvio quantum impenderet permisit, dum ne summam octoginta milium excederet*.

una soluzione blanda, in quanto apparve difficile far restituire la preda bellica dalla cittadinanza per destinarne la decima parte alla divinità.[173]

L'*interpretatio* sacerdotale, dunque, poteva prevalere sulle mere scelte politiche in un sistema dinamico ed elastico, muovendosi tra memoria e innovazione a seconda delle occorrenze del momento. Questa complessa realtà riusciva a trovare l'equilibrio tra poteri e *auctoritas*, e difficilmente, come è stato già evidenziato da autorevole letteratura,[174] può essere colto sotto l'ottica deformante dello *Staatsrecht*, in quanto la vita del *Populus Romanus* procedeva in chiave (volutamente) concreta.

.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

1. Accame, Silvio, *I re di Roma nella leggenda e nella storia*, Napoli 1959;
2. Albana, Mela, « I luoghi della memoria a Roma in età repubblicana: templi e archivi », *Annali della Facoltà di Scienze della Formazione* 3/2004;
3. Albanese, Bernardo, « "Res repetere" e "bellum indicere" nel rito feziale (Liv. 1,32,5-14) », *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 46/2000;

[173] Livius 5.23.8-11: *Agi deinde de Apollinis dono coeptum. Cui se decumam vovisse praedae partem cum diceret Camillus,* 9. *pontifices solvendum religione populum censerent, haud facile inibatur ratio iubendi referre praedam populum, ut ex ea pars debita in sacrum secerneretur.* 10. *Tandem eo, quod lenissimum videbatur, decursum est, ut, qui se domumque religione exsolvere vellet, cum sibimet ipse praedam aestumasset suam, decumae pretium partis in publicum deferret,* 11. *ut ex eo donum aureum, dignum amplitudine templi ac numine dei, ex dignitate populi Romani fieret*. Il problema si ripropose successivamente riguardo ai beni immobili: Livius 5.25.7: *Cum ea disceptatio, anceps senatui visa, delegata ad pontifices esset, adhibito Camillo visum collegio, quod eius ante conceptum votum Veientium fuisset et post votum in potestatem populi Romani venisset, eius partem decumam Apollini sacram esse* (in merito all'espressione liviana per indicare il bottino di guerra, J. M. Piquer Marí, « Sui beni patrimoniali dello stato nell'antica Roma. La preda bellica », *Annali del Dipartimento Jonico* 4/2016, 438 ss., per cui non si tratterebbe ancora di un concetto tecnico).

[174] Tra coloro che hanno avvalorato l'inadeguatezza di una lettura del *ius Romanum* alla luce della visione statualista, vedi: P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 41 ss.; P. Catalano, « La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone) », *Studi in onore di G. Grosso, VI*, Torino 1974, 673 ss.; G. Lobrano, « Note su «diritto romano» e «scienze di diritto pubblico» nel XIX secolo », *Index* 7/1977, 66; G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982, 6 ss.; G. Lobrano, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Sassari 1990, 81 ss.; G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e le limitazioni del potere*, Torino 1996, 42 ss.; G. Lobrano, « La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà". Una ìpo-tesi (mendeleeviana) », *Diritto @ Storia* 10/2011-2012, spec. § 2, *https://www.dirittoestoria.it/10/D&Innovazione/Lobrano-Persona-giuridica-rappresentanza-societa-formazione-volonta.htm*; F. Sini, (2003), § 5; F. Sini, (2005), § 1.

4. Albanese, Bernardo, « Volontà negoziale e forma in una testimonianza di Q. Mucio Scevola », *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag* (a cura di M. Harder, G. Thielmann), Berlin 1980;
5. Ando, Clifford, « Evidence and Orthopraxy », *Journal of Roman Studies* 99/2009;
6. Ando, Clifford, «Evidence and Orthopraxy », *Journal of Roman Studies* 99/2009;
7. Balsdon, J. P. V. D., « Fabula Clodiana », *Historia* 15/1966;
8. Basanoff, Vsevolod, Evocatio. *Étude d'un rituel militaire romain*, Paris 1947;
9. Bauman, Richard A., *Lawyers in Roman Republican Politics. A study of the Roman jurists in their political setting, 316-82 BC*, München 1983;
10. Behrends, Okko, « Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex », *Nachrichten der Akademie Wissenschaften in Göttingen*. I. *Philologisch-historische Klasse* 7/1976;
11. Belayche, Nicole, "Religious Actors *in* Daily Life*:* Practices *and* Related Beliefs", *A Companion to Roman Religion* (a cura di J. Rüpke), Malden 2007;
12. Benner, Herbert, *Die Politik des P. Clodius Pulcher. Untersuchungen zur Denaturierung des Clientelwesen in der ausgehenden römischen Republik*, Stuttgart 1987;
13. Berthelet, Yann, *Gouverner avec les dieux. Autorité, auspices et pouvoir, sous la République romaine et sous Auguste*, Paris 2015;
14. Bianchi, Edoardo, « Qualche riscontro di lessico feziale latente nel I libro delle Storie di Livio », *Rivista di Diritto Romano* 10/2010, *https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano10Bianchi.pdf*;
15. Bianchi, Edoardo, *Il* rex sacrorum *a Roma e nell'Italia antica*, Milano 2010;
16. Bloch, Raymond, « La divination romaine et les livres sibyllins », *Revue des Études Latines* 40/1962;
17. Bona, Ferdinando, « "Ius pontificium" e "ius civile" nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto », *"Contractus" e "pactum". Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina, Copanello 1-4 giugno 1988* (a cura di F. Milazzo), Napoli 1990 (ora in F. Bona, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano, II*, Padova 2003);
18. Bouché-Leclercq, Auguste, *Histoire de la divination dans l'antiquité, IV. Divination italique (étrusque – latine – romaine)*, Paris 1882 [rist., New York 1975];
19. Bouché-Leclercq, Auguste, *Les pontifes dans l'ancienne Rome. Étude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris 1871 [rist., New York 1975];

20. Bouché-Leclercq, Auguste, *Les pontifes dans l'ancienne Rome. Étude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris 1871 [rist., New York 1975];
21. Boyce, Aline Abaecherli, « The Development of the Decemviri Sacris Faciundis », *Transactions of the American Philological Association* 69/1938;
22. Brause, Franz Albert, *Librorum de disciplina augurali ante Augusti mortem scriptorum reliquiae*, Lipsiae 1875;
23. Breglia Pulci Doria, Lusia, « Libri Sybillini e dominio di Roma », *Sibille e linguaggi oracolari. Mito Storia Tradizione. Atti del convegno internazionale di studi, Macerata-Norcia 20-24 Settembre 1994* (a cura di I. Chirassi Colombo), Macerata 1998;
24. Bretone, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982;
25. Broughton, Thomas Robert Shannon, *The Magistrates of the Roman Republic. I. 509 B.C. – 100 B.C.*, New York 1951;
26. Broughton, Thomas Robert Shannon, *The Magistrates of the Roman Republic, II. 99 B.C. – 31 B.C.*, New York 1952;
27. Brouwer, Hendrik H. J., *Bona Dea: the sources and a description of the cult*, Leiden 1989;
28. Burkhart, Cardauns, *M. Terentius Varro Antiquitates Rerum Divinarum*, Wiesbaden 1976;
29. Butrica, James L., « Clodius the Pulcher in Catullus and Cicero », *The Classical Quarterly* 52/2002;
30. C. O. Tommasi, « Il nome segreto di Roma tra antiquaria ed esoterismo. Una riconsiderazione delle fonti », *Studi Classici e Orientali* 60/2014;
31. Calore, Antonello, *Forme giuridiche del 'bellum iustum' (Corso di diritto romano - Brescia - a.a. 2003-2004)*, Milano 2003;
32. Capdeville, Gérard, « Les institutions religieuses de la Rome primitive d'après Denys d'Halicarnasse », *Pallas* 39/1993;
33. Carlà, Filippo, « Pomerium, fines and ager Romanus: Understanding Rome's "First Boundary" », *Latomus* 74/2015;
34. Carter, Jesse Bendedict, *The Religion of Numa*, London 1906;
35. Casado Candelas, Maria Jesus, *Primae luces. Una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana*, Valladólid 1994;
36. Càssola, Filippo, « Livio, il tempio di Giove Feretrio e la inaccessibilità dei santuari in Roma », *Rivista storica italiana* 82/1970;
37. Catalano, Pierangelo, « Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia », *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II.16.1* (a cura di W. Haase), Berlin–New York 1978;
38. Catalano, Pierangelo, « Una civitas communis deorum atque hominum: Cicerone tra temperatio reipublicae e rivoluzioni », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 61/1995;

39. Catalano, Pierangelo, *Contributi allo studio del diritto augurale. I*, Torino 1960;
40. Catalano, Pierangelo, *Linee del sistema sovrannazionale romano. I*, Torino 1965;
41. Catalano, Pierangelo, Siniscalco, Paolo, « Laicità tra diritto e religione. Documento introduttivo del XIV Seminario «Da Roma alla Terza Roma» », *Index* 23/1995;
42. Chini, F., « Idee vecchie e nuove intorno ai concetti di ius e fas », *Religione e Diritto Romano. La cogenza del rito* (a cura di S. Randazzo), Tricase 2015;
43. Chini, Paola, *La religione*, Roma 1990;
44. Cipriano, Palmira, « Varrone e l'uso «calendaristico» dei termini fas e nefas », *Atti del Congresso Internazionale di Studi Varroniani in occasione del bimillenario della morte di Marco Terenzio Varrone (116-27 a. C.). Rieti settembre 1974, II*, Rieti 1976;
45. Cipriano, Palmira, *Fas e nefas*, Roma 1978;
46. Clemente Fernández, Ana Isabel, *La* auctoritas *romana*, Madrid 2014;
47. Coarelli, Filippo, *Il Foro Romano, I. Periodo arcaico*, Roma 1986;
48. Culham, Phyllis, « Archives and Alternatives in Republican Rome », *Classical Philology* 84/1989;
49. D'Orta, Maurizio, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli 1990;
50. Dal Ri, Luciene, *Ius fetiale: as origines do direito internacional no universalismo romano, con presentazione di P. Catalano*, Ijuí 2011;
51. De Giorgio, Jean-Pierre, « Clodius le scandaleux d'après la C*orrespondance* de Cicéron (58 et 56 av. J.-C.) », *Scandales, justice et politique à Rome. Textes inédits d'Alain Malissard suivis d'hommages en son honneur* (dir. di P. M. Martin, E. Ndiaye), Paris 2018;
52. De Luca, Sabina, « Dal mito di fondazione ai confini dell'impero: il pomerio e la questione degli ampliamenti rivisitata », *Traces in Time* [= "*Incontri di Archeologia - studenti Sapienza", Atti delle giornate del 27 aprile, 12 e 24 maggio 2018*] 9/2019;
53. Del Ponte, Renato, « Aspetti del lessico pontificale: gli «indigitamenta» », *Ius Antiquum – Древнее Право* 5/1999, 154 ss. (ora in *Diritto @ Storia* 1/2002, *http://www.dirittoestoria.it/tradizione/R.%20Del%20Ponte%20-%20Aspetti%20del%20lessico%20pontificale.htm*);
54. Del Ponte, Renato, « Documenti sacerdotali in Veranio e Granio Flacco: problemi lessicografici », *Diritto @ Storia* 4/2005, *http://www.dirittoestoria.it/4/TradizioneRomana/Del-Ponte-Documenti-sacerdotali-Veranio-Granio-Flacco.htm*;
55. Del Ponte, Renato, *La religione dei Romani. La religione e il sacro in Roma antica*, Milano 1992;

56. Deschamps, Lucienne, « La prière liminaire des Res Rusticae de Varron », *Vita Latina* 137/1995;
57. Di Ottavio, Daniela, « Octo genera poenarum (a margine di August., civ. Dei 21.11 e Isid., etym. 5.27.1 ss.), » *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 57/2014;
58. Dumezil, Georges, *La religion romaine archaïque*, Paris 1974;
59. Epstein, David F., « Cicero's Testimony and the Bona Dea Trial », *Classical Philology* 81/1986;
60. Ernout, Alfred, Meillet, Antoine, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 2001;
61. F. Della Corte, *Numa e le streghe*, in *Maia* 26, 1974;
62. Fascione, Lorenzo, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella 'Storia di Roma arcaica' di Dionigi d'Alicarnasso, I*, Napoli 1988;
63. Fernández de Buján, Antonio, « Sistemática y ius civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio », *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 6/2002;
64. Ferri, Giorgio, « Il nome segreto di Roma », *Quaderni Italiani di RIOn* [= *L'onomastica di Roma. Ventotto secoli di nomi. Atti del Convegno, Roma, 19-21 aprile 2007* (a cura di E. Caffarelli, P. Poccetti] 2/2009;
65. Ferri, Giorgio, « L'evocatio romana – I problemi », *Studi e Materiali di Storia delle Religioni* 72/2006;
66. Ferri, Giorgio, « Una testimonianza epigrafica dell'evocatio? Su un'iscrizione di Isaura Vetus », *Aa.Vv., Atti della Giornata di Studi per L. Gasperini (Roma, 5 giugno 2008)*, Tivoli 2010;
67. Ferri, Giorgio, « Valerio Sorano e il nome segreto di Roma », *Studi e Materiali di Storia delle Religioni* 73/2007;
68. Ferri, Giorgio, Tutela urbis. *Il significato e la concezione della divinità tutelare cittadina nella religione romana*, Stuttgart 2010;
69. Ferriès, Marie-Clarie, Delrieux, Fabrice, « Quintus Mucius Scaevola, un gouverneur modèle pour les Grecs de la province d'Asie? », *Les gouverneurs et les provinciaux sous la République romaine* (a cura di N. Barradon, F. Kirbihler), Rennes 2011;
70. Fezzi, Lucca, « La legislazione tribunizia di Publio Clodio Pulcro (58 a.C.) e la ricerca del consenso a Roma », *Studi Classici e Orientali* 47/1999;
71. Fezzi, Lucca, *Il tribuno Clodio*, Roma–Bari 2008;
72. Fiori, Roberto, « Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola », *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna* (a cura di C. Cascione, C. Masi Doria), III, Napoli 2007;
73. Fiori, Roberto, « Gli auspici e i confini », *Fundamina* 1/ 2014;
74. Fiori, Roberto, « La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 131/2014;

75. Fiori, Roberto, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996;
76. Fontanella, Francesca, « Ius pontificium, ius civile e ius naturae in De legibus II, 45-53 » *Athenaeum* 84/1996;
77. Franchini, Lorenzo, « Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law' », *Diritto @ Storia* 10/2011-2012 (*http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Franchini-Esperienza-romana-arcaicacommon-law.htm*);
78. Franchini, Lorenzo, « Il ver sacrum. Considerazioni in merito a regime e sviluppo storico di un antico rito migratorio », *Jus- Online* 4/2020;
79. Franchini, Lorenzo, « La nozione di «laicità» nella giurisprudenza romana », *Rivista di Diritto Romano* 10/2010 (*http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano10Franchini.pdf*);
80. Franchini, Lorenzo, « Principi di ius pontificium », *Religione e Diritto Romano. La cogenza del rito* (a cura di S. Randazzo), Tricase 2015;
81. Franchini, Lorenzo, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008;
82. Fuchs, Harald, *Augustinus und der antike Friedengedanke. Untersuchungen zum neunzehnten Buch der Civitas Dei*, Berlin 1926;
83. Fugier, Huguette, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris 1963;
84. Funaioli, Gino, Grammaticae Romanae fragmenta, I, Lipsiae 1907;
85. Gallani, Clara, « Politica religiosa di Clodio », *Studi e Materiali di Storia delle Religioni* 33/1962;
86. Gianotti, Gian Franco, « Ventura e sventura dei custodi del linguaggio. Spigolature svetoniane », *Linguaggi del Potere, Poteri del Linguaggio* (a cura di E. Bona, M. Curnis), Alessandria 2010;
87. Gillmeister, Andrzej, « Sibyl in Republican Rome – literary construction or ritual reality? », *Society and Religions. Studies in Greek and Roman History*, 3/2010;
88. Gillmeister, Andrzej, « The Role of the Viri Sacris Faciundis College in Roman Public Religion », *Society and Religions. Studies in Greek and Roman History*, 2/2007;
89. Gillmeister, Andrzej, « The Sibylline Books – Social Drama in Action and Civic Religion in Ancient Rome », *Mantic Perspectives: Oracles, Prophecy and Performance* (a cura di K. Bielawski), Gardzienice–Lublin–Warszawa 2015;
90. Gioffredi, Carlo, « Il frammento di Fabio Pittore in Gell. N. A. 10, 15, 1, e la tradizione antiquaria dei testi giuridico-sacrali », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 43/1977;
91. Gioffredi, Carlo, « Ius, Lex, Praetor. (Forme storiche e valori dommatici) », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 13-14/1947-48;

92. Gioffredi, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955;
93. Giovannini, Adalberto, « Les livres auguraux », *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique* (a cura di S. Demougin), Paris 1994;
94. Giuffrè, Vicenzo, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su «ius civile» / «ius honorarium»*, Napoli 1993;
95. Granino Cecere, Maria Grazia, « I XV viri sacris faciundis nei ludi saeculares severiani », *Epigraphica* 81/2019;
96. Greco, Giovanbattista, « Permanenza e instabilità nei precetti di derivazione sacrale », *Iura and Legal Systems* 6/2019;
97. Guittard, Charles, « Le calendrier romain des origines au milieu du V$^{e}$ siècle avant J.-C. », *Bulletin de l'Association G. Budé* 2/1973;
98. Harris, William V., *War and imperialism in Republican Rome 327-70 B.C.*, Oxford 1979;
99. Heurgon, Jacques, « Le «Ver sacrum» romain de 217 », *Trois études sur le «Ver sacrum»* (ed. J. Heurgon), Bruxelles 1957;
100. Hoffmann, Emmanuel, « Die tarquinischen Sibyllen-Bücher », *Rheinisches Museum für Philologie* 50/1895;
101. Holleman, A. W. J., « Les calendriers préjuliens à Rome », *L'antiquité classique* 47/1978;
102. Hooker, Edna M., « The Significance of Numa's Religious Reforms », *Numen* 10/1963;
103. Humbert, Michel, « Droit et religion dans la Rome antique », *Mélange F. Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Fribourg 1993;
104. Humm, Michel, « Le pomerium de la ville de Rome: nature et définition d'une frontière juridico-religieuse », *Religions et pouvoir dans le monde romain de 218 av. J.-C. à 250 ap. J.-C.* (dir. di C. Husquin e C. Landrea), Paris 2020;
105. Johnson, Michael, « The Pontifical Law and the Civil Law. Towards an understanding of the Ius Pontificium », *Athenaeum* 103/2015;
106. Kaser, Max, « Religione e diritto in Roma arcaica », *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 3/1948-1949 (ora in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag* (a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart 1993);
107. Kaser, Max, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949;
108. Keskiaho, Jesse, « Re-visiting the Libri Sibyllini: Some Remarks on Their Nature in Roman Legend and Experience », *Studies in Ancient Oracles and Divination* (a cura di M. Kajava), Roma 2013;
109. Kofanov, Leonid, « Varrone "Antiquitates rerum humanarum et divinarum" e il sistema del diritto pubblico romano », *Diritto @ Storia* 5/2006,

*https://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Kofanov-Varro-antiquitates-diritto-pubblico-romano.htm*;

110. Latte, Kurt, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960;
111. Le Bourdelles, Hubert, « Nature profonde du pontificat romain. Tentative d'une étymologie », *Revue de l'histoire des religions* 189/1976;
112. Lehmann, Aude, « Aélius Stilon logographe », *Discorsi alla prova. Atti del Quinto Colloquio italo-francese Discorsi pronunciati, discorsi ascoltati: contesti di eloquenza tra Grecia, Roma ed Europa Napoli - S. Maria di Castellabate (Sa) 21 - 23 settembre 2006* (a cura di G. Abbamonte, L. Miletti, L. Spina), Napoli 2009;
113. Lehmann, Yves, « La dette de Varron à l'égard de son maître Lucius Aelius Stilo », *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 97/1985;
114. Lehne-Gstreinthaler, Christine, *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Wien–Köln–Weimar 2019;
115. Lennon, Jack, « Pollution and ritual impurity in Cicero's De domo sua », *The Classical Quarterly* 60/2010;
116. Levi, M. A., « Il re Numa e i 'penetralia pontificum' », *Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Classe di Lettere e Scienze morali e storiche* 115/1981;
117. Liberman, Gauthier, « Les documents sacerdotaux du collège sacris faciundis », *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine* (a cura di C. Moatti), Rome 1998;
118. Licandro, Orazimo, « La pax deorum e l'imperatore Augusto (che "iniziò a porre ordine nell'ecumene") » *Scritti per A. Corbino, IV* (a cura di I. Piro), Tricase 2016;
119. Linderski, Jerzy, « The Aedileship of Favonius, Curio the Younger and Cicero's Election to the Augurate », *Harvard Studies in Classical Philology* 76/1972;
120. Linderski, Jerzy, « The libri reconditi », *Harvard Studies in Classical Philology* 89/1985;
121. Lintott, Andrew William, « P. Clodius Pulcher-Felix Catilina? », *Greece & Rome* 14/1967;
122. Luiselli, Bruno, *Il problema della più antica prosa latina*, Cagliari 1969;
123. Maccari, Aurora, « Auctis populi romani finibus. Lo ius proferendi pomerii in età imperiale e il 'pomerio romuleo' di Claudio in Tac. Ann. XII, 24 », *Studi Classici e Orientali* 63/2017;
124. Maccari, Aurora, « L'evoluzione dello ius prolationis dalle origini a Silla », *Studi Classici e Orientali* 62/2016;
125. Maccari, Aurora, « Pomerium, verbi vim solam intuentes, postmoerium interpretantur esse. La critica storica e antiquaria e la manipolazione del passato », *Studi Classici e Orientali* 65/2019;
126. Maccari, Aurora, « Quid sit pomerium: Appunti su Gellio, Noctes Atticae XIII, 14. Le fonti e il confronto con Fest. 294 L », *Studi Classici e Orientali* 61/2015;

127. Magdelain, André, « Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome », *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 27/1980;
128. Magdelain, André, « Quirinus et le droit (spolia opima, ius fetiale, ius Quiritium) », *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 96/1984 (ora in A. Magdelain, *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Rome 1990);
129. Magdelain, André, «Auctoritas rerum», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 5/1950;
130. Mancuso, Gaetano, « Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana », *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 40/1988;
131. Marquardt, Joachim, *Le culte chez les Romains, Le culte chez les Romains, II, tr. fr. di M. Brissaud*, Paris 1890;
132. Marquardt, Joachim, *Le culte chez les Romains, Le culte chez les Romains, II, tr. fr. di M. Brissaud*, Paris 1890;
133. Marquardt, Joachim, *Le culte chez les Romains*, Paris 1889;
134. Martinez-Pinna, Jorge, « La reforma de Numa y la formación de Roma », *Gerión* 3/1985;
135. Mastrorosa, Ida Gilda, « Numa artisan de la religion civique dans l'historiographie romaine: la modélisation de Tite-Live », *Diuina studia. Mélanges de religion et de philosophie anciennes offerts à F. Guillaumont* (a cura di É. Gavoille, S. Roesch), Bordeaux 2018;
136. Masuelli, Saverio, « Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica. II. Regole per l'interpretazione in presenza di oscurità », *Rivista di Diritto Romano* 15/2015, *https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano15Masuelli-Regole-2.pdf*;
137. Mazurek, Tadeusz, « The decemviri sacris faciundis: Supplication and Prediction », *Augusto augurio. Rerum humanarum et divinarum commentationes in honorem J. Linderski* (a cura di C. F. Konrad), Stuttgart 2004;
138. Mazzarino, Santo, *Dalla monarchia allo stato repubblicano. Ricerche di storia romana arcaica*, Milano 1992;
139. Mentz, Ferdinand, « De Lucio Aelio Stilone », Commentationes philologae Ienenses, IV, Lipsiae 1890;
140. Michels, Agnes Kirsopp, « The "Calendar of Numa" and the Pre-Julian Calendar », *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 80/1949;
141. Mignone, Lisa Marie, « Rome's Pomerium and the Aventine Hill: From auguraculum to imperium sine fine », *Historia* 65/2016;
142. Monaca, Mariangela, *La Sibilla a Roma. I Libri Sibillini fra religione e politica*, Cosenza 2005;
143. Monno, Olga, « Tracce di disciplina augurale nel commento di Servio ad ecl. 9,13 », *Invigilata Lucernis* 26/2004;

144. Montanari, E., « Il concetto originario di 'pax' e la 'pax deorum' », *Concezioni della pace (Seminario 21 aprile 1988)* (a cura di P. Catalano, P. Siniscalco), Roma 2006;
145. Moreau, Philippe, *Clodiana Religio. Un procès politique en 61 av. J.-C.*, Paris 1982;
146. Morrell, Kit, « P. Clodius Pulcher and the praetorship that never was », *Historia* 72/2023;
147. Mulroy, David, « The Early Career of P. Clodius Pulcher: A Re-Examination of the Charges of Mutiny and Sacrilege », *Transactions of the American Philological Association* 118/1988;
148. Münscher, Kathleen, v. *auctoritas*, *Thesaurus Linguae Latinae*, II, Lipsiae 1903;
149. Noailles, Pierre, *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi 1941-1942*, Paris 1949;
150. Noailles, Pierre, *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris 1948;
151. Nocera, Guglielmo, *"Iurisprudentia". Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973;
152. Ogilvie, Robert Maxwell, *A commentary on Livy, Books 1-5*, Oxford 1965 [rist. 1998];
153. Onida, Pietro, Paolo, *Il divieto dei sacrifici di animali nella legislazione di Costantino. Una interpretazione sistematica*, *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino Imperatore tra Oriente e Occidente* (P. P. Onida, F. Sini), Torino 2003;
154. Orestano, Riccardo, « Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica », *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 46/1939 (ora in Orestano, Riccardo, *Scritti, II.I. Saggistica, con una nota di lettura di A. Mantello*, Napoli 1998);
155. Orestano, Riccardo, *Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967;
156. Orlin, Eric M., *Temples, Religion, and Politics in the Roman Republic*, Leiden 1997 [rist., Boston–Leiden 2002];
157. Palmer, Robert E. A., *Roman Religion and Roman Empire. Five Essays*, Philadelphia 1974;
158. Parke, Herbert William, *Sibyls and Sibylline Prophecy in Classical Antiquity*, London–New York 1988;
159. Pasqualini, Anna, « Nuovi spunti sulla storia e sulle istituzioni di Gabii », *Studi Romani* 52/2010;
160. Pedroni, Luigi, *Ipotesi sull'evoluzione del calendario arcaico di Roma*, *Papers of the British School at Rome* 66/1998;
161. Perfigli, Micol, *Indigitamenta. Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa 2004;
162. Perfigli, Micol, *Indigitamenta. Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa 2004;
163. Peruzzi, Emilio, *Origini di Roma*, II. *Le lettere*, Bologna 1973;

164. Pighi, Giovanni Battista, *La poesia religiosa romana*, Bologna 1958;
165. Pighi, Giovanni Battista, *La religione romana*, Torino 1967;
166. Piquer Marí, Jose M., « Sui beni patrimoniali dello stato nell'antica Roma. La preda bellica », *Annali del Dipartimento Jonico* 4/2016;
167. Preibisch, Paul, *Fragmenta librorum pontificiorum*, Tilsit 1878;
168. Randazzo, Salvo, « Collegium pontificum decrevit. Note in margine a CIL. X. 8259 », *Labeo. Rassegna di diritto romano* 50/2004;
169. Ravizza, Mariangela, *Pontefici e Vestali nella Roma Repubblicana*, Milano 2020;
170. Regell, Paul, *De augurum publicorum libris. I*, Vratislaviae 1878;
171. Regell, Paul, *Fragmenta auguralia*, Hirschberg 1882;
172. Ribezzo, F., « Numa Pompilio e la riforma etrusca della religione primitiva di Roma », *Rendiconti della Accademia Nazionale dei Lincei ser. VIII* 5/1950;
173. Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, « Cicerone e la "segretezza" della giurisprudenza pontificale », *Diritto @ Storia* 15/2017, *http://www.dirittoestoria.it/15/tradizione/Rinolfi-Cicerone-segretezza-giurisprudenza-pontificale.htm*;
174. Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, « Livio 1.20.5-7: pontefici, sacra, ius sacrum », *Diritto @ Storia* 4/2005, *http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Rinolfi-Pontefici-sacra-ius-sacrum.htm*;
175. Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, « Pace, guerra e religio Romana: Augustinus, De civ. Dei 1.6 », *Diritto @ Storia* 16/2018, § 5, *http://www.dirittoestoria.it/16/tradizione/Rinolfi-Pace-guerra-religio-Romana-Augustinus-civ-Dei-1-6.htm*;
176. Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, «Rex, quia potentissimus». Il re romano tra diritto e religione », *Diritto @ Storia* 17/2019, *https://www.dirittoestoria.it/17/tradizione/Rinolfi-Rex-quia-potentissimus.htm*;
177. Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant… aut in procintu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino 2020;
178. Rohde, Georg, *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices*, Berlin 1936;
179. Rundell, W. M. F., « Cicero and Clodius: The Question of Credibility », *Historia* 28/1979;
180. Rüpke, Jörg, *Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom*, Berlin–New York 1995;
181. Russel, Amy, « Why did Clodius shut the shops? The rhetoric of mobilizing a crowd in the Late Republic », *Historia* 65/2016;
182. Sacchi, Osvaldo, « Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana », *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 52/2005;

183. Sacco, Leonardo, « Nota su alcuni aspetti storico-religiosi dell'‘evocatio' », *Mythos* 5/2011;
184. Sacco, Leonardo, « Ver sacrum. Osservazioni storico-religiose sul rito italico e romano », *Chaos e Kosmos* 17-18/2016-2017;
185. Saint-Hilaire, Janine Cels, « P. Clodius, ses amis, ses partisans, sous le regard de Cicéron », *Dialogues d'histoire ancienne* suppl. 1/2005;
186. Santagelo, Federico, « I feziali fra rituale, diplomazia e tradizioni inventate », *Sacerdos. Figure del sacro nella società romana. Atti del convegno internazionale Cividale del Friuli, 26-28 settembre 2012* (a cura di G. Urso), Pisa 2014;
187. Santagelo, Federico, « Pax deorum *and Pontiffs* », *Priests and State in the Roman World* (a cura di J. H. Richardson, F. Santangelo), Stuttgart 2011;
188. Santagelo, Federico, « Priestly auctoritas in the Roman Republic », *The Classical Quarterly* 63/2013;
189. Santi, Claudia, « Fata ac remedia Romana. I libri Sibyllini nella tarda Antichità », *Chaos e Kosmos* 14/2013, *http://www.chaosekosmos.it/pdf/2013_24.pdf*;
190. Santi, Claudia, « I viri sacris faciundis tra concordia ordinum e pax deorum », *Gli operatori cultuali. Atti del II Incontro di studio organizzato dal "Gruppo di contatto per lo studio delle religioni mediterranee". Roma, 10-11 maggio 2005* (a cura di M. Rocchi, P. Xella, J.Á. Zamora), Verona 2006;
191. Santi, Claudia, *I Libri Sibyllini e i decemviri sacris faciundis*, Roma 1985;
192. Satterfield, Susan,, « Prodigies, the pax deum and the ira deum », *The Classical Journal* 110/2015;
193. Satterfield, Susan,, « The Viri Sacris Faciundis and the Consulship », *The Classical World* 107/2014;
194. Scheid, John, « Lesarchives de la piété. Réflexions sur les livres sacerdotaux », *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique* (a cura di S. Demougin), Paris 1994;
195. Scheid, John, «La parole des dieux. L'originalité du dialogue des Romains avec leurs dieux», *Opus* 6-8/1987-1989;
196. Scheid, John, «Les espaces cultuels et leur interpretation», *Klio* 77/1995;
197. Scheid, John, *Les Livres Sibyllins et les archives des quindécemvirs*, *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine* (a cura di C. Moatti), Rome 1998;
198. Scheid, John, *Quand faire, c'est croire. Les rites sacrificiels des Romains*, Paris 2005;
199. Schiavone, Aldo, « Il re, l'ariete, la città, il gregge », *'Iuris quidditas'*. Liber amicorum *per B. Santalucia*, Napoli 2010;

200. Schiavone, Aldo, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma–Bari 1987;
201. Schiavone, Aldo, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005;
202. Schiavone, Aldo, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994;
203. Schiavone, Aldo, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma–Bari 1976;
204. Schilling, Robert, « L'originalité du vocabulaire religieux latin », *Revue belge de philologie et d'histoire* 49/1971 (ora in R. Schilling, *Rites, cultes, dieux de Rome*, Paris 1979);
205. Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968 [tit. orig.: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961];
206. Seager, Robin, « The (re/de)construction of Clodius in Cicero's speeches », *The Classical Quarterly* 64/2014;
207. Sini, Francesco, "Populus et religio dans la Rome républicaine", *Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari* 2/1995 [ma 1996];
208. Sini, Francesco, « Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica », *Diritto @ Storia* 4/2005, *http://www.dirittoestoria.it/4/Memorie/Sini-Guerra-pace-Roma-antica.htm*;
209. Sini, Francesco, « Dai documenti dei sacerdoti romani: dinamiche dell'universalismo nella religione e nel diritto pubblico di Roma antica », *Diritto @ Storia* 2/2003, *https://www.dirittoestoria.it/tradizione2/Sini-Dai-Documenti.htm*;
210. Sini, Francesco, « Diritto e documenti sacerdotali romani: verso una palingenesi », *Diritto @ Storia* 4/2005, *https://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Sini-Diritto-documenti-sacerdotali-palingenesi.htm*;
211. Sini, Francesco, « Diritto e pax deorum in Roma antica », *Diritto @ Storia* 5/2006, *http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Sini-Diritto-pax-deorum.htm*;
212. Sini, Francesco, « Diritto e pax deorum in Roma antica », *Diritto @ Storia* 5/2006, *http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Sini-Diritto-pax-deorum.htm*;
213. Sini, Francesco, « Documenti sacerdotali e lessico politico-religioso di Roma arcaica », *Atti del Convegno sulla lessicografia politica e giuridica nel campo delle scienze dell'antichità (Torino, 28-29 aprile 1978)* (a cura di I. Lana, N. Marinone), Torino 1980;
214. Sini, Francesco, « Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant: riflessioni su fides e "diritto internazionale" romano (a proposito di bellum, hostis, pax) », *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di*

*studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), III* (a cura di L. Garofalo), Padova 2003;

215. Sini, Francesco, « Libri e commentarii nella tradizione documentaria dei grandi collegi sacerdotali romani », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 67/2001 [ma 2002];
216. Sini, Francesco, « Notazioni sulla santità in Roma antica: nella religione, nel diritto », *Diritto @ Storia* 18/2020-2021;
217. Sini, Francesco, « Palingenesi dei documenti sacerdotali romani: un progetto scientifico russo-italiano », *Diritto @ Storia* 5/2006, *https://www.dirittoestoria.it/5/Rassegne/Sini-Documenti-sacerdotali-progetto-russo-italiano.htm*;
218. Sini, Francesco, « Qualificazione/riqualificazione religiosa del tempo nei documenti dei sacerdoti in Roma repubblicana », *Diritto @ Storia* 12/2014, § 6, *https://www.dirittoestoria.it/12/tradizione-romana/Sini-Tempo-documenti-sacerdoti-Roma-repubblicana.htm*;
219. Sini, Francesco, « Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: pax deorum, tempo degli Dèi, sacrifice », *Diritto @ Storia* 1/2002, *http://www.dirittoestoria.it/tradizione/F.%20Sini%20-%20Uomini%20e%20D%E8i%20%20nel%20sistema%20giuridico-religioso%20roman.htm*;
220. Sini, Francesco, « Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: Pax deorum, tempo degli Dèi, sacrifici », *Diritto @ Storia* 1/2002, *https://www.dirittoestoria.it/tradizione/F.%20Sini%20-%20Uomini%20e%20D%E8i%20%20nel%20sistema%20giuridico-religioso%20roman.htm*;
221. Sini, Francesco, « Ut iustum conciperetur bellum: Guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano », *Seminari di storia e di diritto, «Guerra giusta»? Le metamorfosi di un concetto antico* (a cura di A. Calore), Milano 2003;
222. Sini, Francesco, *A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995;
223. Sini, Francesco, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari 1991;
224. Sini, Francesco, di cui vedi specialmente: Sini, Francesco, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari 1991
225. Sini, Francesco, *Documenti sacerdotali di Roma antica. I. Libri e commentarii*, Sassari 1983;
226. Sini, Francesco, *Fondazione della* urbs Roma, in *Diritto @ Storia* 15/2017, *http://www.dirittoestoria.it/15/memorie/Sini-Fondazione-urbs-Roma.htm*;
227. Sini, Francesco, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001;

228. Sini, Francesco, *"Fas et iura sinunt" (Virg., 'Georg.' 1, 269). Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'. I*, Sassari 1984;
229. Sisani, Simone, « Il concetto di pomerium. Valenza giuridico-sacrale e realtà topografica dei fines Urbis », *Vestigia. Miscellanea di studi storico-religiosi in onore di F. Coarelli nel suo 80° anniversario* (a cura di V. Gasparini), Stuttgart 2016;
230. Sordi, Marta, *Pax deorum e libertà religiosa nella storia di Roma, in La pace nel mondo antico*, Milano 1985;
231. Spielvogel, Jörg, « P. Clodius Pulcher: Eine Politische Ausnahme-Erscheinung der Späten Republik? », *Hermes* 125/1997
232. Talamanca, Mario, *Bullettino dell'istituto di diritto romano* 94-95/1991-1992;
233. Tamblè, Donato, « Tablina, tabulae publicae, Tabularium: gli archivi dell'antica Roma », *Strenna dei Romanisti* 62/2001;
234. Tatum, W. Jeffrey, « Cicero and the Bona Dea scandal », *Classical Philology* 85/1990;
235. Tomulescu, C. St., « La valeur juridique de l'histoire de Tite-Live », *Labeo* 21/1975;
236. Tondo, Salvatore, « Introduzione alle 'leges regiae' », *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 37/1971;
237. Tondo, Salvatore, « L'omicidio involontario in età arcaica », *Labeo* 18/1972;
238. Traglia, A., « Elio Stilone e le origini della filologia latina », Cultura e scuola 91/1984;
239. Turcan, Robert, *Rome et ses dieux*, Paris 1998;
240. Turchi, Nicola, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939;
241. Turelli, Giovanni, *«Audi Iuppiter». Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2011;
242. Vallacchia, Franco, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008;
243. Van Haeperen, Françoise, *Le collège pontifical (3ème s. a. C.-4ème s. p. C.). Contribution à l'étude de la religion publique romaine*, Bruxelles–Rome 2002;
244. Warde Fowler, William, *The Religious Experience of the Roman People from the earliest times to the age of Augustus*, London 1911;
245. Wick, David P., « Augustus – Making a Legacy of the Pax Deorum Aspects of a Pagan Attempt at Religious Revival Shortly Before the Birth of Christ », *Athens Journal of History* 5/2019;
246. Wieacker, Franz, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*. I. *Einleitung Quellenkunde Frühzeit und Republik*, München 1988;
247. Winsor Leach, Eleanor, « Gendering Clodius », *The Classical World* 94/2001;

248. Wissowa, Georg, *Religion und Kultus der Römer*, 2[a] ed., München 1912;
249. Zavaroni, Adolfo, « Osservazioni su Lares e Di Indigetes », *Grazer Beiträge* 25/2006.

*Assistant Professor Cristiana M. A. Rinolfi, LL.D.*

Department of Jurisprudence, University of Sassari, Italy

## ON THE ORIGIN OF *SCIENTIA IURIS*: INTERPRETATION MADE BY THE PRIESTS IN ANCIENT ROME–METHODOLOGICAL CONCEPTS AND APPROACHES

*Summary*

The research concerns the *interpretatio* made by the priests in ancient Rome, which represents the origin of today's jurisprudential activity. The paper opens with a reflection on the ancient conceptions underlying the action of the Roman *sacerdotes* (orthopraxis, obsessive attention to the ritual aimed at preserving the *pax deorum*), underlining the persistence of the priestly *interpretatio* within the Roman juridical experience in the context of the emerging phenomenon of "secularization". After an overview of the fragmentary nature of what remains of the priestly documents, we proceed to reconstruct the main elements of the work of the *sacerdotes populi Romani* with extensive recourse, by way of example, to the dictates of ancient testimonies. The analysis of the fragments revealed a priestly aptitude for creating definitions and classifications. As regards the externalization of what was elaborated by the priests, the well-known respondent activity and the issuing of decrees binding the entire Roman people emerge as well as spontaneous utterances and indications on the subject of *ius sacrum*: actions that certainly cannot be explained in the light of modern state-based conceptions.

**Key words:** *Interpretatio; Sacerdotes populi Romani*; *Fas-ius*.

*Доц. др Кристијана М. А. Ринолфи*

Катедра за правне науке Универзитета у Сасарију, Италија

## О ПОРЕКЛУ *SCIENTIA IURIS*: ТУМАЧЕЊЕ ОД СТРАНЕ СВЕШТЕНИКА У СТАРОМ РИМУ, МЕТОДОЛОШКИ КОНЦЕПТИ И ПРИСТУПИ

*Сажетак*

Предмет истраживања је *interpretatio sacerdotale* у старом Риму, који представља зачетке данашње правне науке. Рад почиње једним размишљањем о античким концепцијама основа за тужбу римских *sacerdotes* (ортопраксија, опсесивна пажња посвећена ритуалу који има за циљ очување *pax deorum*), да би затим био подвучен опстанак *interpretatio sacerdotale* у оквиру римског правног искуства упркос феномену "лаицизације". Након фрагментарног прегледа оног што је остало од сацердоталних извора, прелази се на реконструкцију главних елемената дела *sacerdotes populi Romani* у ширем смислу, путем других сведочанстава из античког периода. Анализа фрагмената открива склоност сацердоталне јуриспруденције према дефиницијама и класификацијама. Што се тиче екстернализације онога што је елаборирано од сацердоталне јуриспруденције, уочава се не само позната активност у давању одговора, и издавање прогласа који обавезују цео Римски народ, него такође спонтане екстернизације и индикације у сфери *ius sacrum*: активности које свакако не могу бити објашњене у светлу модерних етатистичких концепција.

**Кључне речи:** *Interpretatio; Sacerdotes populi Romani; Fas-ius.*

UDC/UDK 340.132
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *IZVORNI NAUČNI RAD*

*Professoressa associata Ines Matić Matešković, LL.D.*

Facoltà di giurisprudenza, Università di Fiume

# I PRINCIPI DEL DIRITTO ROMANO COME BASE PER L'INTERPRETAZIONE E L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO NELLE PRATICHE DEI TRIBUNALI CROATI

*Regula pro lege, si deficit lex.*[1]

*I principi del diritto romano in modo conciso somigliavano a ciò che i giuristi romani consideravano la direzione del corretto modo di pensare giuridico, sebbene non avessero forza giuridicamente vincolante. Con la ricezione del diritto romano, questi principi furono incorporati negli ordinamenti giuridici medievali, ius commune, e poi nei moderni ordinamenti giuridici europei. Lo scopo di questo studio è analizzare la pratica giudiziaria disponibile nella Repubblica di Croazia e, sulla base di ciò, mostrare che nelle spiegazioni delle decisioni dei tribunali, i giudici fanno molto spesso riferimento a determinati principi romani, usandoli sotto forma di massime giuridiche in latino (regulae iuris). In questo modo, nella spiegazione delle sentenze, i giudici portano un caso specifico sotto una norma giuridica generale con l'obiettivo di prendere una decisione equa nello spirito della legge. Va notato che in questo modo, sebbene i principi giuridici non siano formalmente una fonte di diritto, i tribunali li utilizzano in una certa misura per interpretare la norma giuridica esistente e colmare le lacune giuridiche e in un*

Ines Matić Matešković, *ines.matic@pravri.uniri.hr*.

[1] Se non c'è legge, la norma giuridica ha forza di legge. A. Romac, *Minerva – Florilegium sententiarium latinarum*, Latina et Graeca, Zagreb, 1988., 616. "Nella tradizione giuridica romana, detto contenente l'intesa secondo cui un giudice, in un caso in cui non esiste una legge corrispondente, deve risolvere una causa controversa applicando i principi giuridici. La suddetta interpretazione della necessità di applicare i principi giuridici generali come fonte sussidiaria del diritto in caso di lacune giuridiche è incorporata di regola nei moderni codici civili europei (es. § 7 dell'ABGB austriaco; art. 12 del Codice Civile italiano; art. 1 del Código Civil spagnolo, ecc.)". M. Petrak, Novi Informator, 2011., *https://informator.hr/strucni-clanci/regula-pro-lege-si-deficit-lex-lat-ako-zakona-nema-pravno-nacelo-je-zakon*, visitato 28 agosto 2023.

*certo modo creare il diritto. Analizzando tale pratica dei tribunali croati, l'autore vuole mostrare che questa pratica ha conseguenze positive per un processo equo, ma apre anche lo spazio a un potenziale superamento dell'autorità assumendo la funzione legislativa e creando diritti attraverso l'interpretazione.*

**Parole chiavi:** *Regulae iuris*; Principi del diritto romano; Prassi giudiziaria; Interpretazione del diritto.

## 1. INTRODUZIONE

È innegabile che, per un lungo periodo, il diritto romano fu l'elemento più influente per molti ordinamenti giuridici europei. Dopo la riscoperta del *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano intorno all'anno 1100 il diritto romano si diffuse in tutta Europa e divenne il fondamento degli ordinamenti giuridici continentali.[2] La rinascita della scienza giuridica nel XII secolo vide un rinnovamento di interesse per le regole e le massime dei giuristi romani che perdura ancora oggi. Come afferma Zimmerman[3], il diritto romano non ha nulla e allo stesso tempo tutto a che fare con il diritto moderno. Più che di leggi o norme in sé, possiamo parlare di una cultura giuridica condivisa, basata sulla scienza giuridica. Questa cultura giuridica è notevole non solo negli istituti condivisi ma soprattutto nei principi e nelle massime giuridiche conservati.[4] Per i glossatori, queste regole e massime, poiché erano incorporati negli autorevoli testi della. codificazione giustinianea, avevano carattere legislativo, se non formale. Tenendo presente ciò, è chiaro che la natura dei principi giuridici del diritto romano e il conseguente destino di questi principi nel diritto civile medievale e rinascimentale sono questioni di importanza per la giurisprudenza europea.[5]

## 2. SULLA NOZIONE DI *REGULAE IURIS*

Nella visione romana, il *ius* trova il suo fondamento nei *mores*, cioè in comportamenti consolidati nel tempo perché fondati sul consenso della comunità. La sua caratteristica fondamentale è che esso vive ed opera nel caso concreto mediante l'interpretazione, cioè un'attività affidata ad una classe di specialisti, i giuristi, il cui compito, in sostanza è quello di trovare

[2] J. Ivančík, "Roman principles – foundations of the European legal culture and their position in the changing world", *Vilnius University Open Series*, 2020, 59.

[3] R. Zimmermann, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in A. Hartkamp *et alia* (eds), *Towards a European Civil Code*, 4th edn, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 27–54.

[4] J. Ivančík, 59.

[5] P. Stein, *Regulae Iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, The University Press, Edinburgh, 1966, 2.

la migliore soluzione per il caso concreto, il che li rende talora "creatori" di norme, che divengono "giuridiche" nel momento in cui vengono avvalorate da un consenso generalizzato. Ecco perché il giurista Pomponio[6] può affermare che il *ius civile* "*in sola prudentium interpretatione consistit*", cioè diventa diritto vivente nel momento in cui il giurista lo abbia adattato al caso concreto, ed ecco perché si suole affermare che il diritto romano è un "diritto giurisprudenziale".[7] In tale processo giocarono un ruolo fondamentale i principi del diritto romano, cioè i principi fondamentali e le *regulae iuris*[8] o massime giuridiche che si usano anche oggi.

Prima di iniziare ad analizzare l'importanza dei principi del diritto romano per l'interpretazione del diritto moderno, una domanda importante merita risposta e che implica il termine "principio" del diritto romano. La risposta a questa domanda, con un'analisi molto dettagliata, è stata offerta, tra l'altro, da Winkel[9] che divide i principi del diritto romano in tre gruppi: il primo gruppo sono così detti *praecepta iuris* di Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.[10] Il secondo gruppo dei principi del diritto romano che sottolinea Winkel sono *aequitas*, *bona fides* ecc, mentre il terzo gruppo sono le *regulae iuris*. Alcune di esse provengono direttamente da fonti giuridiche romane, altre sono state formulate come *regulae* solo in tempi successivi nella storia del diritto, ma contengono tuttavia un principio giuridico del diritto romano classico. Alcune regole sono utilizzate nei contesti più disparati mentre altre si trovano nei libri regolari dei giuristi Neratius, Gaius, Cervidius Scaevola, Paulus, Modestinus e Marcianus.[11] Inoltre, l'ultimo titolo dei Digesta di Giustiniano, D.50.17., contiene 211 regole ed è intitolato *De diversis regulis iuris antiqui*.[12]

---

[6] D. 1.2.2.12 *(Pomp. sing. ench.): Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*

[7] A. Metro, "L'esperienza giuridica romana e il diritto pubblico moderno", *Revista Galega de Administración Pública* 40/2010, 313.

[8] Vedi di più in G. Falcone, *Regulae iuris: esposizione sistematica in confronto al codice civile italiano*, Alberto Rebrer Libreria D.R. Casa, Palermo, 1899.

[9] L. Winkel, "The Role of general principles in Roman law", *Fundamina*, 2/3/1996), 103–120.

[10] D. 1.1.10.1. *Mediante la recezione del diritto romano, questi principi furono incorporati negli ordinamenti giuridici medievali, nell'ius commune e successivamente anche nei sistemi giuridici europei moderni.* Vedi di più in J. Ivančik, 60. La questione che si pone è se questi principi di Ulpiano, principi di giustizia, possano essere equiparati a regole oppure no perché hanno un ruolo completamente diverso dagli altri principi giuridici del diritto romano. L. Winkel, 104.

[11] *Ibid*. 115. Vedi di più in: M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982.

[12] Aličić scrive sul significato di questo titolo „I compilatori di Giustiniano hanno interpretato ampiamente il concetto di "regula", quindi nel titolo sono presenti sia regole nel senso stretto del termine, sia numerose massime e alcune definizioni di giuristi classici.

Come spiega Aličić,[13] "la parola *regula* nel latino più antico indicava un "mezzo per tracciare una linea retta" o un "righello". Questa parola condivide la stessa radice proto-indoeuropea (reg) con parole come *rex* (re), *regio* (regno), *rectus* (corretto), *regere* (gestire), e sembra che già nell'antico latino indicasse concetti sia di regolarità materiale che intellettuale." Schulz[14] scrive che "Le *regulae* sono astratte statuizioni di diritto, formulazioni di principi giuridici, che nel gergo dei giuristi si considerano alla stregua delle *definitiones* (in greco *ὅροι*) opere ritenute, insieme a quelle di *Differentiae*, *Sententiae* e *Opiniones*, antitetiche alle altre di diritto casistico."

---

Nonostante il testo sia ben noto agli studiosi e nonostante questo capitolo dei Digesta abbia avuto un'enorme importanza nello sviluppo del diritto europeo, rimangono molte incertezze sulla sua origine." Vedi di più in: S. Aličić, "De diversis regulis iuris antiqui (D.50.17)", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2006, 433-448; P. Stein, *The Digest title De diversis regulis iuris antiqui and the general principles of law* in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962., 1-20.

[13] „Questo termine denota ogni strumento o mezzo con cui si stabilisce la regolarità. Va notato che nelle lingue indoeuropee spesso ciò che è "diritto" nel senso fisico viene spesso identificato con ciò che è "corretto" nel senso morale. In molte lingue moderne, le parole che indicano il fenomeno sociale del "diritto" condividono la stessa radice con parole che indicano il "diritto" nel senso fisico. Ad esempio, il tedesco "recht", il francese "droit" e l'italiano "diritto" condividono la stessa radice con il gotico "raichts" o il persiano "rasta". Allo stesso modo, ciò che è "sbagliato" nel senso fisico spesso viene identificato con ciò che è "errato" nel senso sociale. Ad esempio, in francese, "tordu" o "courbe" può significare anche "perfidio" o "bugiardo". Anche nella lingua serba esiste una connessione tra il sostantivo "pravo" e gli avverbi e gli aggettivi "pravo", che possono indicare la regolarità sia nel senso fisico (ad esempio, "linea retta") che nel senso figurato (ad esempio, "hai ragione" o "sei nel giusto"). Nello stesso modo, "krivo" viene spesso associato a "non corretto": per qualcuno che ha commesso un illecito, diciamo che è "kriv" (colpevole), ma lo stesso termine può essere usato anche per una linea che non è retta. Anche in latino, l'espressione "regere" può significare governare ma anche tracciare una linea retta. Ad esempio, l'espressione "regere fines" viene utilizzata per indicare i confini di un futuro tempio o insediamento urbano, compito che spetta al sacerdote. Quindi, non c'è nulla di insolito nel fatto che in latino la parola "regula" significhi sia "regola" che "righello". In entrambi i casi, si tratta di uno strumento con cui viene stabilita una determinata regolarità. L'espressione "regula" appare spesso in fonti latine non giuridiche con il significato di misura o standard. Nell'etica, "regula" è il criterio per distinguere il bene dal male. Nella dialettica, è il criterio per distinguere il vero dal falso. Nella retorica, è il modello di un buon discorso. L'espressione "regula" appare per la prima volta con il significato di regola dettagliata, applicata a numerosi casi della stessa categoria, tra i grammatici nella seconda metà del I secolo a.C. Si riferisce a una regola grammaticale applicata a un gran numero di parole, seguendo un modello prestabilito (ad esempio, la coniugazione di verbi della stessa declinazione). In questo senso, le "regulae" si distinguono dall'analogia, che implica somiglianze riscontrabili in un numero limitato di parole." *Ibid.*, 437-438.

[14] F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze, 1968, 307. Vedi di più in L. Fanizza, "I principi di F. Schulz. Ristampa e nuove impressioni", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 62/1996, 543 e ss.

La parola *regula* comincia ad apparire come termine giuridico accettato nell'uso negli scritti dell'inizio del II secolo. Nel Digesto si trova più frequentemente nei frammenti di Iulianus, che ha introdotto il termine *regula* per descrivere alcune definizioni ritenute di applicazione generale. La parola *regula* nel senso di regola giuridica appare per la prima volta nelle opere del Labeone che fu il fondatore della scuola dei Proculeiani e un grande innovatore. Tra le innovazioni introdotte da Labeo nello studio del diritto vi era la distinzione tra *definizioni* e *regule*. Labeo differenziava le *regule* come regole di carattere normativo dalle definizioni come descrizioni dei concetti giuridici.[15] Il fatto che Sabino e Plauzio discutessero sulla natura della *regula*[16] dimostra che la nozione era nota ai giuristi del I secolo d.C., però divenne comune solo negli scritti dei giuristi ai primi anni del II secolo. Neratius ha pubblicato la prima raccolta di *regulae* mentre il suo contemporaneo Julian usava la parola più volte come un termine accettato nel vocabolario giuridico.

„L'unico che ha chiara e netta la distinzione tra *regulae* e *definitiones* è Cicerone, secondo il quale questi sono termini che rimandano rispettivamente al concetto di individuare un principio giuridico e al concetto del definire. Egli cioè individua la differenza tra la definizione in senso logico, diretta ad *explicare latentem*, e la *regula*, che invece esprime le conseguenze logiche che sul piano giuridico discendono da certi presupposti di partenza. In particolare, quindi, Cicerone ha chiara l'interconnessione tra la *definitio* e la *regula*, in quanto la *definitio* è prodromica e finalizzata all'individuazione della norma concreta per il caso specifico sottoposto all'attenzione del giurista: sussiste, in altre parole, un rapporto di mezzo a fine tra la *definitio* e la *regula*, intesa quest'ultima come il fine ultimo dell'attività del giurista."[17]

---

[15] S. Aličić, 440; P. Stein, "Lo svolgimento storico della nozione di "regula iuris" in diritto romano", *Antologia romanistica ed antiquaria*, Milano, 1968,102-103. Vedi di più in: A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani*, Jovene, Napoli, 1966; R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Giuffrè, Milano, 1966.

[16] Alcuni giuristi, seguendo l'esempio di Labeo, riconobbero che la formulazione di tali regole era più di una constatazione neutrale dei fatti. Con la scelta dei termini il giurista che ha formulato la norma ha dato un contributo positivo. Potrebbe portare allo scoperto il principio fondamentale della regola, che forse prima era rimasto inespresso. Una volta enunciata, la norma si applicava a tutti i casi che rientravano in tale principio, a meno che non si dimostrasse in concreto riconosciuta un'eccezione. Altri giuristi, guidati da Sabino, sostenevano che, sia che fosse chiamata *regula* o *definitio*, una regola giuridica era semplicemente un riflesso dello stato attuale della legge e non aveva forza normativa indipendente. Il contrasto tra le due visioni rimase latente per tutto il periodo classico. P. Stein, (1966), 73.

[17] A. Pozzobon, *Le regulae juris e la ricostruzione del diritto per principi il paradigma canonistico del Tractatus de regulis juris (1733) di A. Reiffenstuel*, Università degli studi di Padova, 2013., 52.

Come afferma Margetić[18], le regole giuridiche romane erano semplicemente "cliché per i giuristi romani, attraverso i quali in modo breve ma impreciso si richiamava ciò che consideravano in generale il corretto approccio al pensiero legale, senza attribuirvi alcuna forza legalmente vincolante." Questa posizione è stata espressa ripetutamente da giuristi romani Paulus[19] e Iavolenus.[20]

"Nella seconda metà dell'epoca classica si sviluppa un'altra concezione delle *regule*. In numerose opere o raccolte di *regule* di questo periodo, troviamo *regule* che non sono state utilizzate per semplificare il materiale per gli studenti o per rafforzare l'argomentazione dei pareri dei giuristi nell'affrontare specifici casi legali, ma piuttosto per fornire una base per la pronuncia delle sentenze. Queste raccolte erano probabilmente destinate ai funzionari di livello inferiore nell'amministrazione romana e scritte da giuristi impiegati nell'ufficio imperiale. Le regole giuridiche contenute in esse avevano un tono imperativo e riflettevano la posizione dei loro autori, persone che avevano un ruolo decisivo nella vita legale dell'Impero. Queste

[18] L. Margetić, "O tzv. aktualiziranju istraživanja rimskog prava", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2006, 642.

[19] D. 50.17.1 (*Paul. 16 ad Plautium*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.* (La regola è ciò che spiega brevemente la materia. Il diritto non viene preso dalle regole, ma le regole sorgono dal diritto.). Come scrive Aličić „La sostanza del concetto classico di "*regula*" è ben espressa dalla famosa definizione di Paolo, che si trova all'inizio del titolo "*Digesta De diversis regulis iuris antiqui*". Una regola giuridica (*regula*) è ciò che presenta in modo conciso una questione specifica; non è il caso che il diritto venga dedotto dalla regola, ma piuttosto, dalla legge esistente nasce la regola. La regola presenta brevemente la questione e, come dice Sabino, è una sorta di riassunto della sua essenza, ma se questo compromette il senso della cosa in questione, la regola perde la sua giustificazione.

In base a questa definizione, la *regula* non è ciò che oggi chiameremmo una norma giuridica generale. Non è una norma, ma uno standard. Il suo significato è esclusivamente didattico. L'espressione di Paolo "*ex iure quod est regula fiat*" dovrebbe essere interpretata nel senso che la *regula* è dedotta dalla casistica. Non è una norma adottata con l'intento di valere per il futuro, ma una regola che indica come risolvere comunemente determinati problemi nel diritto". S. Aličić, 440-441. Vedi di più in M. Avenarius, "Il "liber singularis regularum" pseudo - ulpianeo: sua specificità come opera giurdica altoclassica in comparazione con le "Institutiones" di Gaio", *Index,* 34/2006, 455 – 477; S. Masuelli, "Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica, I. Generalità e regole per l'interpretazione in presenza di 'chiarezza'", *Rivista di Diritto Romano,* XIV/2014, 1-14 e S. Masuelli, "Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica, II. Regole per l'interpretazione in presenza di 'oscurita'", *Rivista di Diritto Romano,* XV/2015, 1-14.

[20] D.50.17.202 (*Iavol. 11 epistularum*): *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.* (Ogni definizione nel diritto è pericolosa; raramente accade che non possa essere confutata).

*regule* non rappresentavano più solo lo stato attuale del diritto, ma erano anche uno strumento per cambiare il diritto stesso."[21]

Possiamo dire che le *regulae iuris* nel diritto romano si riferiscono a un insieme di principi o regole generali che hanno contribuito a definire e guidare l'interpretazione e l'applicazione del diritto romano. Queste regole non erano codificate in un unico testo legale, ma erano piuttosto principi generali estratti dai precedenti giurisprudenziali e dalla prassi legale. I principi del diritto romano in modo conciso somigliavano a ciò che i giuristi romani consideravano il modo corretto di pensare giuridicamente, sebbene non avessero forza giuridicamente vincolante. Rappresentavano una guida per i giuristi romani nell'interpretare e applicare il diritto. Le *regulae iuris* erano fondamentali nel sistema giuridico romano e hanno influenzato notevolmente lo sviluppo del diritto civile in Europa.[22]

L'interesse dei glossatori per le *regulae* era una manifestazione di una tendenza generale ad astrarre e generalizzare le decisioni trovate nei testi giuridici romani e ad esplorare e rendere esplicita la loro relazione reciproca.[23] I glossatori non limitavano il termine *regula* alle proposizioni descritte come *regulae* nei testi, né a quelle contenute nel titolo *De regulis*, né a quelle in forma delle massime[24] (queste ultime erano talvolta chiamate *notabilia*).[25] Sebbene le loro speculazioni ruotassero attorno al titolo *De regulis* del *Digesto*, la loro idea di una norma giuridica si avvicinava più a quella dei giuristi classici che a quella di Giustiniano, ma la forma della massima si affermò nuovamente la ragione del titolo *De regulis* divenne gradualmente identificato nella mente degli giuristi con i principi generali del diritto.[26] È indubbio che la ricezione dell'ordinamento giuridico romano abbia avuto un grande impatto sullo sviluppo dell'intera Europa.

Il glossatore Accursio aveva spiegato che la *regula iuris* era una raccolta che riportava brevemente una serie di casi nei quali era presente

[21] S. Aličić, 441; P. Stein, (1968), 104.

[22] Sul significato delle regole giuridiche romane come uno dei principali elementi della tradizione e cultura giuridica europea, vedere: J. Kranjc, *Latinski pravni reki*, GV Založba, Ljubljana, 2006., M. Rodríguez Puerto, "La scienza giuridica romanistica e i principi giuridici", *Annuale della Facoltà Giurisprudenza di Camerino*, 9/2020, 6; S. Masuelli (2014); S- Maseulli (2015); O. Sacchi, "La regula iuris del giurista romano e i casi perplexi di Leibniz tra analogia e anomalia del diritto", *Právněhistorické Studie*, 48/2018, 111–124.

[23] Vedi di più in S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, Editore Giuffrè, Milano, 1961.-1962., 222-374.

[24] L'esempio standard secondo cui le cose che non appartengono a nessuno diventano proprietà del loro occupante (D. I.2.1.12) mostra che essi ritenevano che qualsiasi breve regola di diritto trovata nei testi potesse essere una regola.

[25] P. Stein, (1966), 131.

[26] Ibid., 2.

un'identità di ragione o una stessa equità.[27] Questa definizione ha chiarito nel XIV secolo Alberico de Rosciate, spiegando la distinzione tra legge e *regula iuris*, dicendo che la legge è un precetto generale che si applica a un caso concreto, mentre la *regula iuris* non è vincolata a una determinata questione fattuale ma può essere applicata a una vasta pluralità di casi.[28] Pertanto, il contenuto delle *regulae iuris* romane è incorporato in larga misura negli ordinamenti di diritto privato europei contemporanei, e la pratica giuridica e la dottrina giuridica li citano ancora spesso in latino come espressioni privilegiate di verità giuridiche senza tempo.[29]

La questione della distinzione tra definizioni, principi e *regulae iuris* nel diritto romano è estremamente complessa, si giunge a diverse risposte in vari periodi della storia giuridica romana. Queste questioni sono oggetto di numerose analisi e ricerche, com' è evidente da questa breve panoramica, ma per gli scopi di questo lavoro ci concentreremo principalmente sui principi del diritto romano espressi attraverso le *regulae iuris* e cercheremo di illustrarne l'importanza per la giurisprudenza contemporanea croata. Detti giuridici, già definiti nelle fonti del diritto romano antico o formulati nella tradizione giuridica romana medievale e moderna sulla base di fonti antiche, sono particolarmente significativi perché riassumono millenni di esperienza giuridica romana ed europea in modo estremamente sintetico e concisa, che vanno dai principi giuridici di base a soluzioni molto specifiche.

## 3. *REGULAE IURIS* NELLA PRATICA GIUDIZIARIA CROATA

Le regole giuridiche romane sono ancora abbastanza spesso in uso oggi. Come sottolinea Margetić[30], vengono utilizzati per "ricordare i principi universalmente validi del diritto moderno con un certo cliché, in un modo che si usa da secoli". Analizzando la pratica giudiziaria disponibile nella Repubblica di Croazia si può vedere che nelle spiegazioni delle decisioni i giudici fanno molto spesso riferimento a determinati principi romani,

[27] M. Rodríguez Puerto, 6.

[28] "*Glossa satis obscure notat differentiam inter legem generalem et regulas iuris quia lex generalis in casu, in quo predita est extendatur ad omnes personas et causas, in quibus est eadem ratio, ut Pandectas, e lex non possunt. Regula autem iuris traditur sub signis universalibus, vel aequipollentibus et una prolatione plura con tinet, ut Pandectas de rebus du l. si is qui ducenta, utrum et de reg. Iuri. L. vel dic. quod regula habet locum in pluribus ex vi et prolatione verborum cum concepta sit signis universalibus. Lex autem ex vi et prolatione verborum non comprehendit, isi unum casum, licet per identitatem rationis extendatur ad alios similes casus.*" A. Rosate, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, com. a 1,3,7, Venezia, 1585. (Ristampa A. Forni, DE Bologna, 1974).

[29] M. Petrak, "Imovinskopravne regulae iuris u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje", in *Bogišić i kultura sjećanja*, Zagreb, 2011., 98.

[30] L. Margetić, 642.

usandoli sotto forma di massime giuridiche in latino (*regulae iuris*).[31] Nel 2006, Petrak[32] scrisse sulla questione dell'applicazione delle regole giuridiche romane nella giurisprudenza della Corte Costituzionale della Repubblica di Croazia[33] e della Corte Suprema della Repubblica di Croazia[34], menzionando esempi di alcune regole giuridiche romane. La presente ricerca mira ad ampliare tale panoramica attraverso l'esame delle sentenze disponibili online che contengono regole giuridiche romane in latino, allo scopo di confermare la prassi continua dei tribunali croati nell'uso delle regole giuridiche romane nella spiegazione delle decisioni giudiziarie. Quindi, in questa ricerca ho analizzato quanto siano rilevanti le *regulae iuris* della tradizione giuridica romana per la vita giuridica contemporanea soprattutto tenendo conto della loro applicazione nella pratica legale dei tribunali croati.[35] Naturalmente, data la frequenza con cui si fa riferimento a un gran numero di *regulae iuris* nella pratica dei tribunali croati, è im-

[31] In questo senso, Petrak spiegava spesso come i principi giuridici romani siano stati formalmente subordinati alla fonte del diritto, ma dal punto di vista del contenuto essi hanno un significato fondamentale, quindi la pratica legale non dovrebbe esitare a farne un'applicazione diretta. M. Petrak, "Rimska pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5/2002, 1045-1060.; M. Petrak, "Rimsko pravo kao pozitivno pravo u Republici Hrvatskoj: prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. Godine", *Hrvatska pravna revija*, 6/2006, 1-11.

Inoltre, Petrak solleva anche la questione se le *regulae iuris* romane possano essere una fonte diretta del diritto contemporaneo nella Repubblica di Croazia e supporta questa tesi sostenendo che il titolo D.50.17 è stato incluso nella prima edizione del *Corpus iuris hungarici* del 1581, il che ha reso le regole giuridiche romane contenute in quel titolo una legge positiva nel Regno d'Ungheria e Croazia, e sono rimaste in vigore in Međimurje e Baranja fino al 6 aprile 1941. Pertanto, in base alla Legge sull'applicazione delle norme giuridiche adottate prima del 6 aprile 1941 (Gazzetta ufficiale 73/96), questa parte della codificazione di Giustiniano può essere applicata come fonte diretta di diritto positivo nella Repubblica di Croazia. M. Petrak, "Rimska pravna pravila kao izvor hrvatskog suvremenog obiteljskog prava", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/2005, 597-627.

[32] M. Petrak, (2006), 1-11.

[33] Per quanto riguarda la Corte Costituzionale, nella sua giurisprudenza dal 1998 fino ad oggi, nei ragionamenti o nei pareri separati delle singole decisioni e risoluzioni, vengono citate, in ordine cronologico, le seguenti regole giuridiche romane in latino: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, mater semper certa est, nemo iudex in causa sua, nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen, nulla poena sine culpa, lex specialis derogat legi generali, lex posterior derogat legi priori, petitorium absorbet possessorium*. M. Petrak, *ibid*., 5-6.

[34] Nella giurisprudenza della Corte Suprema, vengono citate le seguenti regole: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, ne bis in idem, res iudicata pro veritate habetur, falsa nominatio non nocet, res iudicata facit ius inter partes, genus perire non potest, pacta sunt servanda, petitorium absorbet possessorium, superficies solo cedit, quod non est in actis non est in mundo, nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*. M. Petrak, *ibid*., 6-7.

[35] M. Petrak, (2011), 99.

possibile in un articolo di limitata estensione fornire un'analisi dettagliata di tutte le regole cui fanno riferimento i tribunali, quindi sono state selezionate solo alcune ma molto significative che si sono affermate nella pratica giuridica.

La regola iuris che si può trovare molto speso nelle sentenze dei tribunali croati è *Prior tempore potior iure* che era originariamente contenuta in una costituzione dell'imperatore romano Caracalla, trasferita al *Codex Iustinianus* 8, 17, 3, e al livello di norma giuridica è stato elevato nella raccolta di diritto canonico *Liber Sextus* (5, 13, 54) di papa Bonifacio VIII dal 1298. La predetta norma è utilizzata soprattutto nell'ambito del diritto reale, stabilendo che colui che per primo ha acquisito il pegno ha, in concorrenza con altri creditori di pegno, il diritto di essere il primo a pieno titolo di liquidare il suo credito, indipendentemente dai creditori di pegno che lo seguono in ordine di priorità. Pertanto, nel caso in cui il debitore costituisca in pegno sulla stessa cosa o diritto a più creditori, questi regolerà secondo l'ordine di priorità temporale in cui quella cosa o diritto gli è stato costituito in pegno. Attraverso la tradizione del diritto romano e canonico, questa regola era incorporata nei moderni sistemi legali privati, compreso il diritto croato, e si usa direttamente in latino nella recente pratica giudiziaria croata.[36]

La seconda regola che appare molto speso nelle sentenze è la regola catoniana - *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. La citata massima, chiamata regola Catoniana in onore di M. Porcius Cato che l'ha formulata durante l'era della Repubblica romana, ci è pervenuta attraverso un frammento del giurista classico Paulus.[37] Questa regola contiene il principio del diritto obbligatorio secondo il quale le condizioni per la validità di un atto giuridico devono essere valutate in base al momento della sua formazione. In conformità a questo principio, un atto giuridico non valido non può essere poi convalidato, cioè diventare valido successivamente.[38] Questa regola è relativamente spesso citata direttamente in latino nella recente pratica croata, ad esempio dalla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia e dalla Corte suprema della Repubblica di Croazia.[39]

---

[36] Tribunale commerciale di Zagabria, P-2/2002 del 3 luglio 2002; Tribunale di contea di Spalato, Gž 2589/2018-3 dal 23 gennaio 2020. M. Petrak, *ibid*., 104.

[37] D.50.17.29. (*Paulus libro octavo ad Sabinum*)*: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Vedi di più in G. Scherillo, *Catoniana Regula*, NNDI, XV, Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1968.

[38] M. Petrak, *ibid.*, 105.

[39] Decisione U-III-931/1996 dal 11 marzo 1998; U-III-3062/2006 dal 2 aprile 2008; La Corte Suprema della Repubblica di Croazia I Kž 545/1991-3 dal 1 gennaio 2004; Decisione U-III-1783/2006 al 20 maggio 2008.; La Corte Suprema della Repubblica di Croazia Rev 223/2015-3 dal 17 dicembre 2019; M. Petrak, *ibid.*, 105.

Un esempio molto interessante è la regola *Summum ius, summa iniuria* che si usa per l'interpretazione. Nel contesto della tradizione giuridica romana, il detto citato - originariamente contenuto nell'opera *De officiis* (1,33) di Cicerone - contiene una comprensione che l'applicazione rigorosa, rigida e letterale delle norme giuridiche (*summum ius*) può in determinate situazioni essere una negazione diretta dei diritti che originariamente intendevano essere tutelati (*summa iniuria*), soprattutto se queste regole hanno perso nel tempo il significato e la funzione stessa per cui erano state originariamente adottate. Il detto è spesso citato anche oggi per sottolineare che l'ordinamento contenuto deve corrispondere allo sviluppo della società, per evitare che si creino ingiustizie nei rapporti di vita concreti. In un altro senso, il detto è usato allo scopo di evidenziare il fatto che è vietato esercitare il proprio diritto solo per danneggiare un altro (*abusus cum animo nocendi*), cioè che si dovrebbe pienamente rispettare il principio del divieto di molestie. Nei suddetti sensi, il detto *summum ius, summa iniuria* è direttamente affermato nella dottrina giuridica contemporanea, così come nella recente giurisprudenza europea importante per l'ordinamento croato.[40]

Inoltre, nella pratica giuridica, compare la regola *Ubi emolumentum ibi onus* che è esplicitamente usato nella pratica recente della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia come principio giuridico in latino, per sottolineare i requisiti fondamentali della giustizia (*iustitia*) e stabilire che chi beneficia di una determinata cosa o diritto deve anche farsi carico dei costi e gli oneri che ne derivano.[41]

Alla fine, voglio menzionare anche il principio della *superficies solo cedit*[42] che è spesso utilizzato nella dottrina del diritto civile croato contemporaneo[43] ed è direttamente richiamato in latino in pratica legale recente di quasi tutti i nostri tribunali.[44] Secondo la comprensione dei giuristi

[40] M. Petrak, *ibid*., 108.

[41] U-I-607/1998; U-I-362/2000; U-I-479/2000 dal 20 giugno 2001; M. Petrak, (2011.), *ibid*. 103.

[42] D.41.1.7.12 *Superficies est omne id, quod supra soli facien est; ut arbores, plante, praeprimis aedificia, que quis in alieno solo aedificavit, consentiente domino ili kako kaže Gaius: Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est.*

[43] Vedi di più in P. Simonetti, „Evolucija ustanove superficijarnog prava i usporedba s pravom građenja". Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1/2012, 3-35.

[44] Si vede, ad esempio, la sentenza della Corte Costituzionale nella causa U-III-3214/2005 del 19 marzo 2008; decisione del Corte Suprema nella causa Rev-1584/1997-2 del 29 agosto 2000; la decisione del Tribunale distrettuale di Varaždin nel causa Gž-530/07-2 del 4 settembre 2007; la decisione del Tribunale municipale di Ludbreg nella causa P-150/06-22 del 22 febbraio 2007; decisione del Tribunale municipale di Jastrebarsko nella causa P-595/2004 dal 15 giugno 2005; Tribunale di contea di Velika Gorica, Gž Zk 146/2018-2 dal 27 dicembre 2018; Tribunale di contea di Osijek, Gž 1193/2018-2 dal 11

romani, la regola *superficies solo cedit* esprime l'armoniosa unità tra il diritto civile e il diritto naturale: *proprietas est civile et naturali iure eius est cuius et solum* (D.43.18.2) o come dice Ulpianus: "*naturale ius, quid superficies ad dominium soli pertinent", cioè "semper enim superficies solo cedere*" (D.43.17.3.7).

La famosa regola *Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse haberet* è uno dei principi fondamentali del trasferimento derivativo della proprietà ed è nata sulla base di un frammento di Ulpiano.[45] Nella tradizione giuridica romana, questa regola esprime il principio secondo il quale un predecessore legale non può trasferire al successore legale più diritti di quanti ne possiede lui stesso. Si tratta di un principio fondamentale che si applica a tutte le acquisizioni derivate o derivanti dei diritti di proprietà o di altri diritti patrimoniali.[46] Questa regola viene citata molto spesso in latino nella pratica giuridica dei tribunali croati.[47]

Nonostante non è una *regula iuris* nel senso stretto, ma piuttosto un principio del diritto, riteniamo comunque importante attirare l'attenzione sul fatto che i tribunali fanno riferimento al principio della buona fede, cioè *bona fides* del diritto romano, tradotto in coscienza e onestà nel contesto del diritto contemporaneo. È una norma giuridica che si concretizza nel giudice, e implica tutta una serie di obblighi aggiuntivi che vengono imposti ai partecipanti ai rapporti vincolanti. Ricercando la giurisprudenza sul sito della Corte suprema della Repubblica di Croazia per il principio di coscienziosità e onestà, una ricerca effettuata utilizzando la parola chiave "onestà" ha trovato 94 sentenze in cui è citato il principio stesso.[48]

---

ottobre 2018; Tribunale di contea di Split, Gž 2455/2015-2 dal 8 dicembre 2016; Tribunale municipale di Pazin, P 170/2022-27 dal 28 dicembre 2022; Tribunale di contea di Zagreb, Gž 1711/2021-dal 17 maggio 2021. Vedi di più in M. Petrak, (2011.), 110.

[45] D.50.17.54. (Ulpianus 46 ad ed.) *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.*

[46] M. Petrak, *Traditio iuridica, vol. I., Regulae Iuris,* Novi Informator, Zagreb, 2010., 90.

[47] Corte costituzionale U-III-1107/1994 dal 28 gennaio 1998; U-III-919/1997 dal 25 febbraio 1998; Corte Suprema II Rev 26/1993-2 dal 11 maggio 1993; Rev 1822/1993-2 dal 14 marzo 1995; Rev 2266/2010-2 dal 31 ottobre 2010; Tribunale di contea di Zagreb Gž 3542/2021-2 dal 16 novembre 2021; Tribunale municipale di Šibenik P-1044/2021-6 dal 30 novembre 2022 ecc.

[48] Il tribunale ha applicato tale principio come norma generale di diritto imperativo e ha fornito protezione a un acquirente coscienzioso nel caso in cui un altro acquirente, successivamente senza scrupoli, entrasse in possesso dell'immobile (i) o ottenuto iscrizione nel registro fondiario o altro pubblico. Secondo l'opinione del tribunale, un acquirente e venditore di immobili così senza scrupoli ha agito in contrasto con il principio di coscienziosità e onestà. In tal modo il giudice, nonostante il rigoroso formalismo della normativa catastale, nonché il termine per la domanda di annullamento, proprio richiamandosi al principio di coscienziosità e onestà, ha tutelato il diritto dell'acquirente coscienzioso, che non poteva ottenere la registrazione dei diritti di proprietà, e quindi, interpretando il principio di coscienziosità e onestà ha corretto le conseguenze giuridiche

Anche le seguenti regole compaiono molto spesso nei giudizi: *pacta sunt servanda, falsa nominatio non nocet, genus perire non potest* eccetera.

Dall' analisi che ho fatto è evidente che con lo sviluppo degli affari giuridici è necessario utilizzare disposizioni generali, norme giuridiche aperte, cioè norme che fissano una regola generale, cioè una norma che i tribunali specificano in ogni singolo caso. Anche la più semplice applicazione di norme giuridiche generali/astratte ai fatti in esame comprende anche la creazione del diritto. In questo modo, nella spiegazione delle sentenze, i giudici portano un caso specifico sotto una norma giuridica generale con l'obiettivo di prendere una decisione equa nello spirito della legge. Va notato che in questo modo, sebbene i principi giuridici non siano formalmente una fonte di diritto, i tribunali li utilizzano in una certa misura per interpretare la norma giuridica esistente, colmare le lacune giuridiche e in un certo modo creare il diritto.

## 4. NOTE CONCLUSIVE

Nell'ordinamento giuridico della Repubblica di Croazia, i principi giuridici non sono una fonte di diritto separata, ma fanno parte della spiegazione delle decisioni dei tribunali, e quindi della pratica giudiziaria, che è una fonte informale di diritto per le decisioni future.[49] Si può concludere che i principi legali del diritto romano sono utilizzati molto spesso nelle spiegazioni delle decisioni della Corte Suprema della Repubblica di Croazia come il più alto tribunale nella Repubblica di Croazia, e quindi formano parte integrante delle posizioni legali e delle pratiche giudiziarie create da questa corte. Anche se i principi giuridici nell'ordinamento giuridico della Repubblica di Croazia non costituiscono una fonte formale di diritto, nell'ambito della spiegazione delle decisioni la Corte suprema esprime le sue interpretazioni legali che vengono accettate dai tribunali e quindi diventano una fonte informale di diritto che viene applicata nella pratica.

Nelle recenti dettagliate analisi dell'applicazione della *regula iuris* da parte degli organi giudiziari croati, sia in caso di lacune giuridiche nell'ordinamento giuridico, sia ai fini di una più precisa interpretazione delle sue norme giuridiche esistenti, si sottolinea in particolare che la sistematica applicazione delle *regulae iuris* dalla tradizione giuridica romana è una

che deriverebbero dalla rigorosa applicazione della legge catastale. In questo modo, il tribunale ha impedito l'adozione di decisioni ingiuste e ha influenzato la percezione della società, che potrebbe dirsi ingiusta in quella parte se non ci fossero le suddette interpretazioni e decisioni dei tribunali croati. J. Osrečak, "Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja", *Zagrebačka pravna revija*, 1/ 2014., 53-77.

[49] J. Jug, *Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske*, Rijeka, 2014.

delle modalità di interpretazione e creazione del diritto.[50] Ci sono i dubbi che questa pratica apre lo spazio a un potenziale superamento dell'autorità del giudice assumendo la funzione legislativa e creando diritti attraverso l'interpretazione. Tuttavia, considerando l'importanza e l'utilità delle *regulae iuris* e altri principi giuridici romani, non dobbiamo dimenticare che i tribunali hanno l'obbligo di emettere sentenze esclusivamente in base alla legge e che non vi è base per l'applicazione diretta dei principi giuridici romani nella pratica giudiziaria. Avendo tutto questo in mente e analizzando questi esempi, alla fine l'autore è del parere che questa pratica esistente nei tribunali prima di tutto ha conseguenze positive per un processo equo e quindi crede che tale pratica debba continuare.

## BIBLIOGRAFIA


1. Aličić, Samir, "De diversis regulis iuris antiqui (D.50.17)", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2006.
2. Avenarius, Martin, "Il "liber singularis regularum" pseudo - ulpianeo: sua specificità come opera giurdica altoclassica in comparazione con le "Institutiones" di Gaio", , 34/2006.
3. Bretone, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982.
4. Caprioli, Severino, *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, Editore Giuffrè, Milano, 1961.-1962.
5. Carcaterra, Antonio, *Le definizioni dei giuristi romani*, Jovene, Napoli, 1966.
6. *Corpus iuris civilis*, Vol. I. *Digesta* (1973), (retractavit) T. Mommsen, P. Krueger, Weidmann, Dublin-Zürich.
7. Falcone, Giuseppe, *Regulae iuris: esposizione sistematica in confronto al codice civile italiano*, Alberto Rebrer Libreria D.R. Casa, Palermo, 1899.
8. Fanizza, Luccia, "I principi di F. Schulz. Ristampa e nuove impressioni", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 62/1996.
9. Ivančík, Jan, *Roman principles – foundations of the european legal culture and their position in the changing world*, Vilnius University Open Series, 2020.
10. Kranjc, Janez, *Latinski pravni reki*, GV Založba, Ljubljana, 2006.
11. Margetić, Lujo, "O tzv. aktualiziranju istraživanja rimskog prava", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2006.
12. Martini, Remo, *Le definizioni dei giuristi romani*, Giuffrè, Milano, 1966.
13. Masuelli, Saverio, "Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica, I. Generalità e regole per l'interpretazione in presenza di 'chiarezza'", *Rivista di Diritto Romano*, XIV/2014.


[50] M. Petrak, (2011), 117.

14. Masuelli, Saverio, "Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica, II. Regole per l'interpretazione in presenza di 'oscurita'", *Rivista di Diritto Romano*, XV/2015.
15. Metro, Antonino, "L'esperienza giuridica romana e il diritto pubblico moderno", *Revista Galega de Administración Pública* 40/2010.
16. Osrečak, Jadranka, "Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja", *Zagrebačka pravna revija*, 1/ 2014.
17. Petrak, Marko, "Imovinskopravne regulae iuris u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje", in *Bogišić i kultura sjećanja*, Zagreb, 2011.
18. Petrak, Marko, Novi Informator, 2011., *https://informator.hr/strucni-clanci/regula-pro-lege-si-deficit-lex-lat-ako-zakona-nema-pravno-nacelo-je-zakon*.
19. Petrak, Marko, "Rimska pravna pravila kao izvor hrvatskog suvremenog obiteljskog prava", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/2005.
20. Petrak, Marko, "Rimska pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5/2002.
21. Petrak, Marko, "Rimsko pravo kao pozitivno pravo u Republici Hrvatskoj: prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine", *Hrvatska pravna revija*, 6/2006.
22. Petrak, Marko, Traditio iuridica, vol. I., Regulae Iuris, Novi Informator, Zagreb, 2010.
23. Pozzobon, Alberto, *Le regulae juris e la ricostruzione del diritto per principi il paradigma canonistico del Tractatus de regulis juris (1733) di A. Reiffenstuel*, Università degli studi di Padova, 2013.
24. Rodríguez Puerto, Maneul, "La scienza giuridica romanistica e i principi giuridici", *Annuale della Facoltà Giurisprudenza di Camerino*, 9/2020.
25. Romac, Ante, *Minerva – Florilegium sententiarium latinarum*, Latina et Graeca, Zagreb, 1988.
26. Rosate, Albericus, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, com. a 1,3,7, Venezia, 1585. (Ristampa A. Forni, DE Bologna, 1974).
27. Sacchi, Osvaldo, "La regula iuris del giurista romano e i casi perplexi di Leibniz tra analogia e anomalia del diritto", *Právněhistorické Studie*, 48/2018.
28. Scherillo, Giuseppe, *Catoniana Regula*, NNDI, XV, Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1968.
29. Schulz, Friedrich, *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze, 1968.
30. Simonetti, Petar, "Evolucija ustanove superficijarnog prava i usporedba s pravom građenja". *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2012.
31. Stein, Peter, "Lo svolgimento storico della nozione di "regula iuris" in diritto romano", *Antologia romanistica ed antiquaria*, Milano, 1968.
32. Stein, Peter, *Regulae Iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, The University Press, Edinburgh, 1966.

33. Stein, Peter, *The Digest title De diversis regulis iuris antiqui and the general principles of law* in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.
34. Zimmermann, Reinhard, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in A. Hartkamp *et alia* (eds), *Towards a European Civil Code*, 4th edn, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011
35. Corte Suprema della Repubblica di Croazia, II Rev 26/1993-2 dal 11 maggio 1993
36. Corte Suprema della Repubblica di Croazia, Rev 1822/1993-2 dal 14 marzo 1995
37. Corte Suprema della Repubblica di Croazia, Rev-1584/1997-2 del 29 agosto 2000
38. Corte Suprema della Repubblica di Croazia, I Kž 545/1991-3 dal 1 gennaio 2004
39. Corte Suprema della Repubblica di Croazia, Rev 2266/2010-2 dal 31 ottobre 2010
40. Corte Suprema della Repubblica di Croazia, Rev 223/2015-3 dal 17 dicembre 2019
41. Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, U-III-931/1996 dal 11 marzo 1998
42. Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, U-III-1107/1994 dal 28 gennaio 1998
43. Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, U-III-919/1997 dal 25 febbraio 1998
44. Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, U-I-607/1998; U-I-362/2000 e U-I-479/2000 dal 20 giugno 2001
45. Corte Costituzionale della Repubblica di Croazia, U-III-3214/2005 del 19 marzo 2008
46. Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, U-III-3062/2006 dal 2 aprile 2008
47. Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, U-III-1783/2006 al 20 maggio 2008
48. Tribunale commerciale di Zagabria, P-2/2002 del 3 luglio 2002
49. Tribunale di contea di Osijek, Gž 1193/2018-2 dal 11 ottobre 2018
50. Tribunale di contea di Split, Gž 2455/2015-2 dal 8 dicembre 2016
51. Tribunale di contea di Split, Gž 2589/2018-3 dal 23 gennaio 2020
52. Tribunale di contea di Varaždin, Gž-530/07-2 del 4 settembre 2007
53. Tribunale di contea di Velika Gorica, Gž Zk 146/2018-2 dal 27 dicembre 2018
54. Tribunale di contea di Zagreb, Gž 1711/2021-dal 17 maggio 2021
55. Tribunale di contea di Zagreb, Gž 3542/2021-2 dal 16 novembre 2021
56. Tribunale municipale di Jastrebarsko, P-595/2004 dal 15 giugno 2005
57. Tribunale municipale di Ludbreg, P-150/06-22 del 22 febbraio 2007

58. Tribunale municipale di Pazin, P 170/2022-27 dal 28 dicembre 2022
59. Tribunale municipale di Šibenik, P-1044/2021-6 dal 30 novembre 2022

*Assistant Professor Ines Matić Matešković, LL.D.*

Faculty of Law, University of Rijeka

## THE PRINCIPLES OF ROMAN LAW AS THE BASIS FOR THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF LAW IN THE PRACTICE OF CROATIAN COURTS

*Summary*

*Regula pro lege, si deficit lex.*

The principles of Roman law concisely resembled what Roman jurists considered the direction of correct legal thinking, although they had no legally binding force. With the reception of Roman law, these principles were incorporated into medieval legal systems, ius commune, and then into modern European legal systems. The purpose of this study is to analyze the judicial practice available in the Republic of Croatia and, based on this, to show that in explanations of court decisions, judges very often refer to certain Roman principles, using them in the form of legal maxims in Latin (regulae iuris). In this way, when explaining sentences, judges bring a specific case under a general legal rule with the aim of making a fair decision in the spirit of the law. It should be noted that in this way, although legal principles are not formally a source of law, courts use them to a certain extent to interpret the existing legal rule, fill legal gaps and create law to some degree. By analyzing this practice of Croatian courts, the author wants to show that this practice has positive consequences for a fair trial but also opens space for a potential overreaching of authority by taking on the legislative function and creating rights through interpretation.

**Key words:** *Regulae iuris; The principles of Roman law; Judicial practice; Interpretation of law.*

*Doc. dr. sc. Ines Matić Matešković*

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

## NAČELA RIMSKOG PRAVA KAO PODLOGA ZA TUMAČENJE I PRIMJENU PRAVA U PRAKSI HRVATSKIH SUDOVA

*Sažetak*

*Regula pro lege, si deficit lex.*

Rimska pravna pravila (*regulae iuris*) na sažet i jezgrovit način podsjećala su na ono što su rimski pravnici smatrali smjerom ispravnog načina pravnog razmišljanja, iako nisu imala pravno obvezujuću snagu. Recepcijom rimskog prava ova su načela ugrađena u srednjovjekovne pravne sustave, *ius commune*, a potom i u moderne europske pravne sustave. U radu se analizira dostupna sudska praksa u Republici Hrvatskoj te se na temelju toga ukazuje kako se u obrazloženjima sudskih odluka suci vrlo često pozivaju na određena rimska načela, koristeći ih pritom u obliku latinskih pravnih izreka. Na ovaj način u obrazloženjima presuda suci podvode konkretan slučaj pod opću pravnu normu s ciljem donošenja pravične odluke u duhu zakona. Pritom treba uočiti da na taj način, iako pravna načela nisu formalno izvor prava, sudovi u određenoj mjeri njihovim korištenjem tumače postojeću pravnu normu te popunjavaju pravne praznine i na određeni način stvaraju pravo. Ovakva praksa sudova ima pozitivne posljedice suđenja prema pravičnosti, ali možebitno otvara i prostor za potencijalno prekoračenje ovlasti preuzimanjem zakonodavne funkcije i stvaranjem prava kroz tumačenje.

**Ključne riječi:** *Regulae iuris; Rimska pravna načela; Sudska praksa; Tumačenje prava*.

УДК/UDC 347.961(497.11)“12/14“
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

*Доц. др Мирјана Пупић*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

# УТИЦАЈ РИМСКО-ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА НА РАЗВОЈ БИЉЕЖНИЧКЕ СЛУЖБЕ У СРЕДЊОВЈЕКОВНОЈ СРБИЈИ

*Рад је посвећен правној анализи развоја биљежничке службе у средњовјековној Србији кроз утицај римско-византијског права. На самом почетку представљени су термини којима су се обиљежавали носиоци ове функције. Јавни биљежници називају се, готово без изузетка, номици или иномици (од грчког νομικός). Византијско царство баштинило је богату скупину грчких и латинских назива за јавне биљежнике. Номици се на територији српске државе први пут помињу у посљедњој години XIII вијка, у повељи краља Милутина манастиру Св. Ђорђа код Скопља. Затим је обрађен друштвени положај и дјелатност српских номика имајући у виду римско-византијско наслеђе и утицаје. На крају се обрађују два купопродајна уговора, која су састављена према византијском образцу. Аутор закључује да римско-византијска компонента у развоју номичке професије јесте најважнија али не и једина компонента. Ипак је неопходно истовремено обратити пажњу и на утицаје из других средина, као и на специфичне политичке, привредне и друштвене околности значајне за развој биљежничке службе.*

**Кључне ријечи:** Римско-византијско право; Номици; Номичка исправа.

* * *

У Србији се корјени ове дјелатности углавном траже у институту „пристава“ који познаје Душанов законик, али и други правни извори из периода средњовјековне Србије.[1] Као што је добро познато, рецеп-

Мирјана Пупић, *mirjana.pupic@pravni.ues.rs.ba*.

[1] Законик говори о приставима, особама јавне вјере, чији су дјелокруг послова и улога били најсличнији на тлу осталих јужнословенских држава. Више у М. Живковић. В. Живковић, „О увођењу јавног бележништва у Србији“, *Зборник Правног факултета*, Загреб 2013, 433–448. За разлику од пристава јавни нотаријат је био

ција римског права присутна је и у Душановом законику. Штавише, у држави је та рецепција очигледна и има два пута: један иде преко истока, тј. преко Византије и римско-византијског права, а други преко запада, посредством далматинских градова и тадашњег *ius commune romanum.* До ширења римског права у српској средњовјековној држави дошло је усљед низа околности. С јачањем државе у њене границе је укључен један дио грчке територије с градовима, а тиме је практично био преузет тамо затечени правни поредак. Други носилац римско-византијског правног утицаја била је Хришћанска црква са својим институцијама и клером. Законоправило које је Свети Сава сачинио за потребе Српске цркве садржало је поред црквених прописа и избор из Јустинијанових новела и цијели Прохирон који је у Србији добио назив Закон градски. Када је ријеч о доприносу цркве и њеног клера рецепцији римско-византијског права треба нагласити и то да на двору српских владара нису постојали професионални правници, тако да су правни послови били у рукама свештеника.[2] Могуће да су преко њихове активности стизали утицаји римско-византијског права. Када је ријеч о ширењу *ius commune romanum* треба подвући да је Србија одржавала трговачке односе са приморским градовима. Бројни акти владара не само да потврђују да је највећи дио српске трговине ишао преко дубровачких и которских трговаца већ и да су српски владари подстицали развој трговине. Трговина привлачи у Србију велики број примораца који доносе и проширују схватање о неопходности писменог биљежења уговора. Тако су Дубровчани могли располагати својим добрима у Србији путем тестамента, поклона или цесије на начин као да те послове обављају у Дубровнику. Важно је подсјетити да од друге половине XIII вијека Дубровник има у Србији генералног конзула а касније и једног посебно именованог за трговачке послове. Затим, Срби и Дубровчани су имали и заједнички суд, станак. Суд је настао обичајним путем, а засиједао је на граници Србије и Дубровника. То показује да је у српској средњовјековној држави уз редовне судове стално судио суд на коме су била примјењивана и правна правила градова са јадранске обале. Из таквог суђења нужно се рађало обичајно судско право, дакле незаписано, из кога су се ширили утицаји на српско право.[3]

---

више развијен у приморским градовима. Н. Тешић, „Уставноправни меч адвокати против јавних билежника окончан је службеним резултатом 3:0 за фискус Републике Србије“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Ур. Вук Радовић, Београд 2015, 470–496.

[2] А. Маленица, „Римска правна традиција у српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 3.

[3] Више о рецепцији римског права у српском праву погледај А. Маленица, (2004), 117–139.

Поред пристава, који је дјеловао као лице јавне вјере у средњовјековној Србији је познат и истородни по сврси институт – нотаријат. До развоја и ширења номичке установе дошло је почетком XIV вијека до чега су довеле реалне политичке, друштвене и привредне околности. У средњовјековној Србији нотари се називају, готово без изузетка, номици или иномици. Оба израза се готово равноправно користе без обзира на простор, вријеме и карактер извора. Ипак, судећи по сачуваној грађи ћириличног и латиничног, али и италијанског поријекла, у Дубровачком архиву искључиво се среће термин *иномик*.[4] Ова појава можда указује да је у говорном и пословном језику српске средине облик са протетским *и* имао извјесну превагу. У том случају природно је да су Дубровчани преузели ријеч у оном облику какав се могао чути међу свијетом у трговачким и рударским градовима Србије.[5]

Већ нас само име упућује да се узори за ову установу налазе у византијском праву. Заиста, познато је да се писци исправа у Византији, поред табелиона и симвулографа, зову такође и *νομικός*. Аутори попут Захарија (*Zachariae von Lingenthal*) и Ферарија (*Ferrari Giannino*) сматрају да је временом дошло до идентичности номика и табелиона, такође, истичу идентичност номика и симвулографа. Међутим, поменути аутори се разилазе у питању номика и табулара. Захарије прави разлику између табулара и номика, док је по мишљењу Ферарија та разлика доста вјештачка, да је можда она постојала у првим вијековима послије Јустинијана, али од XI до XIII вијека (доба из кога се сачувало највише приватно правних исправа) то су само различита имена за исту функцију.[6]

Пресудна улога Византије, поред имена, очигледна је и у начину рада и улози српских номика, распрострањености, формулару и правној вриједности номичких исправа. Ако узмемо у обзир и гдје се номици јављају у Србији, онда је веза српског номика са Византијом очигледна. Наиме, у српској историји термин номик први пут се појављује у Милутиновој скопској повељи (1299–1300),[7] а сви помени о

[4] Тако се нпр.ословљава нотар Јован из Напуља. Вид. више М. Динић, „Неколико ћириличних споменика из Дубровника“, *Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор* 24/1958, 107.

[5] Више о терминима номик и иномик у Ђ. Бубало, *Српски номици,* Београд 2004, 49–64 .

[6] Нав. према А. Соловјев, „Уговор о куповини и продаји у средњовјековној Србији“, *Архив за правне и друштвене науке* 2/1927, 310.

[7] Краљ је куповину одређених посједа од локалног грчког племства у граду Скопљу писмено утврдио номичком исправом, поштујући затечени правни ред на тек освојеним византијским територијама, и за тај посао платио по обичају. Само у овом случају истиче се улога номика, иако је у самој повељи забиљежено још неколико купопродајних уговора које је закључио краљ. С. Новаковић, *Законски споменици*

номику везују се за југ Србије, будући да је ту био највећи утицај Византије. Напосљетку, не треба заборавити да је ријеч о привредно најразвијенијим областима, гдје је интезитет свакодневих пословних и правних односа подстицао већи ниво писане комуникације.

Номици су обављали послове који су веома слични онима које ће касније обављати јавни биљежници. Састављали су и потписивали разне акте: купопродајне, брачне, уговоре о поклону, тестаменте и разне друге уговоре. Истина, писање приватноправних уговора било је највећим дијелом шематизовано, уз понављање устаљених формула, при чему су се нпр. код купопродаје мијењали само субјекти, предмет и цијена. Нажалост, не знамо да ли су номици прво састављали концепт, јесу ли правне елементе уговора тумачили странкама, те да ли је прије стављања потписа текст акта читан пред уговарачима и свједоцима.

Поред тога што је ријеч о установи опште важности, неизбјежној у сваком писменом средњовјековном друштву, законске одредбе о номицима су малобројне и њих претежним дијелом чине преводи византијских правних прописа. Такође, изворна грађа о номицима доста је скромна. По имену је познато само дванаест српских номика, а сачувано је свега осам њихових исправа.[8] Ко је од њих припадао црквеној хијерархији могуће је утвдити само ослањајући се на податке гдје је то изричито наведено. Стога од дванаесторице по имену познатих номика, само код тројице је припадност цркви неспорна. Они су уз своју основну свештеничку дужност вршили и нотарски позив као допунски на простору који се обично поклапао са њиховом духовном надлежношћу, а понекад и шире.[9] Обичај да свештеници обављају нотарску службу наслеђен је из периода византијске власти. Не може се игнорисати чињеница да су свештеници били у служби мира, друштва и човјека на различите начине. Што је врло важно, имали су сасвим здрав приступ средини у којој су живјели, те присне односе са становницима те средине. Уз искрену намјеру и јасно наглашену вриједност трајног обраћања, добро су познавали и обича-

*српских држава средњег вијека*, Београд 1912, 610. Вид. и Н. Мојовић, „Историја латинског нотаријата“, *10 година нотаријата Републике Српске*, Бања Лука 2018, 105–131; Н. Мојовић, „Од римског табелиона до модерног нотара“, *Правна ријеч* 1/2004; М. Костренчић, *Fides publica (Јавна вјера) у историји Срба и Хрвата до краја XV вијека*, Београд 1930; Ж. Вујошевић, *Српска владарска канцеларија у средњем вијеку.Студија из упоредне дипломатике,* докторска дисертација, Универзитет у Београду, Филозофски факултет, Београд 2015.

[8] Посљедња сачувана номичка исправа, написана је негдје у области Косова око 1453. године, дакле само двије године прије коначног доласка Турака у те крајеве, а шест прије губитка државне независности. Ђ. Бубало, (2004), 86.

[9] *Ibid.*, 97.

је друштва и правне норме. Иако је лаички нотаријат имао упадљиву надмоћ над црквеним, подаци о његовој организацији чији ауторитет је стајао иза њихове функције, прилично су сиромашни. Одмах треба рећи да не постоје подаци о томе како се постајало номиком у Србији. Овде је очигледна разлика у односу на табелионе у Византији. Наиме, почетни параграфи Епархове књиге посвећени су томе како неко може бити примљен у редове табелиона.[10] Ова збирка прописа на прилично исцрпан начин регулише и низ других питања везаних за рад табелиона. Ипак, извори у основи потврђују да су номици дјеловали и у сеоским и градским срединама, али их је у овим другим, природно, било далеко више. Сеоски номици, обично свештеници најчеће су радили у самој цркви или парохијском дому, али су могли ићи и изван парохије уколико у сусједним селима свештеници нису писали исправе или је један од њих послуживао више парохија. У градовима су номици, како Бубало оправдано претпоставља, држали канцеларију на неком прометном мјесту или пак ишли код самих странака. Епископски номици су вјероватно радили у сједишту епархије.[11]

Подаци о образовању номика изразито су шкрти. У идеалном смислу подразумијева се, поред вјештине писања, познавање и правних норми. Међутим, овај идеал у пракси ријетко кад је могао бити остварен, јер као што смо већ напоменили, формулари исправа углавном су се писали према унапријед одређеном нацрту.[12] Будући да су се понављале једне исте формуле у зависности од врсте уговора, познавање правних норми код номика није долазило до изражаја. За свој рад номици су добијали материјалну накнаду од саме странке, али не постоје подаци о њеној висини. Једино се у скопској повељи помиње иномиков откуп, али се овде ради о византијском номику затеченом на византијској територији.[13] И поред тога што им је нотарски позив због писмености и познавања права обезбјеђивао углед у друштву, материјални положај великим дијелом зависио је од обима посла и потенцијалне клијентеле. Притом, треба имати у види и мјесто гдје су номици обављали своју функцију, довољно је упозорити да није исто вршити ову дужност у великом центру и неком забаченом селу.

Номоканоном је био предвиђен дјелокруг послова који су се односили на номика.[14] Исправе које сачини номик нису имале толику

[10] З. Симоновић, *Епархова књига – Византијски зборник правила из занатства и трговине Лава VI Мудрог*, Ниш 2004.

[11] Ђ. Бубало, (2004), 107.

[12] *Ibid.*

[13] С. Новаковић, (1912), 610.

[14] С. Шаркић, *Енциклопедија српског средњовјековног права*, Београд 1989, 445.

доказну снагу као што су имали нотарски акти у Приморју у исто то доба, јер су за њихове исправе били потребни и свједоци, а некада се и сам номик јављао у улози свједока. Јавност рада номика и званични карактер њихових исправа није могуће доказати ни евентуалним свједочанствима о вођењу регистара. Тако се у закону Новог Брда наводи „по овоме да не може од грађана нико своју баштину продати, ни у залогу положити, ни у мираз дати, ни под цркву подложити без књиге номичке и свједочења протопопа и добрих људи који су у мјесту – ко ли тамо, напред реченим начином, своју баштину да без књиге, напред речене, од таквих да није тврдо ни вредно“.[15] Присуство „добрих људи“ (угледни појединци достојни повјерења) као свједока је имало за циљ да обезбиједи већу доказну снагу исправе издате од стране номика. Практично, они су овјеравали аутентичност документа.[16] Одредба која се налази у Синтагми Матије Властара у члану Д-8 забрањује свједочење по чувењу макар били у питању и номици.[17] Такође, византијска приватна исправа у својој дугогодишњој историји заснивала је своју моћ на присуству свједока. Мноштво је примјера у којима се нотар појављује и као свједок у византијским исправама. Уз то, нотари су стално настојали да у присутне свједоке уврсте што већи број лица која су на било који начин престављала неки духовни или свјетовни ауторитет. Дакле, ту праксу Срби су преузели с том разликом што њихови представници власти нису издвајани из састава обичних свједока и нису на посебном мјесту потврђивали својим потписом аутентичност исправе. Овде ћемо се подсјетити да је Јустинијан Новелом 73. од 4. јуна 538. године предвидио опширну и детаљну процедуру како се доказује аутентичност исправа уопште, а тиме и табелионских у грађанским поступцима. Наиме, у погледу исправа које је сачининио табелион, а чију вјеродостојност судија утврђује, поред тога што је табелио својом заклетвом потврдио своју комплецију, потребно је да буду присутни и свједоци при склапању правног посла и да је то потврђено њиховим потписима. Стога, за правну ваљаност докумената уводе се три степена провјере: предност се даје свједоцима, затим табелионима и помоћницима, а тек на крају срав-

[15] Н. Радојчић, *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*, Српска академија наука и умјетности, Београд 1962. Превод овог споменика са опсежном правноисторијском студијом Б. Марковић, *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића,* Споменик САНУ 126, Београд 1985, 7–46.

[16] О функицији и друштвеном статусу „добрих људи“ који се помињу у Закону Новог Брда више у М. Ивановић, „“Добри људи“ Новобрдског закона деспота Стефана Лазаревића“, *Историјски часопис* LXIV/2015,159–187. Погледати и Ј. Даниловић, „Закон града Новог Брда“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1990, 16–43.

[17] С. Новаковић, *Матије Властара Синтагмат*, Београд 1907, 242.

њавању рукописа.[18] Даље, да би приватна исправа коју саставља табелион била ваљана, Јустинијан је захтијевао да буде написане краснописом (*mundum*), затим да је табелион мора довршити (*complere*) и коначно странке морају потврдити да су њену садржину прихватиле (*absolvere*).[19] Потписи номика одговарају комплеционој формули табелиона у Византији. Својом личношћу номик је одговарао за ваљаност правног посла о којем је саставио исправу. То потврђује члан 3 Јустинијановог закона који говори о правном положају номика у настанку исправе, одређујући његову материјалну одговорност у случају неиспуњења уговора о миразу.[20] Такође, одредба која се налази у Синтагми Матије Властара у члану Е-16 забрањује номику да напише уговор о залагању црквеног добра под пријетњом казне.[21]

У контексту теме коју обрађујемо значајно је поменути познату Призренску тапију, која је одувијек добијала посебну пажњу истраживача. Номик Никола од Матере Божије Призренске написао је послије 1346. године поменуту исправу, која га је сасвим сигурно увела у историју. Призренска тапија представља класичан примјер уговора о продаји непокретности. Писана је од почетка до краја по византијском формулару, истим редом и истим изразима.[22] С обзиром на то да се данас не зна гдје је оригинал исправе, опис је углавном заснован на подацима које је саопштио Шафарик и на одличном факсимилу приложеном уз прво издање.[23] Призренска тапија састоји се из три основна дијела: протокол (уводни дио), *corpus* (текст) и есхатокол (завршни

[18] Novelae 73. од 4 јуна 538. године.

[19] C.4.21.17 pr: “*Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen , quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum , aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec Illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere.*

[20] А. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 541.

[21] С. Новаковић, (1907), 284.

[22] У погледу структуре Призренске исправе вид. А. Соловјев, (1927), 313–324. Више о номику Николи вид. Ђ. Бубало, “Nikolaus notarius Parserini” (Прилог познавању установе номика у средњовјековној Србији), *Зборник радова Византолошког института* XLV/2008;

[23] J. Шафарик, „Српска исправа о продаји непокретног добра у Призрену, из времена србских царева, или из XIV-ог века“, *Гласник Српског ученог друштва* XXXV/1872, 119–124.

дио). Пртокол садржи име продаваца – Доброславе, њена два сина Првослава и Никодима и ћерке Раје. Потом се наводе имена сусједа (сумеђника) који су њени сродници, јер се тим одричу свог права преče куповине. Уз свако име стоји крст јер су очигледно сви били неписмени. Затим слиједи гаранција против евикције, коју у име продаваца преузима један од чланова породице. У другом дијелу налазимо диспозицију која гласи: „Ја Доброслава Каросава хти, и с моими више уписаними, с лубовију и с хтенијем постависмо частни животворешто крст Ману Драгичину брату и продасмо му двор наш“. Дакле, текст исправе поред имена продавца и купца садржи клаузулу добровољности, одлуку о правном чину и предмет уговора. У даљем тексту наводе се положај и површина „двора“ и његова цијена изражена у литрима сребра. Потом слиједи дио текста који се односи на купчева права на стеченом добру, као што су право службености на слободан пролаз и пуно баштанско право својине. Та права теку од тренутка састављања исправе што потврђује наведен термин „однеска“. Након ових формула стоји клаузула о налогији. У питању је глоба за повреду уговора која се наплаћивала у корист цркве, и која се иначе помиње у форми „аналогија“ у члану 1 Јустинијановог закона.[24] Призренса тапија се завршава пописом свједока и потписом номика Николе, док се на полеђини налази крст и име купца, а то је Мано, Драгичин брат.

Од номичких исправа сачуван је само још један купопродајни уговор из 1438. године, који је написао номик Гуњан. Исправа којим Радослава Мирковић продаје своју кућу у Трепчи манастиру светог Павла знатно је краћа. Протокол садржи само уобичајену инвокацију, а у диспозицији стоји: „Ја Радосава, Радоње Мирковића жена продадох кућу моју у Трепче честному монастиру светопавлескому, да им е у баштину вечну никим неотиемљено, а за мога живота...да имам од куће едн ћелар где ћу прибегнути с сестром; а по смрти нашои все да е Божие и монастирско нино што буде...ли бих се ја Радосава раскаавши или кто од моих дрзнувши што поискати, да му не веровано ни на однои правде.“[25] За разлику од Призренске тапије у овом уговору нису поменути цијена, и тренутак преноса права својине. Поред тога Радосава је установила право доживотне службености становања у једној просторији куће за себе и своју сестру. Након њихове смрти све што им припада постајало је својина манастира. Уколико Радосавини сродници служећи се правом првокупа, покушају оспорити продају пријети им забрана приступа били каквом суду. И санкција се

[24] Вид. А. Соловјев, (1928), 378. С. Шаркић, *Српско средњовјековно право*, Нови Сад 1995, 84.

[25] С. Шаркић, (1995), 84–85.

раликује јер не предвиђа плаћање глобе. Исправа се завршава именима свједока и потписом нотара Гуњана.[26]

Незаобилазна је исправа номика Стојана (поравнање рачуна и потраживања између два дубровачка златара) која је сачувана у архиву Дубровника у књизи *Diversa Cancellariae* под датумом 19. јануар 1411. године.[27] Ова исправа је по свом карактеру специфична будући да су оба уговарача Дубровчани, као и скоро сви свједоци (од укупно шест свједока њих петорица били су Дубровчани), и да су по узору на дубровачке хирографе неки од њих ставили своје потписе. Наиме, у документима српских номика свједоци се увијек набрајају у објективној форми, без полагања својих потписа тако да исправа иномика Стојана представља особен изузетак, условљен специфичним околностима склапања правног посла. Ипак, Бубало истиче да се на номичку исправу у Дубровнику гледало као на обичну исправу са свједоцима, без придавања било каквог значаја писару. Притом се није узимао у обзир ни његов положај привилегованог свједока, иако номик Стојан у свом положају то изричито наглашава. Дакле, номик је имао положај обичног писара, као у случајевима када је, у међународним уговорима Дубровчана, један од уговарача преузимао на себе улогу писара или је она препуштена неком од писмених сународника.[28]

## ЗАКЉУЧАК

Установа јавних биљежника у средњовјековној Србији значајно је обиљежена утицајем византијске правне традиције. Византијско царство баштинило је од свог античког претходника нотарску службу, али је ипак прилагођавало другачијим историјским околностима. Без обзира што је Јустинијан исправама табелиона дао већу доказну вриједност ова установа показује знатно зрелији стадијум у доба Епархове књиге, те се по многим елементима приближава особинама касних јавних биљежника.

Јасан одраз о византијском поријеклу представља термин, односно назив којим су се обиљежавали писци привано-правних исправа. Такође, двојни нотаријат – лаички и црквени сигурно представљају дио византијског наслеђа. Ипак, можда најјачи доказ опстајања византијске правне традиције јесу сачувани купопродајни уговори. Исправа номика Николе из Призрена и номика Гуњана састављене су према византијском образцу. То су само неке од појава које показују

[26] С. Шаркић, (1995), 84–85, А. Соловјев, (1927), 446.

[27] А. Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV. Века),* Београд 1926, 194.

[28] Ђ. Бубало, (2004), 244.

како су дубоко укоријењена начела византијског права у раду номичке сужбе у средњовјековној Србији. Ипак, ова установа у средњовјековној Србији није у потпуности компатибилана византијском праву, што је и разумљиво будући да је свако вријеме дограђивало, усавршавало и прилагођавало ову професију својим потребама. Такође, утицај приморских комуна није се изражавао у непосредном угледању на нотарску праксу, већ на обичаје које су доносили њихови становници боравећи у српским срединама. Развој трговине, рударства као и бројно присуство дубровчана, који су много више држали до чврстине писане ријечи, непрекидно су давали свој допинос у обликовању номичке дјелатности

Дакле, развој номичке установе у средњовјековној Србији представља сложен процес настао као резултат аутохтоног културног развоја и спољашњих утицаја, привредног развоја, те политичких и друштвених кретања.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце


1. Бубало,Ђорђе, *Српски номици*, Београд 2004;
2. Бубало, Ђорђе, “Nikolaus notarius Parserini” (Прилог познавању установе номика у средњовјековној Србији), *Зборник радова Византолошког института* XLV/2008;
3. Вујошевић, Жарко, *Српска владарска канцеларија у средњем вијеку. Студија из упоредне дипломатике,* докторска дисертација, Универзитет у Београду, Филозофски факултет, Београд 2015;
4. Даниловић, Јелена, „Закон града Новог Брда“*, Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1990;
5. Динић, Михајло „Неколико ћириличних споменика из Дубровника“, *Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор* 24/1958;
6. Живковић, Милош, Живковић, Весна, „О увођењу јавног бележништва у Србији“, *Зборник Правног факултета*, Загреб 2013;
7. Ивановић, Милош, „Добри људи“ Новобрдског закона деспота Стефана Лазаревића“, *Историјски часопис* LXIV/2015;
8. Костренчић, Марко, *Fides publica (Јавна вјера) у историји Срба и Хрвата до краја XV вијека,* Београд 1930;
9. Маленица, Антун, „Римска правна традиција у српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004;
10. Марковић, Биљана, *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*, Споменик САНУ 126, Београд 1985;
11. Мојовић, Никола, „Од римског табелиона до модерног нотара“, *Правна ријеч* 1/2004;

12. Мојовић, Никола, „Историја латинског нотаријата“, *10 година нотаријата Републике Српске*, Бања Лука 2018;
13. Новаковић, Стојан, *Законски споменици српских држава средњег вијека*, Београд 1912;
14. Новаковић, Стојан , *Матије Властара Синтагмат*, Београд 1907;
15. Радојчић, Никола, *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*, Српска академија наука и умјетности, Београд 1962;
16. Симоновић, Зоран, *Епархова књига – Византијски зборник правила из занатства и трговине Лава VI Мудрог*, Ниш 2004;
17. Соловјев, Александар, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка,* Скопље 1928;
18. Соловјев, Александар, *Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV. Века*) Београд 1926;
19. Соловјев, Александар, „Уговор о куповини и продаји у средњовјековној Србији“, *Архив за правне и друштвене науке* 2/1927;
20. Тешић, Ненад, „Уставноправни меч адвокати против јавних бележника окончан је службеним резултатом 3:0 за фискус Републике Србије“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније,* Уредник Вук Радовић, Београд 2015;
21. Шаркић, Срђан, *Средњовјековно српско право*, Нови Сад 1995;
22. Шафарик, Јанко, „Српска исправа о продаји непокретног добра у Призрену, из времена царева србских, или из XIV-тог века“, *Гласник Српског ученог друштва* XXXV/1872.

*Assistant Professor Mirjana Pupić, LL.D.*

Faculty of Law, University of East Sarajevo

## THE INFLUENCE OF ROMAN-BYZANTINE LAW ON THE DEVELOPMENT OF NOTARIAL SERVICES IN MEDIEVAL SERBIA

*Summary*

This work is dedicated to the legal analysis of the development of notarial services in medieval Serbia through the influence of Roman-Byzantine law. At the outset, the terms used to designate the bearers of this function are presented. Public notaries are almost universally referred to as "nomici" or "inomici" (from the Greek "νομικός"). The Byzantine Empire inherited a rich set of Greek and Latin names for public notaries from its Roman predecessor.

Nomici are first mentioned in the territory of the Serbian state in the late 13th century, in a charter by King Milutin to the Monastery of St. George near Skopje. Subsequently, the social status and activities of Serbian nomici are examined, taking into account the Roman-Byzantine heritage and influences. Finally, two sale contracts are examined, which were drafted according to the Byzantine model. The author concludes that the Roman-Byzantine component in the development of the notarial profession is the most important but not the sole component. It is essential to simultaneously consider influences from other sources and the specific political, economic, and social circumstances significant to the development of notarial services.

**Key words:** *Roman-Byzantine law; Nomici; Notarial document.*

UDC/УДК 340.12
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Dottore di ricerca Giovanni Carlo Seazzu, LL.D.*

Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Sassari, Italia

# SEGNI DI UNA CRISI DEI REGIMI GIURIDICI STATALE E INTERNAZIONALE DELL'ACQUA. BREVI E PRELIMINARI CONSIDERAZIONI PER UNA RICERCA SULL'USO DELL'ACQUA TRA DIRITTO ODIERNO E DIRITTO ROMANO

*Negli attuali ordinamenti giuridici è presente sia la categoria dei "soggetti di diritto" / le "persone", sia degli "oggetti di diritto" / le "cose", ed in quest'ultima si colloca il bene acqua.*

*La categoria delle 'cose' rileva sotto il piano giuridico solo se su di esse le persone possono esercitare un "diritto soggettivo"; in tale ipotesi di parla di "beni economici". Le cose che invece non sono appropriabili non rilevano, in generale, sotto il piano giuridico.*

*I beni statali si dividono in "beni patrimoniali disponibili" e in "beni demaniali" e in "beni patrimoniali indisponibili". I primi sono quelli che possono essere oggetto di proprietà privata, gli altri sono quelli che non possono essere oggetto di proprietà privata. Tra i beni demaniali si distinguono: il demanio marittimo (lidi, spiagge, porti, rade ecc.) e il demanio idrico (fiumi, torrenti, laghi, acque sorgenti piovane se di interesse pubblico ecc.).*

*All'interno dei beni patrimoniali indisponibili rientrano le acque minerali e termali, mentre quelle "interne" sono private.*

**Parole chiave:** Cose, proprietà, demanio, persone, acqua.

**Indice**: Abstract. a. L'acqua come bene economico dei privati o dello Stato. b. Le acque interne e le acque internazionali. c. La inadeguatezza sostanziale e processuale dell'ordinamento giuridico odierno. d. Dalla crisi degli orientamenti positivi alla riscoperta del diritto romano. Conclusioni.

Giovanni Carlo Seazzu, *giancarlo.seazzu@tiscali.it*.

## A. L'ACQUA COME BENE ECONOMICO DEI PRIVATI O DELLO STATO

Negli ordinamenti giuridici odierni, ciò che rileva sul piano giuridico è 'diviso' in due categorie, da una parte i "soggetti di diritto" / le "persone", dall'altra parte gli "oggetti di diritto" / le "cose". In questa seconda categoria è ricompresa l'acqua[1].

La categoria delle 'cose' assurge ad interesse sotto il profilo giuridico solo se su di esse le persone possono esercitare un "diritto soggettivo"; le cose, in tale ipotesi, si definiscono "beni" o meglio "beni economici"[2]. Nell'ordinamento giuridico italiano la definizione di "beni", come è noto, si riscontra nell'art. 810 c.c. Anche i dizionari giuridici recitano: «sono beni tutto ciò che è capace di arrecare utilità agli uomini ed è suscettibile di appropriazione»[3]. Pure nella manualistica universitaria di base troviamo che: «Il legislatore italiano parlando dei beni all'inizio del titolo III della proprietà, mostra di considerare come bene, in un significato certamente ristretto, soltanto le cose che hanno valore economico; vale a dire quelle entità materiali o immateriali che appariscono limitate e valutabili in danaro»[4]. Altre cose che invece non sono per loro natura appropriabili per qualità o quantità (le stelle, l'aria, il mare)[5] non rientrano, in linea di massima, nell'interesse del diritto.

---

[1] G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", in *Diritto@Storia*, 3, 2004, Cap. 1. Caratteristiche, inadeguatezza e crisi della concezione e del regime giuridici dell'acqua negli ordinamenti odierni positivi, § a. Negli ordinamenti nazionali (ad es., l'ordinamento italiano): la cosa–acqua come bene economico passibile di proprietà: delle persone –privati o della persona – Stato, il quale si esprime nei seguenti termini: «Negli ordinamenti giuridici odierni, almeno in quelli di tradizione o di più recente ispirazione europea, la realtà giuridicamente rilevante viene 'divisa' in due categorie di entità: i "soggetti di diritto", ovverosia le "persone", e gli "oggetti di diritto", ovverosia le "cose". L'acqua o, meglio, le acque ricadono in questa seconda categoria».

[2] *Ibidem*: «Le 'cose' sono considerate apprezzabili dall'ordinamento giuridico (cioè dalla organizzazione e dall'insieme di norme che costituiscono il "diritto oggettivo") in quanto su di esse si eserciti o si possa esercitare uno o più 'poteri' (cioè "diritti soggettivi") da parte di una o più persone; le cose divengono, allora, "beni" anzi, più precisamente, "beni economici". Per il Diritto italiano (che assumo ad esempio di 'ordinamento giuridico nazionale') la nozione di "beni" si trova all'art. 810 c.c., vale a dire: l'articolo primo del Titolo I "I beni" del Libro terzo "La proprietà" del Codice civile. Per chiarire –se necessario– il modo di intendere le "cose/beni giuridici" da parte dell'ordinamento giuridico –anche– italiano, cito due definizioni correnti nella manualistica nazionale».

[3] Mi limito, tra tutti, a F. DEL GIUDICE, a cura di, *Nuovo dizionario giuridico*, Napoli 1996, s.v.

[4] In questa sede, mi limito a citare a titolo esemplificativo G. BRANCA-G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1992, p. 153.

[5] Per una puntuale trattazione in tema di diritto dello spazio in rapporto alle *res communes omnium* si veda M. FALCON, "*Res communes omnium* e diritto dell''outer space'.

Ricordiamo inoltre che le 'persone' si distinguono in fisiche o giuridiche, in private o pubbliche. Le prime sono esclusivamente private perché gli uomini sono solo privati. Le seconde sono esclusivamente giuridiche perché sono entità non concrete. Tra le persone pubbliche si evidenzia lo 'Stato' e gli Enti di cui esso si compone[6].

I "beni economici appropriabili" si distinguono in cose che possono rientrare nella proprietà privata e in cose che possono rientrare nella proprietà pubblica (art. 42 Cost.)[7].

I beni statali si dividono in "beni patrimoniali disponibili" e in "beni demaniali"[8] e in "beni patrimoniali indisponibili"[9]. I beni patrimoniali disponibili sono quelli che possono essere oggetto di proprietà privata e seguono la relativa disciplina. I beni demaniali e patrimoniali indisponibili

---

Contributo al dialogo sulla 'Roman space law'", in *Teoria e storia del diritto privato*, 12, 2019, pp. 1 ss.

[6] Così G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., Cap. 1. Caratteristiche, inadeguatezza e crisi della concezione e del regime giuridici dell'acqua negli ordinamenti odierni positivi, § a. Negli ordinamenti nazionali (ad es., l'ordinamento italiano): la cosa–acqua come bene economico passibile di proprietà: delle persone –privati o della persona –Stato: «Le 'persone' si dividono in fisiche e giuridiche, private e pubbliche. L'incrocio tra queste due *divisiones* delle persone è, però, tutt'altro che simmetrico. Il dato decisivo è che le persone fisiche sono esclusivamente private. In altri termini, gli uomini sono soltanto privati. Le persone pubbliche, invece, sono esclusivamente giuridiche, ovverosia sono entità fittizie/artificiali. Le persone pubbliche sono lo 'Stato' e gli Enti di cui o in cui esso si compone».

[7] Così come prevede l'art. 42 della Cost.: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati».

[8] Così come prevede l'art. 822 c.c.: «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico».

[9] Così come prevede l'art. 826 c.c.: «I beni appartenenti allo Stato, alle provincie e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle provincie e dei comuni. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della Corona, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle provincie e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio».

sono quelli che non possono essere oggetto di proprietà privata, conseguentemente sono dello Stato. All'interno del demanio si distinguono: 1) il demanio marittimo (lidi, spiagge, porti, rade ecc.) e 2) il demanio idrico (fiumi, torrenti, laghi, acque sorgenti piovane se di interesse pubblico ecc.)[10]. All'interno dei beni patrimoniali indisponibili rientrano le acque minerali e termali, mentre le acque "interne" sono private.

## B. LE ACQUE INTERNE E LE ACQUE INTERNAZIONALI

A livello internazionale, la distinzione di base operata dalla normativa competente è tra acque interne appartenenti agli Stati e appunto acque internazionali.

Le 'acque interne' sono quelle insistenti nel territorio di uno Stato (es. le acque del 'demanio idrico') e tutti gli spazi marini ubicati prima della linea costiera (es. porti, rade e baie) che integrano il territorio statale[11].

Tra le acque interne e le acque internazionali vi è una fascia di c.d. 'rispetto' che si differenzia ulteriormente tra "acque territoriali" e "zona economica esclusiva". Le acque territoriali sono costituite dalla fascia di mare lungo le coste ove lo Stato impone la sua sovranità e si sviluppano (nella epoca di Grozio) sino alla "massima gittata dei cannoni". La prassi internazionale, ma anche la convenzione di Montego Bay, l'ha ora sancita in 12 miglia marine. Oltre le acque territoriali, ma entro 200 miglia da essa, si colloca la c.d. "zona economica esclusiva" di cui lo Stato costiero ha il diritto di sfruttamento economico[12]. Oltre le 200 miglia dalla costa si parla di "piattaforma continentale"[13].

Sono considerate acque internazionali soltanto quelle 'marine', così che si parla di 'mare internazionale'[14]. Il mare internazionale si sviluppa oltre quello territoriale e non è compreso né nella zona economica esclusiva né nelle acque arcipelagiche[15]. A questo proposito, si parla di "principio della libertà dei mari" che implica il riconoscimento a ciascuno Stato di un eguale diritto di esercizio di tutte le attività lecite di impiego internazionale del mare (es. la navigazione, il sorvolo, la pesca, la posa dei cavi, la ricerca scientifica ecc.). L'esercizio di tale libertà incontra il limite del rispetto dei diritti degli altri Stati.

---

[10] Art. 1. R.D. 1775/33.

[11] Art. 8 Convenzione di Montego Bay, delle Nazioni Unite, sul diritto del mare, 10/12/82.

[12] Artt. 57/74 Conv. di Montego Bay, cit.

[13] Artt. 76/85 Conv. di Montego Bay, cit.

[14] Artt. 86/120 Conv. di Montego Bay, cit.

[15] Art. 86 Conv. di Montego Bay, cit.

## C. LA INADEGUATEZZA SOSTANZIALE E PROCESSUALE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ODIERNO

In virtù di quanto anticipato si evince che non tutte le acque sono considerate, sotto il profilo giuridico, dei 'beni'.

Sono considerate 'beni' solo le "acque interne", non quelle "internazionali" né quelle "territoriali". Circa la interpretazione di queste ultime, i giudici italiani, già con una sentenza del 1944[16], hanno 'inserito' nel nostro ordinamento (in quanto considerato inadeguato) una categoria di beni mai ipotizzata dal nostro legislatore ma di matrice romanistica: le *res communes omnium*[17].

Tale classificazione di beni, però, mal si colloca nel nostro ordinamento giuridico in quanto: 1) essa comporta la titolarità delle cose comuni da parte di tutti gli uomini (e non soltanto da parte di tutti i cittadini, come si evincerebbe dalla suddetta sentenza), 2) essa comporta la titolarità delle cose comuni da parte degli 'uomini' e non da parte dello 'Stato' (come vorrebbe l'art. 42 Cost.)[18].

La, accennata cattiva collocazione delle *res communes omnium* è un sintomo della inadeguatezza del diritto italiano preannuncia una sorta di 'crisi'.

Il sintomo della inadeguatezza ha effetti sul il piano del diritto sia sostanziale sia processuale.

Sul piano del diritto sostanziale è complicato inserire nel nostro diritto la definizione dell'acqua come "diritto umano". Il nostro diritto dell'acqua – ma il discorso può essere esteso a tutte le 'cose' – è contrassegnato da una concezione che possiamo definire 'economicistica' e che finisce per prevalere sul diritto stesso. Ciò perché le uniche persone 'naturali', non "artificiali", sono gli uomini, i quali sono esclusivamente persone private e

[16] Si veda Corte di Cass. n. 307, del 2 maggio 1944.

[17] Per un approfondimento sul tema si veda G.C. SEAZZU, Res communes omnium *oggi*, Bari 2020.

[18] Così già G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., Cap. 1. Caratteristiche, inadeguatezza e crisi della concezione e del regime giuridici dell'acqua negli ordinamenti odierni positivi, § c. Elementi negativi, di inadeguatezza sostanziale e processuale dell'ordine giuridico odierno nazionale e inter–nazionale: economicistico–privatistico e statualistico–positivo: «Questa categoria di cose/beni incrina, però, la logica dell'ordinamento; nella quale essa mal si colloca: α) sia perché essa evoca la titolarità delle cose comuni da parte di tutti gli uomini e non –soltanto– da parte di tutti i cittadini (come si deve intendere nel lessico della Cassazione), β) sia perché essa evoca la titolarità delle cose comuni direttamente da parte delle persone uomini/cittadini e non da parte della persona 'Stato' (come, invece, vuole l'ordinamento italiano: art. 42 della Costituzione, sopra citato)».

la cui ispirazione fondamentale è la *utilitas singulorum*[19]. Parallelamente, le persone pubbliche risultano essere esclusivamente persone giuridiche, appunto lo Stato e gli Enti che lo compongono, la cui ispirazione fondamentale è la forza per la regolamentazione del *bellum omnium erga omnes*. Stiamo parlando di una elaborazione medievale[20], ottimizzata per i tempi odierni[21] e a cui si è inutilmente tentato di assegnare compiti 'sociali'[22].

Sotto il profilo del diritto processuale, l'attribuzione della 'proprietà' dei beni demaniali come l'acqua allo Stato implica la attribuzione esclu-

[19] G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., Cap. 1. Caratteristiche, inadeguatezza e crisi della concezione e del regime giuridici dell'acqua negli ordinamenti odierni positivi, § c. Elementi negativi, di inadeguatezza sostanziale e processuale dell'ordine giuridico odierno nazionale e inter–nazionale: economicistico–privatistico e statualistico–positivo: «Il diritto odierno positivo dell'acqua, più in generale: il diritto odierno positivo delle 'cose' (e, ancora più in generale: il diritto odierno positivo) è, infatti, caratterizzato, come abbiamo visto, dalla concezione economicistica della realtà, della quale concezione il diritto stesso si pone al servizio, con una combinazione di strumenti –soltanto apparentemente contraddittoria– privatistici e statualistici. Il meccanismo logico è ferreo: poiché le uniche persone 'vere', non "fittizie/artificiali", cioè gli uomini, sono esclusivamente persone private, la cui ragione unica è la utilità individuale propria a ciascuno di essi (la *utilitas singulorum*) e il cui fine unico è il perseguimento di quella utilità, corrispondentemente, le persone pubbliche devono, invece, essere esclusivamente persone giuridiche, cioè lo Stato nonché gli altri Enti pubblici costituiti dagli Stati come loro di–partimenti o come loro unioni, la cui ragione unica è la forza ed il cui fine unico è la regolamentazione del *bellum omnium erga omnes*, postulato come originario e insopprimibile tra quegli uomini–privati, interamente tesi alla- e assorbiti dalla soddisfazione di quella loro *utilitas*».

[20] Così G. ASTUTI, "Acque. Introduzione storica generale", in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, p. 348.

[21] G. LOBRANO, Res publica res populi. *La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, pp. 245 ss.

[22] Sul punto si veda G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., nt. 14: «Il 'Welfare State', iniziato con le prime assicurazioni sociali, volute da Bismark nel 1880 (P. Flora e J. Alber, Sviluppo del Welfare State e processi di modernizzazione nell'Europa occidentale, in P. Flora e A.J. Heidenheirmer [a cura di], Lo sviluppo del Welfare State in Europa e in America, Bologna 1983, 12), peraltro interpretato anche come forma di controllo di quelle parti della popolazione che il progresso capitalistico mette da parte come inutile, incapace o inadatta (Y. Meny e J.C. Thoenig, Le politiche pubbliche, Bologna 1991, 25 ss.) è entrato in crisi appena cento anni dopo, con la svolta secca della amministrazione statunitense del presidente Reagan (G. Amato, Democrazia e redistribuzione, Bologna 1983, 95 ss.), che traduce in atti di governo la critica alle teorie keynesiane da parte degli economisti della cosiddetta 'scuola di Chicago': Milton Friedman, padre del 'monetarismo', George Stigler, teorico della 'deregolamentazione', e Ronald Coase studioso dei costi di transazione e dei diritti di proprietà, i quali riprendono la linea degli illuministi scozzesi (v., infra, nt. 26). A questa stessa linea può ricondursi il filosofo italiano del diritto, Bruno Leoni, il quale, in un saggio scritto in inglese nel 1961 (La libertà e la legge, tradotto in italiano soltanto nel 1994) propugna il ricorso alla 'common law', in quanto più consona ai diritti individuali e alle esigenze del mercato».

siva del potere della loro tutela alla autorità amministrativa[23]. Ne consegue che la disciplina per la tutela dell'acqua 'pubblica/statale' è inadeguata[24]. Si deve però osservare che tale sorta di inadeguatezza deriva dalla impossibilità dello Stato (*persona ficta* e/o *artificialis*)[25] di individuare una *utilitas* propria ('*publica*') da perseguire.

Quanto ora detto vale anche nel contesto internazionale e/o sopranazionale[26].

## D. DALLA CRISI DEGLI ORIENTAMENTI POSITIVI ALLA RISCOPERTA DEL DIRITTO ROMANO

Per far fronte alla accennata inadeguatezza degli ordinamenti giuridici, si tenta di correggerli 'innestandovi' categorie che però sono del tutto estranee essendo di matrice romanistica[27].

Sotto il profilo del diritto sostanziale, la dottrina, la giurisprudenza[28], e la legislazione[29], hanno introdotto nel nostro ordinamento la categoria dei

[23] Si veda Artt. 822 s. e 824 ss. c.c.

[24] Si veda M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di* res publicae, Torino 1999, p. 15.

[25] G. LOBRANO, "Dell'*homo artificialis - deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi", in A. Loiodice-M. Vari, a cura di, *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Roma 2003; ID., "La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà". Una ìpo-tesi (mendeleeviana)", in *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012.

[26] Sulle differenze tra ordinamento internazionale e ordinamento sopranazionale si veda P. CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, Torino 1965. Sulle implicazioni conseguenti alla inadeguatezza dei sistemi nazionali e internazionali si è espresso G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., Cap. 1. Caratteristiche, inadeguatezza e crisi della concezione e del regime giuridici dell'acqua negli ordinamenti odierni positivi, § c. Elementi negativi, di inadeguatezza sostanziale e processuale dell'ordine giuridico odierno nazionale e inter–nazionale: economicistico–privatistico e statualistico–positivo: «Occorre però integrare questa prima osservazione con la osservazione che tale sorveglianza è "cronica e incessabilmente inadeguata" non (o, quanto meno, non soltanto né principalmente) per l'altro luogo comune costituito dalla affermazione (invece empirica e volgare) della inefficienza/inefficacia connaturata agli apparati pubblici ma –come abbiamo appena rammentato– per la impossibilità ontologica del soggetto Stato (*persona ficta* e/o *artificialis*) di individuare una *utilitas* propria ('*publica*') e, quindi, per la evanescenza intrinseca, nel contesto degli ordinamenti statuali, della stessa costruzione teorica della utilità pubblica, che quegli apparati dovrebbero perseguire e tutelare. Per la stessa e a maggior ragione, il regime di tutela dell'acqua è inadeguato anche all'esterno dello Stato, per la debolezza ontologica e la evanescenza intrinseca del diritto internazionale: diritto di sole persone–Stati e circoscritto a –poche– consuetudini e agli accordi fra Stati (*pacta*), senza la possibilità di invocare criteri giuridici superiori (sopra–nazionali) non soltanto per la integrazione delle consuetudini e dei *pacta* ma persino per le loro valutazione e interpretazione sistematiche».

[27] Come già abbiamo visto con la Sent. della Corte Cost. del '44, la quale ha inserito nell'ordinamento italiano la categoria delle "*res communes omnium*".

"beni ambientali", la cui titolarità oscilla tra quella tipica dei 'beni pubblici'/statali e quella tipica dei "beni non necessariamente economici" perché "senza titolare" in quanto cd. "diffusi".

L'ONU ha definito, correggendo la linea della Corte di Cassazione italiana, le risorse del suolo e del sottosuolo del mare internazionale come "patrimonio comune dell'umanità" non suscettibile di appropriazione. L'impiego di queste risorse è valido solo per scopi pacifici ed è sovrainteso dalla Autorità Internazionale dei Fondi Marini[30]. Questa disciplina intende salvaguardare gli Stati più poveri ed è stata concepita sulla base del concetto di 'sfruttamento parallelo'[31].

La nozione di "beni ambientali" e la nozione di "patrimonio dell'umanità" risultano così in conflitto con gli ordinamenti giuridici moderni: 1) dal punto di vista della concezione dei beni, la quale li riduce ai beni economici, nonché 2) dal punto di vista della concezione del sistema delle persone, la quale riduce gli uomini alle persone private essendo persone pubbliche soltanto lo stato e gli Enti che da esso prendono vita[32].

Sotto il profilo del diritto processuale è stato inerito nell'ordinamento italiano un altro istituto di matrice romanistica: l'*actio popularis*.

La *actio popularis* è stata inserita nell'ordinamento giuridico italiano non per la tutela dei beni ambientali in generale o dell'acqua nello specifico, ma precisamente nell'"Ordinamento delle autonomie locali" come isti-

---

[28] Circa la Giurisprudenza si veda CdS 253/1973.

[29] Si veda ad es. D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della L. 8 ottobre 1997, n. 352", in part. il Tit. II "Beni paesaggistici e ambientali".

[30] Artt. 156 ss. Conv. Montego Bay, cit.

[31] Art. 158 Conv. Montego Bay, cit.

[32] Sul punto si veda G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., Cap. 1. Caratteristiche, inadeguatezza e crisi della concezione e del regime giuridici dell'acqua negli ordinamenti odierni positivi, § d. Segni di crisi di tale ordine e orientamenti positivi di innovazione: la ricomparsa del diritto romano: «Sul piano del diritto processuale, è da segnalare la introduzione nell'ordinamento giuridico italiano (ma non soltanto in esso) di un altro istituto proprio del Diritto romano: la azione popolare, la *actio popularis*, cioè la azione che può essere promossa da chiunque (*quivis de populo*), indipendentemente da un rapporto di credito o reale nei confronti della persona o della cosa contro o per cui si agisce. La nozione di "beni ambientali" e la nozione di "patrimonio dell'umanità" entrano in conflitto con entrambe le caratteristiche–limite degli ordinamenti giuridici odierni: α) la concezione delle cose/beni, che li riduce ai beni economici, e β) la concezione del sistema delle persone, che riduce gli uomini a privati e il pubblico a Stato. Viene, infatti, forzata la nozione delle cose oggetti di diritto, verso la estensione a cose non di natura economico/patrimoniale né passibili di diritti soggettivi di proprietà. Viene, inoltre, forzato il sistema delle persone soggetti di diritto, aprendo la strada sia ad una nozione non esclusivamente privata degli uomini e non statuale della personalità pubblica sia alla comprensione di un 'soggetto di diritto' collettivo, la "umanità", nuovo, diverso, esterno e superiore rispetto allo 'Stato'».

tuzione municipale[33] per consentire a ciascun elettore di fare valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al Comune[34]. Le norme in materia ambientale hanno sottolineato che «L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo», limitando l'intervento dei cittadini alla mera possibilità di «denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza» e/o «intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi»[35]. Nonostante questi limiti, la *actio popularis* è stata considerata lo strumento più efficace per la tutela dell'ambiente e quindi anche dell'acqua. La attuale tendenza alla (re)introduzione della "azione popolare"[36] implica la sostituzione della equazione hobbesiana "popolo = Stato" con la equazione giustinianea "Popolo = tutti i cittadini"[37].

A questo punto, la crisi sopra accennata è ancor più evidente, questo perché al dominio nel diritto positivo delle logiche 'privatistiche ed economicistiche' e 'statualistiche e positiviste' corrispondono, in maniera contrastante: 1) a livello interno la comparsa di un diritto pubblico degli uomini, il quale si pone accanto ad un diritto pubblico dello Stato, e 2) a livello sopranazionale la comparsa di un diritto internazionale, il quale, oltre allo Stato, considera anche gli uomini meritevoli di impiego di strumenti processuali di tutela dell'ambiente in generale e dell'acqua in particolare[38].

---

[33] Si veda L. n. 142/1990 e ulteriori modifiche (es. Leggi 120 e 265 del 1999).

[34] Art. 7 «Azione popolare, diritti d'accesso e di informazione ai cittadini. § 1. Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune».

[35] Art. 18 L. n. 349 del 1986 del Ministero dell'ambiente e ulteriori modifiche (es. Leggi 265 del 1999; 388, 2000 e 93 del 2001).

[36] Si veda la considerazione di G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., nt. 21: «E' assolutamente notevole che l'art. 7 (introduzione della azione popolare nell'ordinamento comunale) è inserito nel Capo II della legge, rubricato "Partecipazione popolare" e costituito di tre articoli, 6, 7 e 8, di cui il primo disciplina la "Partecipazione popolare" e il terzo il "Difensore civico": la riproposizione di elementi strutturali importanti del sistema giuridico repubblicano romano è tanto più straordinario in quanto –apparentemente– non programmato e –forse– neppure avvertito dal legislatore».

[37] Sulla equazione Popolo = *cives*, si veda P. CATALANO, Populus Romanus Quirites, Torino 1974.

[38] Sulle implicazioni circa la introduzione dell'*actio popularis* si veda G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico–sistematica e *de iure condendo*", cit., § d. Segni di crisi di tale ordine e orientamenti positivi di innovazione: la ricomparsa del diritto romano: «Siamo, dunque, dinnanzi alla crisi, cioè a fenomeni di incrinatura della logica privatistico/economicista e statualistica/positiva sia negli ordinamenti nazionali, con la comparsa di un diritto pubblico degli uomini accanto al diritto pubblico dello Stato, sia nell'ordinamento inter–nazionale, con la comparsa di un diritto so-

## CONCLUSIONI

Si auspica che gli 'innesti' istituzionali descritti non siano meramente episodici, bensì che da parte della scienza giuridica se ne abbia la giusta considerazione onde evitarne la 'non radicazione' e conseguirne anzi la necessaria promozione.

A questo fine aiuta ricordare il 'fatto' che tali 'innesti' sono presi dal "sistema giuridico romano", "programmaticamente dimenticato"[39] nell'Ottocento e ancora ai giorni nostri, dopo esser stato il riferimento dell'ordine giuridico fino al *Code Napoléon* del 1804.

*Др Ђовани Карло Сеазу*

Катедра за правне науке Универзитета у Сасарију, Италија

## ЗНАЦИ КРИЗЕ ДРЖАВНИХ И МЕЂУНАРОДНИХ ПРАВНИХ РЕЖИМА ВОДА
## КРАТКА И ПРЕЛИМИНАРНА РАЗМАТРАЊА ЗА ЈЕДНО ИСТРАЖИВАЊЕ О КОРИШЋЕЊУ ВОДЕ ИЗМЕЂУ РИМСКОГ И САВРЕМЕНОГ ПРАВА

*Сажетак*

У савременим правним системима постоје категорије како "субјекта права" / "лица", тако и "објекта права" / "ствари", и у ово последње се сврставају водена добра.

Категорија 'ствари' има смисла на плану права само ако над овима лица могу да врше "субјективно право"; таква хипотеза говори о "економским добрима". Ствари које пак не могу бити предмет апропријације генерално гледано немају значаја на плану права.

Државна добра се деле на "имовинска добра којима се може располагати" и на "колективна добра" или "имовинска добра којима се не може располагати". Прва су она која могу бити предмет приватне својине, друга су она која не могу бити предмет приватне својине. Међу колективним добрима се истичу: колективна морка добра (обале, плаже, луке итд.) и колективна водена добра (реке,

pra–nazionale, il quale pure 'vede' gli uomini e non –soltanto– gli Stati, e con la individuazione di strumenti corrispondenti di tutela processuale».

[39] Impiego una espressione di P. CATALANO, "Un concetto dimenticato – potere negativo", in *Aggiornamenti sociali*, 9-10, 1994.

бујични водотокови, језера, извори који потичу од падавина ако је то у јавно интересу итд.).

Унутар ових имовинских добара којима се не може располагати улазе минералне и термалне воде, док су оне "унутрашње" приватна својина.

**Кључне речи:** *Ствари, својина, заједничке ствари, лица, вода*.

*Dottore di ricerca Giovanni Carlo Seazzu, LL.D.*

Department of Law of the University in Sassari, Italy

## THE SIGNS OF CRISIS OF THE LEGAL REGIMES OF INTERNAL AND INTERNATIONAL WATERS A SHORT AND PRELIMINARY OBSERVATION FOR THE PURPOSE OF A RESEARCH ON THE USE OF WATERS IN THE ROMAN AND THE CONTEMPORARY LAW

*Summary*

Modern legal systems differentiate between subjects of law/persons and objects of law/things, the latter including bodies of water.

The category of things makes legal sense only if one can exercise „subjective law" over them: such a hypothesis discusses „economic assets". Things that cannot be appropriated have, generally speaking, no relevance in law.

State-owned property is divided into that which can be disposed of and the state-owned property that cannot be disposed of. The former can be privately owned, whereas the latter cannot. Categories of state-owned property that particularly stand out are maritime property (shores, beaches. ports etc.) and state-owned waters (rivers, torrential rivers, lakes, groundwater–if this is in the public interest, etc.). State-owned property that cannot be disposed of includes mineral and thermal waters, whereas the „internal" ones fall into the category of private property.

**Key words:** *Things; Property; State-owned; Persons; Water*.

УДК/UDC 34(37):070(497.11)“18“
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

*Др Урош Станковић, асистент са докторатом*

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

# РИМСКО ПРАВО У СРПСКОЈ ШТАМПИ ПРЕ ОБЈАВЉИВАЊА *ИНСТИТУЦИЈА ЈУСТИНИЈАНОВОГ РИМСКОГ ПРАВА* РАЈКА ЛЕШЈАНИНА

*У раду су приказани помени римског права у српској периодици до 1857. године објављивања првог уџбеника римског права на српском језику. Анализирани су сви текстови у којима се помиње римско право, било да су стручног или забавног карактера. Аутор је разврстао прикупљене податке према сродности, укратко препричао садржину обједињених података и пружио неопходна објашњења.*

**Кључне речи:** Римско право; Српска штампа; Романистика.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Почетак српске романистике везује се за 1857. годину, када је професор Римског права на београдском Лицеју Рајко Лешјанин објавио први уџбеник из тог предмета на српском.[1] Формалном почетку неке научне дисциплине по правилу претходе њени прапочеци, што је био случај и са српском романистиком. И пре Лешјаниновог уџбеника римско право се појављивало у српском „књижеству”, и то континуирано већ од друге деценије XIX века. Пажљиви посматрач уочио би да су се читаоци српске литературе од 10-их до 30-их година тога столећа с правним системом Римљана углавном могли упознати кроз

Урош Станковић, *u.stankovic@pf.uns.ac.rs*.

[1] Излазак Лешјанинових *Институција Јустинијановог римског права* обзнањен је у *Србским новинама*, бр. 41 од 11. IV 1857, тако да ће се и наше излагање завршити с тим датумом. Детаљније о овом уџбенику вид. у В. Цветковић Ђорђевић, *Развој романистике код Срба од средине 19. до средионе 20. века*, Зајечар 2022, 37–50.

узгредне пабирке о њему присутне у штивима о римској историји,[2] док се 40-их и 50-их може наићи и на опширнија излагања о римском праву, која су се поред историографије тада могла срести и у правној литератури. Римско право попуњавало је, разуме се, ступце и монографија и периодичних публикација. Будући да обим објављених текстова не дозвољава да читаоцима сви тадашњи помени римског права буду представљени у виду чланка, одлучили смо да се пред њима нађу само тематски разврстани помени римског права у периодици, док ће предроманистика из монографских публикација[3] бити обрађена другом приликом.

## 2. РИМСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ВЛАСТИ

Уџбеници римског права редовно започињу поглављем о организацији власти старог Рима, па ће се тог устаљеног обичаја држати и писац ових редова. Уобичајено је, такође, да почетак горе наведеног поглавља буде периодизација римске историје. С њом је читалачку публику *Вестника*, званичног органа Српске Војводине, упознао Антун Стојановић, градоначелник Осијека 1869–1883, како сам каже, „Србин католик” који се 1848. код Главног одбора залагао за пуштање Јакова Игњатовића из притвора у који је доспео због сумње да је мађарски ухода. Стојановић пише да је доба краљева трајало од 754. до 510. п. н. е., република од 510. п. н. е. до 30, а царство од 30. до 476.[4] Иако временска подела римске повеснице не спада у теме од круцијалног значаја за романистику, ваља се накратко задржати на два занимљива детаља. Први је то што аутор чланка у „царство” убраја принципат и доминат, што и није посебно необично, ако се има у

[2] Изузетке представљају чланци „Краткое обозрѣіе положителных прав и ихъ происхожденія”, објављен у првој свесци Матичиног *Летописа* за 1828 (стр. 70–78), и „Казни и погубленія законопреступника кодъ древны народа до Константіна Великогъ првогъ цара христіанскогъ”, чији је аутор калски парох Теодор Оџић, који је изашао у три наставка у *Магазину за художество, књижество и моду* (даље: МХКМ) за 1839 (бр. 40 од 18. V, бр. 42 од 25. V и бр. 43 од 28. V).

[3] Међу којима по значају треба издвојити чувени полемички спис Павла Шероглића *Реплику на одговоръ господина Милоша Светића у Утуку III. єзыкословноме* (1847) и, нарочито, први и једини коментар Српског грађанског законика – *Обясненѣ Грађанскогъ законика за Княжество србско* I–III Димитрија Матића (1850–1851). „Законикъ цара србскогъ Стефана Душана Силногъ, сравнѣнъ са старимъ земальскимъ уредбама у Чешкой”, превод на српски расправе чешког политичара и историчара Франтишека Палацког („Srovnání zákonův cara Stefana Dušana srbského s nejstaršími řády zemskými v Čechách“, *Časopis Čekeho Museum* 1/1837, 68–110) који је сачинио Милош Поповић објављен је и у виду књиге и као чланак у другој свесци *Гласника Дружтва србске словесности*, а у раду ће бити третиран као ово друго.

[4] А. Стојановић, „Мысли о републики у Европи у 19-омъ столѣтію”, *Вѣстникъ*, бр. 2, 6. I 1849, 5.

виду да се и данас римски принцепси у литератури називају царевима и да се оба периода одликују јаком фигуром владара. Осим тога, за граничну годину републике и царства писац не сматра 27. п. н.е., када је Октавијан Август од Сената добио титулу августа, већ 30. п. н. е., што би значило да је Стојановић сматрао да се република завршава годином када је први пронцепс после самоубиства Марка Антонија неспорно засео на римски трон.

У доба краљева, каже аутор чланка „Поглед у стару историју старе Грчке и Рима”, објављеног у наставцима у *Србским новинама* за 1854, рекс је имао монархијску власт, али га је ограничавала народна скупштина. Оснивање Сената у тексту се приписује Ромулу, што значи да се држао предања забележеног код Тита Ливија.[5] Аутор је читалачкој публици као надлежност сенатора представио предлагање закона, о којима се изјашњавала „општа скупштина”, што би се могло протумачити једино као куријатска. Због оскудности извора о најранијем периоду римске историје, тешко је проверити исправност тврдњи с њим у вези, али ипак треба истаћи да у литератури влада став да су Сенат и куријатска скупштина у доба краљева могли да учествују у доношењу закона. Међутим, у преводу Салустијевог списа о Катилининој завери из пера младог правника Петра Теодосијевића, једног од израза „класикољубиве” уређивачке политике Матичиног *Летописа* стоји да су очеви, како су сенатори називани у доба краљева, „водили старост” о Риму. Доба краљева завршило се, вели Салустије, кад се краљевска власт изврнула у „надменост и тирјанство”. Јасно је да се у овом одломку алудира на непочинства последњег рекса Тарквинија Охолог.[6]

Организација власти у време републике добила је много простора у српској периодици. Њени читаоци су из објављених текстова могли стећи знања о магистратурама и Сенату.

Непотпун и нетачан приказ римског *cursus honorum*-а пружа чланак свештеника и историчара Венијамина Бороцког „Стари Римляна и други народа закони, и начинь у воспитанію деце” (трећа свеска Матичиног *Летописа* за 1834). Према тврдњи аутора, надзорник деце

[5] Види Тита Ливија.

[6] „Продолженіе превода изъ К. Саллустія”, *Сербскій лѣтиописъ* (даље: СЛ) 4/1831, 139; „Погледъ у стару исторію Грчке и Рима”, *Србске новине* (даље: СН), бр. 126, 30. X 1854, 225–226; Frank Frost Abott, *A History and Description of Roman Political Institutions*, Boston – New York – Chicago – London 1907, 17.

је био важан магистрат, и вршилац те функције могао је да се нада напредовању у конзула, диктатора или цензора.[7]

У погледу организације власти у републици, у првом преводу Салустијевог списа на српски наводи се да је успостављено „годишње владеније, са два владатеља”.[8] Ова Салустијева тврдња не изискује напорно истраживање, будући да се на први поглед препознаје да је реч о једногодишњем мандату римских магистрата, односно двојици конзула, који се у српској периодици тога доба због присутне моде србизовања страних израза понекад називају „верховним саветником”, што би значило да су етимологију „конзула” доводили у везу са латинским глаголом *consulere* (саветовати), што се чини и данас.[9]

Највиша римска редовна магистратура била је тема и других чланака. У „Погледу на стару историју” пронаћи ће се тврдња да су током републике конзули обављали извршну и судску власт, и да су се у вршењу ове последње ослањали на своју памет. Конзули заиста и јесу били надлежни за суђење, до увођења функције претора (367. п. н. е.), а аутор управо о том времену и говори. У *Новинама сербским* Димитрија Давидовића је од 17. XI 1815, уз осуду говорника, објављен говор посланика француског Дома перова грофа Ланжинеа против нацрта закона о побуни, који је садржао и податак да је у старом Риму постојала изрека *Caveant consules*. Треба се подсетити да њен наставцак гласи *ne quid detrimenti res publica capiat* („нека се конзули побрину да држава не претрпи никакву штету”) и да је та формулација била део *senatus consultum ultimum*-а, одлуке Сената о постојању крајње опасности, на основу које је један од конзула именовао диктатора.[10] С тим у вези треба прихватити став групе аутора потписане као уреднике зборника *Consuls and Res Publica: Holding High Office in the Roman Republic* (*Конзули и Res Publica: обављање високе дужности у римској републици*) да је помињање конзула у сенатској одлуци представљало наглашавање његове важне улоге у васпостављању

[7] В. Бороцки, „Стари Римляна и други народа закони, и начинь у воспитанію деце”, СЛ 3/1834, 94–103. Редослед магистратура вид. у Ž. Bujuklić, *Forum Romanum: rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2010, 263–264.

[8] „Продолженіе превода...”, 140.

[9] „Преводи прости: изъ М. Туллія Ціцерона, санъ Сціпіоновъ”, *Сербска пчела или Новый цвѣтникъ за год. 1830*, 86; А. А. А., „Юніи Брутусъ као верховный совѣтникъ, и судія свои сынова: смертъ нѣгова”, СЛ 8/1833, 86; M. de Vaan, *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*, Leiden–Boston 2008, 131.

[10] Од Салустија се може сазнати да је такву одлуку Сенат донео после откивања Катилинине завере. Вид. П. Теодосијевић, „Изъ К. К. Саллустіа о войни Катіліне”, ЛМС 3/1833, 101.

нарушеног реда и мира.[11] Текст о римском календару, који је освануо у трећем броју *Сербског народног листа* за 1838, садржи и напомену да су Римљани рачунајући време уз годину бележили име конзула који су те године били на власти. Овој познатој чињеници додали бисмо да је почетак мандата конзула до 153. п. н. е. био покретан (мајске Календе или Мартовске иде), а да се од тада устаљује на 1. јануару.[12]

За романистику најважнијег магистрата – претора, дотиче се само чланак Теодора Оџића, каласког пароха, о врстама казни код старих народа до Константина Великог. У том раду истиче се да су претори били редовни суд у кривичном поступку. Пошто нема места за дискусију о умесности поделе римских кривичних судова на редовне и ванредне, овде ћемо рећи само да је претору као магистрату с империјумом припадало право кажњавања, да је једно од његових овлашћења у управљању провинцијама било и суђење у кривичним стварима и да је често улазио у састав колегијалних кривичних судова.[13]

О плебејским трибунима писано је у суперлативима. Из „Погледа на стару историју Грчке и Рима” читалачка публика могла је да сазна да је та функција установљена 492. и да је плебејских трибуна у почетку било пет, а затим десет. Та сазнања била би погрешна, јер се настанак трибуната везује за 494. п. н. е., када се догодила прва сецесија плебејаца, а трибуна је најпре било два, па четири, а од 457. п. н. е. десет.[14] Насупрот томе, исправан је навод да су плебејски трибуни могли да уложе вето на одлуке Сената и наредбе конзула. Да су трибуни проглашењни за свете и неприкосновене и да се напад на њихову личност кажњавао смрћу, могло се прочитати у преведеном фрагменту из четрнаесте главе Монтескјеових *Разматрања о узроцима*

[11] H. Beck *et al.*, „The republic and its highest office: some introductory remarks on the Roman consulate”, in: *Consuls and Res Publica: Holding High Office in the Roman Republic* (eds. Hans Beck, Antonio Duplá, Martin Jehne and Francisco Cina Polo), New York 2011, 8.

[12] „Смѣсице политическе”, *Новине сербске изъ царствующега града Віенне* (даље: НС), бр. 255, 17. XI 1815, 1020; „Календаръ стары Римляна”, *Сербскый народный листъ*, бр. 3, 14. I 1838, 20; „Погледъ у стару...”, 226; Ž. Bujuklić, 252–253, 287; F. Pina Polo, *The Consul at Rome: the Civil Functions of the Consuls in the Roman Republic*, New York 2011, 15.

[13] Т. Оџић, МХКМ, бр. 40, 18. V 1839, 154; T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 142; F. Longchamps de Bérier, „The praetor as a promoter of bonum commune”, *Legal Roots* 3/2014, 224–226; T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic* II, New York 2000, 418– 424, 634.

[14] У чланку нема додатка „п.н.е.”.

*величине Римљана и њиховог опадања* (1734),[15] објављеном 17. XII 1844. у *Сербском народном листу*.[16]

Цензор је у текстовима скромно заступљен. В. Бороцки у свом чланку цитира писмо цара Марка Аурелија Полиону, у којем владар хвали некадашњи добар обичај Римљана да цензори обилазе провинције како би извидели чува ли се у њима правда, у којем је стању република и узму заклетве верности Риму. На један од примера примене цензорових овлашћења наилазимо у Теодосијевићевом преводу Салустија: цензори су, наиме, једног од завереника, Квинтилија Курија, искључили из Сената због неког нечасног дела, а то право им је припадало према Овинијевом закону (*Lex Ovinia,* 31– 312. п. н. е.).[17]

Од ванредних магистратура у штампи је писано о диктатору, дуовирима и децемвирима.

Римски диктатор, у једном преводу из Цицерона у *Сербској пчели* за 1830. назван „мира и војни приказатељ” (налогодавац, примедба У. С.) спомиње се у чланку „Отворанѣ законодатства у Француской” из 32. броја *Србских новина* за 1852. Текст представља поређење између власти Наполеона III према нацрту измена француског устава из 1852. и римског диктатора. За овог последњег аутор чланка тврди да је у себи обједињавао власт двојице конзула, да му је мандат трајао шест месеци,[18] да се за време његовог мандата нису сазивале „курије” (дакако, куријатска скупштина) и плебејски трибуни и да није могао да управља јавним новцем. Прецизности ради треба нагласити да именовање диктатора није за собом повлачило укидање осталих магистратура, али да он није морао да уважи ни *provocatio ad populum* (до 300. п. н. е.), право римског грађанина да кривичну пресуду магистрата оспорава на скупштинама, ни вето плебејског трибуна (до 363. п. н. е.). Осим тога, Сенат је и у ванредним околностима морао да одобри сваки издатак на терет државне касе.[19]

Дуовири су, каже се у чланку Теодора Оџића у *Магазину за књижество, художество и моду*, представљали ванредни кривични суд.

---

[15] У оригиналу: *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*,

[16] „Рим после Августа, на угледъ садашньости”, СНЛ, бр. 50, 17. XII 1844, 394; „Погледъ у стару...”, 226; Ž. Bujuklić, 734–736.

[17] В. Бороцки, 99; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1991, 538.

[18] М. Де Вилде примећује да се од времеснког ограничења мандата диктатора шест пута одступило. Вид. Marc De Wilde, „The Dictator’s Trust: Regulating and Constraining Emergency Powers in the Roman Republic”, *History of Political Thought* 4/2012, 561.

[19] „Отворанѣ законодатства у Француской”, СН, бр. 32, 15. III 1852, 113; Ž. Bujuklić, 288; M. De Wilde, 560– 561.

Мисли се свакако на магистартуру по имену *duoviri perduellionis*, двојицу изабраних чиновника који су вршили истрагу за кривична дела издаје и побуне. Постанак те магистратуре смешта се у почетак републике, иако постоје мишљења да је у римском правном животу била и у доба краљева.[20]

О децемвирима који су то име прославили – састављачима Закона XII таблица, биће речи у наредном одељку. На овом месту пак ваља издвојити драгоцену објашњујућу фусноту из чланка у *Новинама сербским* од 5. XII 1817. о проналаску обрасца за мере на којем је било написано да је сачињен по налогу децемвира у Помпејима. Аутор је нашао за сходно да напомене да су децемвири били колегија која је „400. године пре Христа” владали Римом уместо конзула, али да је то касније био назив за сваку десеточлану комисију.[21] У Риму су стварно постојали и други децемвири изузев аутора Закона XII таблица: *decemviri litibus iudicandis* (суд за спорове о статусима људи), *decemviri agris dandis assignandis* (комисија за деобу *ager publicus*-а), *decemviri sacris faciundis* (колегија задужена за чување Сибилиних књига и организовање светковина посвећених Аполону).[22]

За Сенат се у „Погледу у стару историју” нетачно каже да је у републици имао законодавну власт; његове одлуке – *senatus consulta* имале би законску снагу само ако се нађу у едикту магистрата или закону. Превод „Рим после Августа” садржи и Монтескјеову тврдњу да Сенат током републике није судио појединцима, већ само за кривична дела извршена у саучесништву, тако што би окривљенима судио „одбор” који је именовао народ. Могуће је да је чувени француски филозоф мислио на *questiones extraordinariae*, условно речено ванредне судове образоване одлуком сената или народа који су судили за тешка кривична дела, међу којима је било и оних с великим бројем извршилаца, попут следбеника бога Баха због чијих је саблажњавајућих недела 186. п. н. е. формиран један такав *ad hoc* кривични суд.[23]

Судећи по њеној заступљености у српској штампи, за организацију власти у осталим раздобљима римске историје уредници су проце-

[20] Т. Оџић, МКХМ, бр. 40, 18. V 1839, 154; A. Berger, 446; Ž. Bujuklić, 305.

[21] НС, бр. 98, 5. XII 1817, 781.

[22] A. Berger, 425; Ž. Bujuklić, 274.

[23] „Рим после Августа”, 394; „Поглед у стару...”, 226; Ž. Bujuklić, 673; G. Mousorakis, „Crime, Criminal Justice and Jury Courts in Late Republican Rome”, одломак из дела истог аутора *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Heidelberg – New York – London 2015, *https://www.researchgate.net/publication/368292215_Crime_-Criminal_Justice_and_the_Jury_Courts_in_Late_Republican_Rome#fullTextFileContent* (приступљено 15. V 2023).

нили да читалаштву не би била занимљива. У преведеном фрагменту из четрнаесте главе Монтескјеових *Узорка* може се прочитати да је принцепс присвојио овлашћења плебејских трибуна, што одговара истини, јер је већ Октавијан Август имао доживотну *tribunicia potestas*, коју Е. С. Груен карактерише као овлашћење без положаја, на којем се цар, као патрицијe, није могао ни наћи[24] и да је Сенату цар Тиберије поверио суђења за увреду величанства (*crimen laesae maiestatis*). Своју расправу о републици као државном уређењу, А. Стојановић завршава питањем зашто је Римљани нису васпоставили после Неронове или Домицијанове смрти, на које сам одговара да је то било немогуће због „старости и слабости” старих Римљана.[25]

У опису организације власти на подручја ван Рима код В. Суботића помешане су чињенице из различитих периода римске историје. Аутор пише да су префектуре биле римске административне јединице у Италији, а да су се провинције налазиле ван ње. Преторске префектуре, највеће административне области Рима током домината, обухватале су простор целе империје, а провинције су уистину и осниване ван Апенинског полуострва. Суботић додаје и да су провинцијама управљали магистрати које у њих пошаље римски Сенат, и у тој тврдњи се могу препознати промагистрати – проконзул и пропретор, који снабдевени *lex*-om *de imperio* на поверену им територију одлазе на основу годишњег распореда сачињеног од Сената.[26] Монтескје је у *Узроцима* поменуо да Римљани покореним народима нису наметали римско право, и у томе био у праву – организација власти у провинцијама уређивала се *lex*-om *provinciae*, који Ж. Бујуклић описује као неку врсту устава/статута тих области, а становници провинција би своје евентуалне спорове решавали према домаћем праву. У литератури се може пронаћи и теза да су Римљани чак активно деловали на очувању права покорених народа.[27]

---

[24] E. S. Gruen, „Augustus and the Making of the Principate”, in: *The Cambridge Companion to the Age of Augustus* (ed. Karl Galinsky), New York 2005, 39.

[25] „Рим после Августа...”, 394; А. Стојановић, 5; Ž. Bujuklić, 737.

[26] У Теодосићевом преводу Салустија може се запазити податак да је Сенат Гаја Калпурнија Пизона послао као „квестора” у с „ове стране Шпанију”. Пизон је 66–65. п. н. е. обављао функцију проконзула у Нарбонској Галији. Вид. П. Теодосијевић, „Продолженіе повѣсти о созаклетію Катіліне изъ К. К. Саллустіа”, ЛМС 3/1832, 79. Детаљније о именовању управника провинција вид. J. Macdonald Cobban, *Senate and Provinces*, Cambridge 1935, 71–98.

[27] В. Суботић, 140–141; В. Суботић, „О средствама, сь коима се Римляни послуживали да себи све друге народе подвергну”, СНЛ, бр. 32, 12. VIII 1843, 252; „Како су стари Римляни освоявали толике државе и покорили толике народе”, *Шумадинка*, бр. 12, 8. II 1855, 47. Ž. Bujuklić, 615– 616; K. Czajkowski, Benedikt Eckhardt, „Introduction” in: *Law in the Roman Provinces* (eds. Kimberley Czajkowski and Benedikt Eckhardt), New York 2020, 10.

## 3. ИЗВОРИ РИМСКОГ ПРАВА И ЊЕГОВА СУДБИНА ПОСЛЕ ПРОПАСТИ РИМА

Текстови из српске периодике посветили су велику пажњу изворима римског права. Из чланака се могу добити подаци о правним споменицима из свих периода развоја римског права.

Што се архаичног периода тиче, први помен долази из Вуковог алманаха *Данице* за 1834, где се јавља текст под називом „О законима”. Писац тог кратког чланка набраја знамените легендарне законодавце старих народа, у које сврстава и другог легендарног римског краља Нуму Помпилија. Тог рекса као великог законодавца описује и Јован Хаџић у писму којим кнеза Александра обавештава о завршетку рада на пројекту Српског грађанског законика, штампаном у *Србским новинама* од 29. I 1843, уз додатак да је краљево надахнуће у издавању закона била његова љубавница, нимфа Егерија. Хаџић би могао да циља на податак из Плутархове биографије Нуме Помпилија, у којима се могу пронаћи подаци да је према казивању неких легендарни краљ сахрањен са законима које је написао.[28]

Поред већ горе поменуте погрешне 400. п. н. е. као године именовања децемвира, у „Погледу на стару историју” среће се и 451. п. н. е. У првом наставку тог чланка исправно се наводи да су за време рада децемвира све остале магистратуре биле укинуте и да су се сваки дан смењивали у председавању колегијом.[29] Пошто су у причи о историјату доношења Закона XII таблица неисцрпне теме легендарни одлазак децемвира у Атину ради упознавања са Солоновим законима[30], у овај пасус може ући и занимљива прича како је једна римска „будала” захваљујући неспоразуму у значењу подигнутих прстију на руци нехотично надмудрила атинског филозофа послатог у Рим да испита јесу ли Римљани достојни преузимања законодавства овог славног полиса.[31]

Не именујући извор тог податка, аутор чланка „Шта је право?” помиње да су децемвири свој рад у виду десет таблица закона изнели на увид јавности, у чему може да се препозна писање Тита Ливија.[32] У

[28] „О законима”, *Даница: забавник за годину 1834*, 85; СН, бр. 9, 29. I 1843, 33; Plutarh, *Usporedni životopisi* I (preveo Zdeslav Dukat), Zagreb 1988, 128.

[29] Т. Ливије, *Историја Рима од оснивања града* (превела Мирослава Мирковић), Београд 1991, 178.

[30] Преглед схватања о историјској веродостојности мисије децемвира вид. у K. Moore, „Decemviral Commisssion to Greece: Fact, Fiction or Otherwise”, *Athens Journal of History* 2/2019, 123–134.

[31] „О законима”, 86–89; „Погледъ у стару...”, 226.

[32] Т. Ливије, 179.

српској периодици није заобиђен ни неславан крај децемвира, који је уследио након што је један од њих, осиони Апије Клаудије, отео плебејку Виргинију и тврдио да му је робиња. У „Погледу у стару историју” читалац је могао да види тврдњу да се Закон XII таблица у школама учио напамет, при чему се у тексту не указује на то да је податак потекао од Цицерона, великог поштоваоца те кодификације. Закон XII таблица је, према писцу чланка „Шта је право?” изродио теорију права.[33]

Чланак о византијском цару Јустину I и његовој породици из више делова, објављен у *Пештанско-будимском скоротечи* за 1842, обухватио је и ретке о његовом сестрићу Јустинијану, за којег је наведено да је кодификаторском подухвату приступио после својих великих освајања, због тога што је тадашње римско законодавство било исувише компликовано. То каже и сам Јустинијан у конституцијама које су претходиле издавању прве верзије првог дела његове кодификације (*De novo codice componendo* и *De Isutiniano codice confirmando*).[34] Израду Кодекса цар је дао у задатак десеточланој комисији на чијем је челу био Трибонијан, а тај део кодификације састојао се, према ауторовим речима, од царских „указа” издатих од Хадријана до Јустинијана. Овај чланак је ситан, али драгоцен прилог за огледе приликом изградње српске правне терминологије, будући да је аутор калкирао латинске термине *Institutiones* и *Corpus iuris civilis* као „Настављенија” и „Тело граждански права”.[35]

Кратак осврт на позитивна права, како би гласио део наслова чланка из Матичиног *Летописа* на савременом српском, заправо доноси и поглед у прошлост; у тексту се за Јустинијанову кодификацију каже да је настала у VI веку, да се зове *Corpus iuris civilis* и да ју је по царевој заповести саставио Трибонијан. „Institutiones” су се састојале из четири књиге у којима је укратко изложено цело римско право. Пандекте су обухватале 50 књига, и један њихов рукопис пронађен је почетком XII века у италијанском граду Амалфију, одакле је пренет у Пизу, а потом и Фиренцу. Тако изложеном путешествију најстаријег преписа Дигеста, познатом по имену *Littera Florentina*, нема се шта замерити, с тим што му не би било на одмет додати да је

[33] „Воспитаніє женскогѣ пола”, СНЛ, бр. 50, 8. XII 1837, 400; „Погледъ у стару...”, СН, бр. 129, 6. XI 1854, 239; „Шта је право?”, СН, бр. 124, 28. X 1852, 457; Д. Стојчевић, „Римљани и право”\, *Анали Правног факултета у Београду* (даље: АПФБГ) 2/1957, 175.

[34] Вид. у *Corpus iuris civilis*: *volumen secundum – Codex Iustinianus* (recognovit Paulus Krueger), Berolini MDCCCXCII, 1–2.

[35] „Іустинъ імператор и нѣгова породица или штогодъ за Серблѣ”, *Пештанско-будимскій скоротеча*, бр. 28, 1. X 1842, 167.

у „душу Италије” доспео као ратни плен почетком XV века и да се и данас врло брижљиво чува у библиотеци Медичи Лауренцијана.[36] Кодекс је, према слову „Кратког обозренија” имао 12 књига, а „Novellae” су биле сачињене од Јустинијанових „новијих” закона и уредаба. Ауторово казивање би ваљало допунити податком да је Јустинијан само најавио, али не и издао збирку закона донетих по окончању кодификаторског рада, и да се у најпотпунијем зборнику новела (*Грчкој колекцији*) налазе и закони издати у време Јустина II (565–578) и Тиберија II Константина (578–582).[37]

Понеки новински редак односио се и на делатност римских правника. Римски Форум после доношења Закона XII таблица аутор чланка „Шта је право?” описује као „бориште адвокатске вештине”, а Ф. Палацки, иначе ни изблиза присталица рецепције римског права, писао је да би уместо преузимања римског законодавства било боље да су реципирани начин изражавања и теорија права римских правника, који би требало да буду звезда водиља приликом стварања националних законодавстава. Помало изненађујуће, било је и оних који о римским јуриспрудентима нису имали лепо мишљење. Неименовани писац ненасловљеног чланка у *Србским новинама* од 4. X 1849. напада „Пацинијане” као квариоце римског права. Атак на великог римског јуриспрудента мотивисан је ауторовим ставом да се римско право покварило када су његово стварање у своје руке узели учени правници. Осим што би се у тој тврдњи могао препознати утицај учења историјскоправне школе, требало би је сместити и у унутрашњи контекст. Српском грађанском законику замерано је да не одговара народном духу и годину дана пре објављивања чланка, на Петровској скупштини, тражена је његова прерада којом би тај недостатак био отклоњен.[38] Томе треба додати и да аутор чланка у наставку текста помиње два нацрта законика о грађанском поступку објављена 1848, уз своје препоруке на којим начелима би требало да почива грађански поступак.[39] Иако то аутор изричито не каже, његово наравоученије је несумњиво да са закоником о грађанском поступку не треба поновити грешку направљену приликом израде СГЗ.

Римско право је после пропасти империје свој живот наставило у Византији, што није промакло аутору „Кратког обозренија”, који је

[36] G. Budé, „Jus, Justice and Dignity”, in: *Jus Gentium in Humanist Jurisprudence* (ed. Susan Longfield Karr), Leiden–Boston 2022, 43.

[37] „Краткое обозрѣніе...”, 74; T. G. Kearley, „The Creation and Transmission of Justinian’s Novels”, *Law Library Journal* 3/2010, 379, 387.

[38] *Сборникь законâ и уредбâ, и уредбены указа, изданы у Княжеству србскомь* IV, Београд 1849, 195.

[39] Ф. Палацки, 84–85; СН, бр. 107, 4. X 1849, 379.

навео да је у IX веку донет велики законски зборник Василике, за кога је познато да се заснивао на римском праву.[40] Цар Лотар II (1125–1137) је, према речима непотписаног аутора овог дела, одбацивши обичаје, прогласио римско право за важеће право на територији Светог римског царства. Аутор говори о тзв. Лотаријанској легенди, насталој у XVI, а раширеној у XVII веку да је поменути цар након освајања Амалфија 1135. наложио примену римског права у својој земљи.[41] Захваљујући томе што су Европљани стигли и до предела за које Римљани нису знали, римско право заживело је и у њима непознатој екумени.[42] У погледу тога који су конкретно извори римског права то постали и у новоформираним државама, текстови се разилазе. Док се у чланку „Шта је право?” нетачно наводи да су то били Закон XII таблица и Јустинијанова кодификација, неименовани писац ненасловљеног чланка из *Србских новина* од 4. X 1849. вели да је то био само други зборник, поводом чије рецепције је он изразио негодовање. Наводећи да рецепција страних права није сама по себи спорна, први критичар Српског грађанског законика Павле Шероглић напомиње да закони Аустрије и скоро свих западноевропских држава почивају на римском праву, а да нема савремене кодификације која се на њему не заснива констатовао је и писац чланка „Шта је право?” Нема потребе да се та тврдња подвргава испитивању, али треба скренути пажњу на то да су велики кодекси у себи садржали више слојева римског права – нормативна решења старих Римљана сматрана за природно право, обичаје засноване на римском праву и изворно римско право.[43]

Тексту „Кратка историйска записка о постанку, напредованю и садашнѣемъ станю К. С. Лицея” има да се захвали за податак да је Савет београдског Лицеја за студенте треће године те установе расписао конкурс за наградни темат којим би требало одговорити на питања зашто се римско право раширило по целој Европи и представља основу европских кодификација. Међутим, руководећи се ставом о рецепцији римског права аутора којег је превео, М. Поповић се, свакако реторички будући да се тај проблем у пракси већ појавио, запи-

[40] Вид. Г. Отрогорски, *Историја Византије*, Београд 1969, 239.

[41] S. Hänchen, *Rechtsgechichte von der römische Antike bis zur Neuzeit*, Heidelberg et al. 2012, 100.

[42] Ваља се подсетити да је 1808. донет Грађанскки законик Луизијане, заснован на римској правној традицији.

[43] I. von Koschembar Lyskowski, „Zur Stellung des römischen Rechte im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Österreich”, *Festschrift für das Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien 1911, 211–294; Clotilde Aubry de Marmont, „Habitude et codification du droit civil (XVIIIe - XIXe siècles), доступно на: *https://hal.univ-reunion.fr/hal-02295630/document* (приступљено 15. IV 2023).

тао да ли законик заснован на римском праву може бити прикладан схватањима судија у Србији.[44]

У периодици има осврта и на изучавање римског права. Фирентински рукопис Дигеста је, према тврдњи присутној у „Кратком обозренију”, послужио у XII веку глосатору Ирнерију као подлога за оснивање романистике. Овај болоњски правник, вероватно германског порекла, сматра се за „првог значајног наставника Римског права”, који је то постао око 1100, али у атар истини треба рећи да има и оних који тврде да се он никад није бавио професорским послом.[45]

Судећи по писању Ф. Палацког, чувени аустрослависта начелно није био против изучавања римског права, али се противио начину на који је оно изучавано у средњем веку, тако да служи за „филологију,[46] или као оруђе за јуридичке околише и странпутице, или да се помраче домаћи закони”. Димитрије Матић објавио је у трећем броју *Гласника Дружтва србске словесности* подужу расправу о историјском развоју права, морала и државе, у којој постоји и осврт на правне школе.[47] Савињи и његова историјскоправна школа су, тврди Матић, римском праву придавали апсолутни значај и сматрали да ниједно друго право није вредно проучавања, за разлику од Савињијевог противника Тибоа и његовог следбеника Ганса, прослављеног теоретичара наследног права, заступника става о потреби проучавања правних система и других старих народа, испољеног и у њиховим делима.[48]

Кад је Савињи у питању, Матић није био сасвим у праву, јер је оснивач историјскоправне школе истакао да је римско право узео за образац свог научног рада јер је врло развијено, за разлику од германског, што не значи да је ово друго није заокупљало његова научна интересовања. У Тибоовом спису *О такозваној историјској и неисторијској правној школи* (*Ueber die sogennante historische und nichthistorishe Rechtsschule*) може се налетети на преузети цитат да су „све историје споменици пристрасности сваке нације за себе саму”, док се

[44] „Краткое обозрѣніе...”, 74; П. Шероглић, 114; Ф. Палацки, 88; „Шта је право?”, 457; Д. Матић, „Краткій прегледъ историчногъ развитка начела’ права, морала и државе, одъ найстаріи времена’ до наши дана’ ”, Гласник ДСС 3/1851, 119–120; „Кратка історійска записка о постанку, напредованю и садашнѣемъ станю К. С. Лицея”, СН, бр. 80, 13. VII 1854, 331.

[45] „Краткое обозрѣніе...”, 75; K. Pennington, „Irnerius”, *Bulletin of Medieval Canon Law* 36/2019, 107, 111.

[46] Без сумње алузија на школу елегантнинх јуриста, која је изучавала римске правне текстове да би одгонетнула право значење изворних латинских термина.

[47] „Краткій прегледъ историчногъ развитка начела’ права, морала и државе, одъ найстаріи времена’ до наши дана’ ; Матић је текст предао на оцену Друштву српске словесности на седници од 5. II 1850. Вид. СН, бр. 30, 11. III 1850, 106.

[48] Ф. Палацки, 84.

Гансово дело састоји како из римског наследног права, тако и наследноправне регулативе осталих старих народа.[49]

За крај овог излагања треба напоменути да су читаоци српске периодике могли у њој да пронађу и судове о римском праву као правном систему. Преовлађују, као што би се и очекивало, позитивна мишљења. Тајну дуговечности старог Рима аутор неименованог чланка „Траянѣ и цветанѣ државе”, који се појавио у *Сербским народним новинама* за 1843, види у томе што су Римљани правили дистинкцију између морала и права. Можда би најбоља потврда тог ауторовог става била Паулова изрека из педесете књиге Дигеста *Non omne quod licet honestum est*.[50]

Слободни превод поетски интонираних редова о римском праву из „Кратког обозренија” гласио би да је оно најсавршенији правни систем који људски ум може да створи. Ништа мање римско право не уздиже „Кратка историјска записка”, у којој стоји да се оно развило „до савршенства” због којег је касније нашироко реципирано. Из става Ф. Палацког да је римско право требало да буде коришћено као узор за израду домаћих законодавстава (а не као замена за њих) може се извести закључак да је писац добро мислио о њему самоме. Исто важи и за аутора чланка без наслова из *Србских новина* од 4. X 1849, према чијем је мишљењу римско право након напуштања обичаја и народног духа као главних извора права, истина, било номотехнички квалитетан правни систем, али писан за тада већ искварен народ, и због тога је нормативно уобличену исквареност доцније преносило на народе који су га преузимали.[51]

## 4. РИМСКО ПРИВАТНО ПРАВО

У чланцима из српске периодике овога периода има, „приносака за историју’’ римског статусног, облигационог, породичног и наследног права.

Од свештеника Василија Суботића, старијег брата Јована Суботића, потекао је чланак „Преглед стања човечества старији времена”, одштампан у *Сербском народном листу* за 1843. Као што и сам нас-

[49] Вид. K. Friedrich von Savigny, *Von Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebiung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 118; A. Friedrich Justus Thibaut, *Ueber die sogennante historische und nichthistorishe Rechtsschule*, Heidelberg 1838, 28; E. Gans, *Erbrecht in welthistorischer Entwicklung* I–IV, Stuttgart–Tübingen, 1824–1835.

[50] „Траянѣ и цветанѣ државе”, *Сербске народне новине*, бр. 96, 2. XII 1843, 384; D. 50.17.144 - „Није поштено све што је дозвољено” (превод наш).

[51] „Краткое обозрѣніе...”, 73; Ф. Палацки, 85, СН, бр. 107, 4. X 1849, 379; „Кратка історійска записка...”, 131.

лов наговештава, стари Рим је у том саставу само једна од тема, а у излагању о тој теми по обиму предњачи правни положај становништва. Старији Суботић најпре читаоце упознаје с тим да је Ромул творац поделе римског становништва на различите „чинове”. Суботић нетачно наводи да су постојале две категорије римских грађана: становници Рима и житељи колонија и муниципија, а у даљем тексту разлику између њих, опет неисправно и не упуштајући се дубље у проблематику, трима *ius*-евима чији су били носиоци (*ius Quiritium, ius Latii, ius Italicum*).[52]

Једино су пуноправни римски грађани, вели Суботић, сматрани за римски народ. Суботићев навод да су римски грађани сматрани синовима Јупитера није од претераног значаја за романистику, што се не може рећи о Каракалином едикту из 212. којим је римско грађанство додељено целокупном становништву Италије. Нема сумње да се управо на њега односи тврдња из последњег наставка „Погледа у стару историју” да су крајем републике римски грађани постали и „талијански сојузници”, а Каракалин едикт спомиње се и у преводу чланка о румунском и албанском језику из бечких *Годишњака за књижевност* (*Wiener Jahrbuch der Literatur*)[53] из 1829. који је у трећој свесци *Летописа* за 1830. објавио Јован Хаџић. Аутор тог рада не придаје Каракалином едикту важност која му се по правилу даје, наводећи да је додељено право грађанства било „празно”, тј. да су и раније становници провинција на тлу Италије према римским непријатељима наступали као Римљани.[54]

О положају жена у старом Риму часописи нуде опречне податке и судове. У чланку „О женама” (*Новине сербске* од 12. II 1819) оцењује се као варварско мужевљево пра/во живота и смрти (*ius vitae ac necis*) над женом, али уз опаску да је такав положај жена био од користи и њима самима, јер кад су почеле да се показују у јавности код њих се указала потреба за допадањем, катализатор занемаривања дужности. Аутор није читаоце довео у заблуду, јер у раном периоду римске

[52] Детаљније о појмовима *ius Quiritium/Latii/Italicum* вид. у Ž. Bujuklić, 416, 418, 435–436

[53] Вид. J. Копитар, „Albanische, wallachische u. bulgarische Sprache”, *Jahrbücher der Literatur* 46/1829, 59–95.

[54] J. Хаџић, „О влашкомъ и албанезскомъ єзыку и народу”, СЛ 3/1830, 34; „Преглед станя човечества старіи времена”, СНЛ, бр. 18, 6. V 1843, 139–140. Стари назив за Римљане – Квирити, долази од имена древног италског бога рата Квирина; током Августове владавине његово име постаје надимак врховног бога Јушпитера (Ianus Quirinus).

историје муж је заиста жену и могао да осуди на смрт.[55] Чланак „Воспитаније женског пола” из *Сербског народног листа* за 1837. написан је у сасвим противном тону. У њему се говори да су жене нису ни изблиза имале ропски положај, да су биле римске грађанке, а римска матрона управљала обављањем кућних послова. *Mater familias* уживала је у римском друштву велики углед, који је, треба напоменути, зависио и од мужевљевог статуса, али се од ње и очекивало одговарајуће понашање.[56]

Према Василију Суботићу, римски робови били су у горем положају него грчки због тога што је господар над њима имао право живота и смрти. Суботићев податак је тачан, али (пре)оскудан да би читаоци стекли целовиту слику правног положаја робова у старом Риму.[57]

Премда су се Римљани и те како прославили својим облигационим правом, у српској периодици се о њиховим достигнућима из те гране права није могло прочитати готово ништа. О њему је писао једино Павле Шероглић – први критичар СГЗ – који у својој критици ове кодификације открива понешто о римском окртаклуку и повраћају у пређашње стање као средству за отклањање последица мана воље код закључења уговора. У свом нападу на члан 730 СГЗ, према којем ортак о добробити ортаклука треба да се стара сразмерно свом уложеном делу, критичар напомиње да су Римљани ортаке сматрали за браћу. Врло би смислено било довођење тврдње петроварадинског адвоката у везу са римским *consortium*-om, будући да се он заснивао на принципу представљеном у Шероглићевом *Прегледу*.[58] *Restitutio in integrum*, према Шероглићевом мишљењу, не треба дозволити из истих разлога као раскид уговора, као што је то у члану 915 предвидео СГЗ, јер се ради о институту потребном Римљанима (а не Србима), насталом делатношћу претора због тога што су у старом римском праву били важећи и уговори које би нека од страна закључила због

[55] Вид. Н. Љ. Деретић, „Древно римско kius vitae ac necis (право живота и смрти) и савремено насиље над женом (фемицид)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (даље: ЗРПФНС) 2/2020, 696.

[56] „О женама”, НС, бр. 13, 12. II 1819, 103; E. A. Hemelrijk, *Matrona docta: educated women in the Roman élite from Cornelia to Julia*, New York 2004, 7–16.

[57] В. Суботић, 139. Од многобројних новијих наслова о тој теми издвојићемо само неке: S. R. Joshel, *Slavery in the Roman World*, New York 2010; P. Hunt, *Ancient Greek and Roman Slavery*, Hoboken, 2018; *The Position of Roman Slaves* (ed. Martin Schermaier), Berlin–Boston 2023.

[58] Вид. М. Полојац, „Римски *societas* у најновијој литератури”, АПФБГ 2/2006, 180.

неке од мана воље (преваре, принуде, заблуде) или малолетства, као и они закључени у одсуству неког од уговорника.[59]

Две цртице о усвојењу спречиле су да се римско породично право не нађе у овом раду. Шероглић је омогућио читалаштву *Бачке виле* да обогати своје знање подацима да су се у старом Риму могло усвојити само туђе дете и да су Римљани могли да усвајају тек са навршених 60 година живота. Шероглићево казивање није сасвим тачно, будући да се римско *adoption plena* састојало управо у усвајању биолошког потомка, а старосна граница за усвојење коју аутор помиње захтевала се код адрогације.[60] Пажљивим читањем кратког преведеног одломка о животу Тита Помпонија Атика из Корнелија Непота, који је угледао светлост дана 25 година пре Шероглићеве критике, могло би се уочити да је јунака тог текста у тестаменту усвојио ујак Квинт Цецилије, што може бити подсећање на *testamentum calatis comitiis*, стари облик римског тестамента којим би пред куријатском скупштином био адрогиран мушкарац које није било под влашћу оставиоца.[61]

Оба податка о римском наследном праву односе се на тестаментално наслеђивање, а њихови извори су исти као у претходном пасусу. Уз податак да је Титу Помпонију Атику ујак завештањем оставио девет дванаестина свог имања стоји фуснота у којој аутор објашњава да су се римски називи за тестаменталног наследника разликовали у зависности од тога колики део имања му је припао. У римском правном жаргону именица „as”, иначе назив римске монете која се састојала од 12 унција, била је израз за целину. Стога се уз реч „наследник” (*heres*) додавао разломак једнак одређеном броју унција који показује део њему припале заоставштине (нпр. *heres ex quadrante* – наследник трећине имања).[62] У Шероглићевој критици може се наићи на тврдњу да је нужни део изворно римска установа и да је он у римском праву у случају тестаменталног располагања остајао исти независно од тога ко је завештањем именован за наследника, за разлику од члана 478 СГЗ, који је према критичаревом ставу прописивао супротно решење. Шероглићево казивање, које се односи на институт претортског права *bonorum possessio contra tabulas*, могло би се прихватити ако аутор говори до времена цара Антонина Пија (138–161), који је својим рес-

[59] *Законикъ грађанскій за Княжество србско*, Београд 1844, 125, 153; П. Шероглић, „Прегледъ Законника грађанскогъ за Княжество Сербію, 25. марта 1844. обнародованогъ”, *Бачка вила* 4/1845, 182.

[60] Т. Китановић, М. Игњатовић, „Еволуција установе усвојења од римског до савременог права”, ЗРПФНС 4/2013, 166, 168.

[61] „Живот Тита Помпониа Аттика: из Корнелија Непота”, НС, бр. 83, 12. X 1820, 525; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, 105–106.

[62] Вид. A. Berger, 367.

криптом направио разлику између мушкараца и жена *sui iuris* као наследника, што можемо сазнати из друге књиге Гајевих *Институција*.[63]

## 5. РИМСКО ЈАВНО ПРАВО

Римско јавно право у српској периодици је било заступљено преко чланака о кривичном праву и кривичном поступку.

Кривичноправна тема која је попунила много стубаца ондашњих српских листова биле су казне. Смртна казна изрицала се на бојном пољу за издају, дезертерство, губитак оружја, немарно ноћно стражарење, а наводи се и пример њеног изрицања за самовољно напуштање положаја. Помињу се и примери бизарних смртних пресуда изречених за време Тиберија, тј. Домицијана за увреду величанства која се састојала у продаји императорове слике, свлачењу пред царевом сликом или опису земље исписаном на зиду. Начин извршења смртне казне у овим случајевима се не наводи, али података о томе има у другим текстовима. Синови једног од двојице првих конзула Јунија Брута осуђени су на смрт за учешће у завери ради обнове краљевства, и после шибања одсечене су им главе. Из српске периодике није изостао чувени начин извршења смртне казне над оцеубицом прописан Законом XII таблица – везивање у џак са змијом, псом, петлом и мајумуном.[64] Т. Оџић је споменуо како се у римском праву казна лишења живота извршавала и разапињањем на крст, додавши да је тело осуђеног на њему остајало до труљења, за шта у изворима постоје примери,[65] али није навео за која је кривична дела у римском праву претила та санкција.[66]

Казна за крађу (*furtum*) разликовала се, према Т. Оџићу, у зависности од тога је ли лопов ухваћен на делу. Ако јесте, био би осуђен на батинање и, уколико је пунолетан, на ропство. Писац овде говори о казни којом Закон XII таблица прети дневном крадљивцу – слободном човеку. Уколико лопов није затечен у крађи, морао је да надокнади двоструку вредност ствари (*duplione damnum deciditio*).[67] Порци-

[63] „Живот Тита…”, 525; П. Шероглић, 146; Gai, 2.125,126.

[64] У *Сербском народном листу* за 1843. објављен је литерарни текст шидског пароха Стефана Новаковића „Пресуда Марка Ауреліа против Фрумента”, у којем царстоик за занемаривање родитеља осуђује извршиоца на инфамију. СНЛ, бр. 35, 5. IX 1843, 275–276.

[65] Вид. нпр. D. G. Kyle, *Spectacles of Death in Ancient Rome*, London – New York 1998, 169.

[66] А. А. А., 88–89; Т. Оџић, 163–164, 170; „Рим после Августа...”, 394–395;

[67] I. Jaramaz Reskušić, M. Krka, „Furtum u rimskom privatnom pravu: pojam i prava zaštita”, *Pravnik* 1/2007, 146–147

јев закон изменио је наведене прописе, па је од његовог доношења крадљивац ухваћен на делу морао да плати новчану казну у висини четвороструке вредности украдене ствари, а извршилац *furtum nec manifestum*-а морао је украдено да надокнади двоструко.[68]

Клевета (*calumnia*) је код старих Римљана кажњавана ударањем жига са словом „к” на извршиоца, чиме је лон означен као клеветник (*kaluminator*). а излагање о санкцијама може се закључити тврдњом В. Бороцког да је у Закону XII таблица предвиђао „строгу казну” за оца и његовог васпитно запуштеног сина ако он (син) изврши неко кривично дело.[69]

Ако би се поверовало наводима из српске периодике, могло би се казати да је у старом Риму кривични поступак, поред инстанци поменутих у поглављу о организацији власти, могао бити вођен пред диктатором[70] и војним судовима. У чланцима литерарног карактера спомињу се и неке друге установе за дељење правде, попут „префекта”[71] вишечлане судске колегије која суди двојици синова конзула Јунија Брута за покушај преврата, судске инстанце састављене од више приседника (од којих је један члан Октавијан Август)[72] пред којом се као окривљени нашао један римски војник и суда за незахвалност, чије судије су биле потерсене изгледом оштећеног – изгладнелог коња.[73]

Чланци с подацима о римском кривичном поступку врло су слабо употребљиви, будући да је он приказан скоро искључиво у литерарним „сочињенијима”, чије податке треба или одбацити или узети са (врло дебелом) резервом. Процеси против Брутових синова, Фрумента и двојице верних другова приказују саслушања окривљених, које свакако јесте било метод прикупљања доказа. Од користи је детаљ из говора грофа Ланжинеа пред Домом перова да Римљани нису познавали притвор као превентивну меру против сумњиваца. С друге стра-

[68] Т. Оџић, 164; August Weeber, *Abhandlungen aus dem Gebiete vergleichender Sgtrafgesetzkunde*, Olmütz 1861, 4.

[69] В. Бороцки, 95; Т. Оџић, 170; Ž. Bujuklić, 203.

[70] T. Mommsen, 144.

[71] Из дирљивог текста о двојици пријатеља који се отимају за кривицу за убиство како би спасили један другог, у преводу тршћанског учитеља Јевтимија Поповића, не може се разлучити да ли је „префект” који им суди заменик конзула за време његовог одсуства из града из времена републике или доцнији градски префект. Обојица су могли да суде у кривичном поступку. Вид. Ј. Поповић, „Пріятельи”, НС, бр. 79, 29. IX 1820, 492–493; T. Mommsen, 142; Ž. Bujuklić, 602.

[72] У римском кривичном правосуђу постојали су и судови с асесорима. Вид. T. Mommsen, 140–141.

[73] „Досетке и приповѣдчице”, *Банатскій алманахъ за годину 1828*, 232–233 (исти текст је објављен и у истом часопису за наредну годину на истим бројевима страница!); „Казнѣна неблагодарностъ”, *Шумадинка*, бр. 17, 28. II 1856, 130–131.

не, кратка анегдотска прича у којој ислужени војник за браниоца позива Октавијана Августа, асесора суда пред којим се одлучује о његовој кривици, па на императорову замисао да себи нађе замену регује опаском да он (војник) себи у бици код Акција (31. п. н. е.) за војевање није тражио заменика, нема никакву употребну вредност са становишта романистике.[74]

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Ниједан текст из српске периодике до појаве Лешјанинових *Институција* не би се могао описати као чисто романистички. Чланци који би према данашњим критеријумима библиотекарства без остатка били сврстани под категорију „право” или се односе на позитивно право или општу историју права, у којој је римско право само једна од тема. Материја која спада у историју римског права и уводна поглавља савремених уџбеника овога предмета много је присутнија у српској штампи од самог права старих Римљана. Његова слаба заступљеност добија још више на тежини кад се узме у обзир да се много података о римском правном систему јавља у саставима литерарног типа. Између појмова „римско право” и „римско приватно право” неретко се повлачи знак једнакости, али у српској периодици прве половине XIX века није тако. Римско приватно и јавно право заступљени су приближно на равне части, с тим што су подаци о приватном праву много кориснији за читаоце, јер чешће одговарају чињеничном стању, чак и када потичу из текстова литерарног типа. С тим у вези треба додати да су чланци с подацима о римском јавном праву чак и бројнији, али то представља још једну потврду изреке да квантитет не даје нужно и квалитет. Да чланци с поменом римског приватног права буду употребљивији побринуо се (разуме се, нехотично) Павле Шероглић.

Посматрани из данашњег угла гледања, чланци с поменом римског права представљају општа места којима би се могло овладати помоћу уџбеника римског права. Значај тих текстова се, међутим, не може објективно сагледати из тог угла. Приликом њиховог вредновања мора се поћи од времена објављивања чланака, у којем су извесна знања о римском праву имали само врло малобројни Срби школовани правници. Изласком анализираних текстова за то су добили прилику и други. Осим тога, када би се сви разасути пабирци о римском праву из српске периодике сабрали на једном месту, сигурно би се добиле омање студентске скрипте, на које Лешјанинов уџбеник може да

[74] „Смѣсице политическе”, 1020; „Досетке и приповѣдчице”, 232–233; А. А. А., 87–89; „Пресуда Марка...”, 274–276; Ј. Поповић, 492–493.

представља само крупну надградњу, а никако не штиво пре којег ништа није постојало.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце


1. А. А. А. „Юніи Брутусъ као верховный совѣтникъ, и судія свои сынова: смертъ нѣгова”, *Сербскій лѣтописъ* 8/1833;
2. Aubry de Marmont, Clotilde, „Habitude et codification du droit civil (XVIIIe - XIXe siècles”, доступно на: *https://hal.univ-reunion.fr/hal-02295630/document* (приступљено 15. IV 2023);
3. Beck, Hans, *et al.*, „The republic and its highest office: some introductory remarks on the Roman consulate”, in: *Consuls and Res Publica: Holding High Office in the Roman Republic* (eds. Hans Beck, Antonio Duplá, Martin Jehne and Francisco Cina Polo), New York 2011;
4. Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1991;
5. Budé, Guillaume, “Jus, Justice and Dignity”, in: *Jus Gentium in Humanist Jurisprudence* (ed. Susan Longfield Karr), Leiden–Boston 2022;
6. Бороцки, Венијамин, „Стари Римляна и други народа закони, и начинь у воспитанію деце”, СЛ 3/1834;
7. Bujuklić, Žika, *Forum Romanum: rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2010;
8. Von Koschembar Lyskowski, Ignazy, „Zur Stellung des römischen Rechte im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Österreich”, *Festschrift für das Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien 1911;
9. Von Savigny Karl, Friedrich, *Von Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebiung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814;
10. Gruen, Erich S., „Augustus and the Making of the Principate”, in: *The Cambridge Companion to the Age of Augustus* (ed. Karl Galinsky), New York 2005;
11. De Vaan, Michiel, *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*, Leiden–Boston 2008;
12. „Досетке и приповѣдчице”, *Банатскій алманахъ за годину 1828*;
13. „Живот Тита Помпониіа Аттика: из Корнелија Непота”, *Новине сербске изь цартвующега града Віенне*, бр. 83, 12. X 1820;
14. „Іустинъ імператор и нѣгова породица или штогодъ за Серблѣ”, *Пештанско-будимскій скоротеча*, бр. 28, 1. X 1842;
15. „Казнѣна неблагодарностъ”, *Шумадинка*, бр. 17, 28. II 1856;
16. Kyle, Donald G., *Spectacles of Death in Ancient Rome*, London – New York 1998;

17. „Како су стари Римляни освоявали толике државе и покорили толике народе”, *Шумадинка*, бр. 12, 8. II 1855;
18. Kearley, Timothy G, „The Creation and Transmission of Justinian’s Novels”, *Law Library Journal* 3/2010;
19. Китановић, Тања, Игњатовић, Марија, „Еволуција установе усвојења од римског до савременог права”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013;
20. Corey, Brennan Terry, *The Praetorship in the Roman Republic* II, New York 2000;
21. „Кратка историйска записка о постанку, напредованю и садашнѣемъ станю К. С. Лицея”, СН, бр. 80, 13. VII 1854;
22. „Краткое обозрѣніе положителных прав и ихъ происхожденія”, *Сербске лѣтописи* 1/1828;
23. Longchamps, de Bérier Franczisek, „The praetor as a promoter of bonum commune”, *Legal Roots* 3/2014;
24. Матић, Димитрије, „Краткій преглед историчногъ развитка начела’ права, морала и државе, одъ найстаріи времена’ до наши дана’ ”, *Гласник Дружтва србске словесности* 3/1851;
25. Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899;
26. Moore, Ken, „Decemviral Commisssion to Greece: Fact, Fiction or Otherwise”, *Athens Journal of History* 2/2019;
27. Mousorakis, George, „Crime, Criminal Justice and Jury Courts in Late Republican Rome”, одломак из дела истог аутора *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Heidelberg – New York – London 2015. *https://www.researchgate.net/publication/368292215_Crime_Criminal_Justi-ce_and_the_Jury_Courts_in_Late_Republican_Rome#fullTextFileContent* (приступљено 15. V 2023);
28. Новаковић, Стефан, „Пресуда Марка Аурелiа против Фрумента”, бр. 35, 5. IX 1843;
29. „О законима”, *Даница: забавник за годину 1834*;
30. Острогорски, Георгије, *Историја Византије*, Београд 1969;
31. Оџић Т., „Казни и погубленія законопреступника кодъ древны народа до Константіна Великогъ првогъ цара христіанскогъ”, *Магазин за художество, књижество и моду*, бр. 40, 18. V 1839; бр. 42, 25. V 1839; бр. 43, 28. V 1839;
32. „О женама”, *Новине сербске изь цартвующега града Віенне*, бр. 13, 12. II 1819;
33. „Отворанѣ законодатства у Француской”, *Србске новине*, бр. 32, 15. III 1852;
34. Pennington, Kenn, „Irnerius”, *Bulletin of Medieval Canon Law* 36/2019;
35. Pina Polo, Francisco, *The Consul at Rome: the Civil Functions of the Consuls in the Roman Republic*, New York 2011;

36. Погледъ у стару историю Грчке и Рима”, *Србске новине*, бр. 126, 30. X 1854, 226; бр. 129, 6. XI 1854;
37. Полојац, Милена, „Римски *societas* у најновијој литератури”, АПФБГ 2/2006;
38. Поповић, Јевтимије, „Пріятельи”, НС, бр. 79, 29. IX 1820;
39. „Преводи прости: изъ М. Туллія Ціцерона, санъ Сціпіоновъ”, *Србска пчела или Новый цвѣтникъ за год. 1830*;
40. „Преглед станя човечества старіи времена”, СНЛ, бр. 18, 6. V 1843;
41. „Продолженіе превода изъ К. Саллустія”, *Сербскій лѣтописъ* 4/1831;
42. „Продолженіе повѣсти о созаклетію Катіліне изъ К. К. Саллустіа”, ЛМС 3/1832;
43. „Рим после Августа, на угледъ садашньости”, СНЛ, бр. 50, 17. XII 1844;
44. „Смѣсице политическе”, *Новине сербске изъ цартвующега града Віенне*, бр. 255, 17. XI 1815;
45. Стојановић, Антун, „Мысли о републики у Европи у 19-омъ столѣтію”, *Вѣстникъ*, бр. 2, 6. I 1849;
46. Стојчевић, Драгомир, „Римљани и право”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1957;
47. Суботић, Василије, „О средствама, сь коима се Римляни послуживали да себи све друге народе подвергну”, СНЛ, бр. 32, 12. VIII 1843;
48. Теодосијевић, Петар, „Изъ К. К. Саллустіа о войни Катіліне”, ЛМС 3/1833;
49. Thibaut, Anton, Friedrich, Justus, *Ueber die sogennante historische und nichthistorishe Rechtsschule*, Heidelberg 1838;
50. „Траянѣ и цветанѣ државе”, *Сербске народне новине*, бр. 96, 2. XII 1843, 383–384.
51. Frost, Frank Abott, *A History and Description of Roman Political Institutions*, Boston – New York – Chicago – London 1907;
52. Хаџић, Јован, „О влашкомъ и албанезскомъ єзыку и народу”, СЛ 3/1830;
53. Hemelrijk, Emily A., *Matrona docta: educated women in the Roman élite from Cornelia to Julia*, New York 2004;
54. Hänchen Susanne, *Rechtsgechichte von der römische Antike bis zur Neuzeit*, Heidelberg et al. 2012;
55. Цветковић Ђорђевић, Валентина, *Развој романистике код Срба од средине 19. до средине 20. века*, Зајечар 2022;
56. Czajkowski Kimberley, Eckhardt Benedikt, „Introduction” in: *Law in the Roman Provinces* (eds. Kimberley Czajkowski and Benedikt Eckhardt), New York 2020;
57. Шероглић Павле, „Прегледъ Законника грађанскогъ за Княжество Сербію, 25. марта 1844. обнародованогъ”, *Бачка вила* 4/1845;

58. „Шта је право?”, СН, бр. 124, 28. X 1852;
59. Weeber August, *Abhandlungen aus dem Gebiete vergleichender Sgtrafgesetzkunde*, Olmütz 1861.

Извори

1. *Законикъ грађанскій за Княжество србско*, Београд 1844;
2. *Corpus iuris civilis*: *volumen secundum – Codex Iustinianus* (recognovit Paulus Krueger), Berolini MDCCCXCII;
3. *Новине сербске изь цартвующега града Віенне;*
4. Plutarh, *Usporedni životopisi* I (preveo Zdeslav Dukat), Zagreb 1988;
5. *Сборникь законâ и уредбâ, и уредбены указа, изданы у Княжеству србскомь* IV, Београд 1849;
6. *Србске новине*.

*Assistant with a doctorate Uroš Stanković, LL.D.*

Faculty of Law, University of Novi Sad

## ROMAN LAW IN SERBIAN PRESS BEFORE *THE INSTITUTIONS OF JUSTINIAN'S ROMAN LAW* BY RAJKO LEŠJANIN

*Summary*

The article shows the data on Roman Law published in Serbian periodicals prior to 1857, when the first textbook on this subject, authored by Belgrade Lyceum professor Rajko Lešjanin, came to light. All articles revealing any information on the ancient Romans' legal system were considered, regardless of their content. The collected data were sorted by subject and presented to the reading public with necessary explanations.

None of the articles can be described as purely romanistic. The only two texts belonging to the category of law either relate predominantly to the law in force or broader topics of ancient legal history, with the Roman legal system being not more than one of the themes. The organization of powers in ancient Rome and the history of Roman Law prevailed over Roman Law in a narrower sense in the Serbian press. Roman private law is generally considered to be of higher importance than Roman public law, but the Serbian press can not serve as a proof of that position. Private and public law of ancient Rome occupy nearly equal space in the texts. However, the data on the first are more useful for the readership since they tend to be more consistent with the truth, even if published in literary articles.

From the point of view of the present day, the articles contain notorious information that could only be obtained by reading a Roman Law coursebook. Nevertheless, judging their significance from that standpoint is unacceptable. They can only be valued if the moment of their publishing is taken into account–the time when only a narrow circle of Serbs were educated lawyers who had some knowledge of Roman law. Owing to the analyzed articles, a broader reading public had the opportunity to get acquainted with the Romans' achievements in law. If all the scattered snippets about the Roman legal system in Serbian periodicals had been collected, they would have produced a short manual of Roman law, to which Lešjanin's coursebook could serve only as an upgrade and by no means a work previous to which nothing had existed.

**Key words:** *Roman law; Serbian press; Romanistics*.

**ПРАВНО-ЕКОНОМСКА СЕКЦИЈА /**
***LAW AND ECONOMY SECTION***

УДК/UDC 336.226.3
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

*Проф. др Гордана Илић Попов*

Правни факултет Универзитета у Београду

# ФИКЦИЈА *NASCITURUSA* У (СРПСКОМ) ПОРЕСКОМ ПРАВУ

*Способност да се буде ималац права и обавеза настаје рођењем, али савремена законодавства прихватају правну фикцију nasciturusa (зачетог а још нерођеног детета), која датира још од римског права и своју примену налази у наследном праву. Начело правичности налаже да зачетак, ако се дете роди живо, има једнака права у наслеђивању као и оставиочева већ рођена деца. Ауторка полази од хипотезе да условљена и ограничена правна способност зачетка може да буде препозната и у пореском праву, у вези са порезом на имовину и порезом на наслеђе. Такође, истиче да правни статус зачетог а нерођеног детета може да буде релевантан и у случају рефундације пореза на додату вредност када родитељ купује свој први стан у Србији. Да би се, међутим, спречило коришћење поменуте фикције за сврхе нелегитимног избегавања пореза потребно би било предвидети посебно антиабузивно правило у пореском законодавству. Циљ рада је да покрене расправу о правном статусу зачетог а нерођеног детета у пореском праву, јер питање његовог ограниченог правног субјективитета у погледу имовинских права и обавеза може да добије на практичном значају и у појединим сферама опорезивања.*

**Кључне речи:** Зачето а нерођено дете; *Nasciturus*; Порез на имовину; Рефундација ПДВ; Порез на наслеђе; Правна способност; Правни субјективитет.

## 1. УМЕСТО УВОДА: ПРАВНА СПОСОБНОСТ КАО ОПШТЕ ПРАВНО СВОЈСТВО

Правна способност подразумева способност да се буде ималац субјективних права и обавеза.[1] „Правна способност физичког лица

Гордана Илић Попов, *gordana@ius.bg.ac.rs*.

може се означити као елемент његовог правног субјективитета [...], али се на одређени начин може и поистоветити са правним субјективитетом.“[2] Физичко лице постаје правни субјект, односно стиче потпуну (општу) правну способност тренутком рођења.[3] Међу ауторима су подељена мишљења да ли је за стицање својства субјекта права довољно да дете само показује знаке живота (дисање, откуцаји срца, покрети мишића и др.) или је потребно и да буде витално (на пример, превремено рођено дете је живо рођено, али је извесно да ће убрзо умрети због неразвијености неког виталног органа, што не може да се реши медицинским путем).[4] На правну способност не утиче околност да ли је дете рођено са физичким или менталним инвалидитетом те да ли је способно за самосталан живот. Иако је везана за биолошки чин рађања, „правна способност није урођено својство него правна категорија“.[5] Уставни принцип једнакости и забрана сваког, непосредног или посредног, облика дискриминације[6] обезбеђени су, између осталог, и истим обимом и квалитетом правне способности свих физичких лица, без обзира на разлике по било којем основу, положају или околности (пол, старост, национална припадност, раса, вероисповест, социјални статус, политичко уверење, телесно и душевно здравље и др.).[7]

Не постоји, по правилу, јасно одређење од којег тренутка је људском бићу пружена уставна и законска заштита његових права.[8] То

---

[1] А. Гамс (у сарадњи са Љ. М. Ђуровић), *Увод у грађанско право: Општи део*, Научна књига, Београд 1982, 95, 101.

[2] Р. Цветић, „Правна способност и биомедицина“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 350.

[3] О томе да робови нису били субјекти него објекти права и да је у феудализму обим правне способности зависио од сталешке припадности, вид. А. Гамс, 102; Иако је Француска револуција учинила велики помак ка изједначавању правне способности свих људи, и даље је кроз историју било значајних одступања (нпр. у нацистичкој Немачкој Јеврејима је била готово потпуно одузета правна способност). Вид. више: М. Митић, „Физичко лице“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 1978, 74–75.

[4] А. Гамс, 103; Ј. Симић, “The Protection of *Nasciturus* Within the Civil Law”, *Правни записи* 2/2018, 257. М. Митић, 70–71.

[5] Р. Цветић, 351. Упор. Н. Тешић, „О правнопословном осамостаљивању физичких лица“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ – 2013* (ур. В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 406.

[6] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 21.

[7] Малолетна лица и лица са посебним потребама имају једнака права и обавезе као и сва друга физичка лица, једина разлика је у томе што се о заштити њихових права и интереса и испуњавању законских обавеза стара законски заступник (родитељ/усвојилац, односно старатељ).

[8] T. Mróz, U. Drozdowska, “Legal protection of nasciturus in Poland-selected issues”, *Progress in Health Sciences* 2/2011, 139.

се надовезује на питање када се сматра да је почео човеков живот.[9] Иако је пупчаном врпцом везан за мајку и саставни је део њеног тела (*pars viscerum matris*), зачетак јесте засебна биолошка јединка чији се сви људски органи формирају и постепено развијају већ у мајчиној утроби.[10] Ако закључимо да биолошки живот постоји од тренутка зачећа, да ли правни живот физичког лица[11] може да почне пре рођења, односно да ли зачетак има (неку) правну способност? Поједини аутори тумаче чл. 6 Универзалне декларације о правима човека,[12] према којем „Свако има право да свуда буде признат као правни субјект“, на начин да реч *свуда* треба проширити и на мајчину утробу.[13] Уколико мајка за време трудноће доживи саобраћајну несрећу у којој физичке повреде задобије не само она него и фетус,[14] те се због тога беба роди са (телесним или менталним) оштећењем, да ли дете има грађанскоправну заштиту права на здравље које му је било угрожено или повређено док је био зачетак. С обзиром на то да су плод у мајчиној утроби и беба које се потом роди једно исто људско биће, „оштећење детета пре рођења није само медицински већ и правни проб-

[9] Упор. L. Świto, “Legal Protection of the Unborn Child”, *Ecumeny and Law* 3/2015, 188–189.

[10] Ако би се зачетак третирао само као „припадак мајке“, он би се тиме свео на објекат, иако је реч о бићу које има сва људска обележја. Упор. М. Митић, 70.

[11] Хиберово мишљење је да, с обзиром на то да су сви људи правни субјекти те да је правна способност физичких лица општа, нема основа да се прави разлика између правног појма „физичко лице“ и појма „човек“ у биолошком смислу (тј. као биолошког бића). Вид. Д. Хибер, „Основи грађанског права“, *Правни и рачуноводствени аспекти пореског саветовања* (ур. Г. Илић-Попов), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 575; Станковић и Водинелић сматрају „да се понекад изједначава човек као биолошка јединка са физичким лицем, које као правни појам претпоставља двоје: човека као биолошку јединку и правну способност коју она поседује на основу признања од стране правног поретка“. Вид. О. Станковић, В. В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1995, 52. Тешић указује на следеће термине: људско биће (биолошки појам), човек (социолошки појам), личност (психолошки појам) и физичко лице (правни појам), иако се слаже да је реч само о различитим називима којима се означава исти субјекат, али из различитих углова проучавања. Вид. Н. Тешић, 405.

[12] *Universal Declaration of Human Rights* (A/RES/217) усвојена је од стране Генералне скупштине Уједињених нација 10. децембра 1948. године у Паризу.

[13] L. Mahlinza, “Nasciturus fiction: Relics of outdated perspective – De Rebus“, September 2019, *https://www.researchgate.net/publication/345254361_Nasciturus_fiction_Relics_of_outdated_perspective_-_De_Rebus*, 21. март 2023.

[14] Након ембрионалне фазе, која траје од другог дана након оплодње јајне ћелије до око почетка трећег месеца трудноће, ембрион улази у фазу фетуса (који има све главне карактеристике живог бића), која траје до рођења бебе. Вид. E. Moore, 5 разлика између ембриона и фетуса, *https://sr.warbletoncouncil.org/diferencias-embrion-754*, 21. март 2023. „Ембрион и фетус се заједнички називају заметак (плод).“ М. Живковић, „Правни статус насцитуруса“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1995, 276 фн. 1.

лем“.[15] Дете има право на накнаду штете од повреде коју је претрпело у пренаталном периоду, а која се манифестовала након рођења у виду физичког недостатка или функционалне сметње органа.[16] Заштита интегритета и права трудне жене треба истовремено да обухвати и заштиту интегритета и права њеног зачетог детета.[17] Судови некада, приликом решавања питања правне заштите права зачетка, захтевају испуњење додатног услова тзв. одрживости, који подразумева да је трудноћа стара најмање 24 недеље.[18] Разлог који, претпостављамо, објашњава правни значај тог услова лежи у околности да након 24. недеље абортус више није дозвољен, осим у изузетним случајевима када се медицински утврди опасност по живот труднице или плода. Отуда је од временског тренутка када је фетус заштићен од абортуса његов правни статус „ојачан“ у погледу остварења права на живот, али и заштите његових других права.

## 2. УСЛОВЉЕНА И ОГРАНИЧЕНА ПРАВНА СПОСОБНОСТ ЗАЧЕТКА

Изузетак од правила да је рођење предуслов да физичко лице постане субјект права садржан је у правној фикцији[19] *Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur,*[20] која датира још од римског права.[21] Дакле, „зачето дете сматра се већ рођеним ако је то у његовом најбољем интересу“. Зачето а још нерођено дете нема обе-

[15] Д. Стојановић, „О директној одговорности за штете које претрпи још нерођено дете“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 9/1970, 101.

[16] „Неспособност *nasciturusa* да пре рођења стекне захтев за накнаду штете не значи нипошто одрицање деликтне заштите у случајевима, у којима је почетак остварења чињеничног стања на коме се заснива штета, наступио временски пре стицања правне способности.“ Д. Стојановић, 106.

[17] Ј. Симић, 260–261.

[18] Вид. L. ten Haaf, “Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches – The Subject of Rights and the Subject of Interests”, *German Law Journal* 5/2017, 1098.

[19] Правна фикција је претпоставка чињеница која пружа основ суду за решавање одређеног правног питања. Вид. G. Dev, “Property Law and Unborn: The Legal Fiction and The Property Rights”, *International Journal of Legal Science and Innovation* 1/2020, 369.

[20] Поједини аутори сматрају да би латинску максиму требало радије схватити као правило, а не као правну фикцију. Вид., нпр. N. Moosa, “An argument for foetal protection within a framework of legal abortion in South Africa”, *Medicine and Law* 35/2016, 606–607.

[21] Римски правници су увели ову фикцију са намером да војник може материјално да обезбеди и своје нерођено а зачето дете, односно да и оно може да га једнако наследи као и његова већ рођена деца и трудна жена, уколико он погине у походу пре него што се дете роди.

лежја која обезбеђују његову индивидуализацију као физичког лица, а отуда ни правну идентификацију.[22] Оно нема лично име уписано у матичну књигу[23] којим би било означено тако да се разликује од других физичких лица. Држављанство које ће дете имати је, по правилу, познато пре рођења, али та чињеница не може да се унапред пријави надлежном органу. Слично је и са пребивалиштем које, такође, обележава правни субјективитет физичког лица: не може да се пријави пребивалиште зачетка на адреси мајке, иако се он налази у њеној утроби те, фактички гледано, имају исто пребивалиште.

Међутим, наведена фикција, коју прихватају савремена права у односу на наследноправни захтев, омогућава зачетом а још нерођеном детету да „правно одговори“ на неке догађаје (нпр. смрт оца) који су се десили пре његовог рођења.[24] Зачето а нерођено дете не ужива исти обим правне способности као већ рођено дете: оно има ограничену правну способност (може бити ималац само одређених субјективних права и обавеза), односно условљен правни субјективитет (дете мора да се роди живо).[25] „Наследити може и дете већ зачето у тренутку оставиочеве смрти ако се роди живо.“[26] Ако се дете роди живо, оно се сматра наследником оставиоца већ од тренутка његове смрти, у оставинском поступку се врши расподела заоставштине према стању у тренутку делације, те се реализација наследних права зачетка одлаже

[22] А. Гамс, 111–114. Вид. такође: О. Станковић, В. В. Водинелић, 63–69.

[23] Матичне књиге су службене евиденције о личном стању грађана, и подаци садржани у њима су од значаја за правни положај (односно правни статус) физичких лица. Вид. Закон о матичним књигама, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 145/2014 и 47/2018, чл. 2.

[24] L. ten Haaf, 2017.

[25] Према мишљењу неких аутора, зачето дете и пре него што се роди има пуну (неусловљену) правну способност кад је реч о неимовинским правима, односно личним правима (нпр. право на физички интегритет, право на живот, право на здравље и др.). Вид. T. Mróz, U. Drozdowska, 138; L. Świto, 191. Ми задржавамо одређену резерву у погледу таквог става јер у земљама у којима је уставом гарантована слобода одлучивања о рађању, односно чија законодавства предвиђају право на абортус, зачетак не може да оствари заштиту права на живот јер не може да утиче на (легитимну) слободу избора жене и њено право да захтева прекид трудноће. Мишљења смо да, заправо, постоји одређен конфликт између различитих уставом заштићених права – права жене на самоопредељење, с једне стране, и права на живот нерођеног детета, с друге стране. Упор. A. Burton, “Women, the Unborn, the Common Law and the State”, *Southern Cross University Law Review*, Vol. 5, October 2001, 163 и даље. Осим тога, зачето а нерођено дете не може да оствари и заштити своје право на здрав живот и правилан развој уколико жена у току трудноће конзумира дрогу, алкохол, дуван, чиме наноси штету фетусу у свом стомаку. Вид. о томе више: L. ten Haaf, 1094–1095.

[26] Вид. Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015, чл. 3, ст. 2.

до његовог рођења.[27] Другим речима, зачето дете је условни субјект права.[28] За остваривање наследних имовинских права *nasciturusa* неопходно је, дакле, да буду испуњена два услова – да је дете било зачето у тренутку смрти оставиоца[29] и да се роди живо.[30]

Иако се, логички гледано, заоставштина преминулог може пренети само на оне који су остали живи иза њега,[31] начело правичности налаже да се круг наследника прошири и на зачето дете које још није рођено. У противном, оно би било у неравноправном положају у односу на већ рођену децу оставиоца. Домашај примене правне фикције (односно *infans conceptus*) не треба да буде ограничен само на зачетак који би био наследник на основу закона, већ треба да обухвати и тестаментално наслеђивање.[32] Уколико тестатор зачетом а још нерођеном детету завештањем остави, на пример, свој пакет акција у некој мултинационалној компанији или имовинска права од свог регистрованог патента, онда нема претпоставке о намери завештаоца да и зачетак буде наследник (јер се из тестамента недвосмислено закључује да је завештаочева воља била да зачетак буде један од наследника, односно једини наследник његове заоставштине),[33] али закон може дати правни значај тој намери само фикцијом да је дете накнадно рођено живо.[34]

Према нашем мишљењу, фикција зачетог а још нерођеног детета је, у извесном смислу, антиципаторна, што управо омогућава да се концепт правног субјективитета прошири, односно претпостављено будуће постојање живорођеног детета је довољно да се оно третира као субјект права у односу на имовинска права (али и обавезе) који су везани за наслеђивање.[35] Фикција *nasciturusa* има ретроактивно дејс-

[27] Упор. Р. Цветић, 352.

[28] М. Митић, 73.

[29] Уколико суд (или други надлежан орган) има одређену сумњу у веродостојност или поузданост предочене медицинске документације у којој је констатовано време зачећа, може да захтева медицинско вештачење.

[30] Будући да је готово редован случај да се дете роди живо, онај ко тврди супротно (са намером да оствари своје интересе) мора то и да докаже. За оборивост законске претпоставке није од значаја да ли је смрт наступила у току самог порођаја или док је дете још било у утроби мајке. Вид. О. Станковић, В. В. Водинелић, 53.

[31] Вид. Лексикон медијских и правних појмова у Републици Србији. Одредница 113 (Наследник), Савет Европе, 2019, 80, *https://www.pars.rs/images/biblioteka/leksikon-medijskih-i-pravnih-pojmova-u-RS.pdf*, 25. март 2023.

[32] Б. Т. Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Савремена администрација, Београд 1983, 67–68.

[33] Вид. Закон о наслеђивању, чл. 114, ст. 3.

[34] G. Dev, 370.

[35] С обзиром на то да је рођење „будућа неизвесна чињеница“, зачетак не може да има потпуну правну способност за сва имовинска права. Упор. М. Живковић, 279.

тво јер се, поновимо, зачетак сматра наследником већ од тренутка смрти оставиоца, а тек када се дете роди живо долази до расподеле заоставштине у оставинском поступку.[36] Зачетак, према томе, условно наслеђује оставиоца који је преминуо пре његовог рођења, а од тренутка рођења он стиче имовинско право, али које је тада безусловно.[37] Такво схватање правног субјективитета *nasciturusa* јача његову позицију јер се заснива на претпоставци о континуитету постојања људског бића од зачећа до смрти.[38] Друкчије казано, рођење не представља догађај који мења чињеницу да фетус има све одлике људског бића. Пошто је наследно право зачетог а нерођеног детета одложено због још неиспуњеног услова, то јест рођења, суд по предлогу лица које се стара о заштити његових интереса одређује привремене мере за обезбеђење односног дела заоставштине.[39]

## 3. ЗАШТИТА ПРАВА И ИНТЕРЕСА ЗАЧЕТКА

О правима зачетог а још нерођеног детета стара се један од његових родитеља,[40] уколико орган старатељства друкчије не одреди.[41] Могуће је да зачетку буде постављен посебан старалац (*curator ventris*),[42] односно привремени старалац заоставштине,[43] ако постоје индиције да би његова права могла да дођу у сукоб са интересима других лица (на пример, деце из очевог претходног брака) или ако мајка није у објективној могућности (нпр. због ризичне трудноће) да води рачуна о имовинским интересима зачетка.

---

[36] Б. Т. Благојевић, 68.

[37] Упор. G. Casey, *Born alive: the legal status of the unborn child in England and the U.S.A.*, Barry Rose Law Publishers, 2005, 20–21, *http://www.amazon.com/Born-Alive-Status-England-US/dp/1902681460*, 27. март 2023.

[38] L. Świto, 190.

[39] Вид. Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/1982 и 48/1988, и *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015 и 14/2022, чл. 125.

[40] Кад је оставилац зачетог а још нерођеног детета отац, логично је да о његовим правима може да се стара само један родитељ (а не „један од родитеља“), то јест мајка зачетка. Формулација „један од његових родитеља“, садржана у одредби чл. 112, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку, упућује нас на ситуације кад је од стране другог лица (на пример, деде или бабе) зачетку завештањем остављена одређена имовина.

[41] Вид. Закон о ванпарничном поступку, чл. 112, ст. 2.

[42] Тзв. „старатељ трбуха“.

[43] Привременог стараоца заоставштине поставља суд, који о томе обавештава орган старатељства. Вид. Закон о наслеђивању, чл. 210.

Пошто наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине,[44] уколико иза оставиоца остану велики дугови законски заступник, односно старалац може да оцени да прихватање наслеђа не би било у најбољем интересу зачетка. Примера ради, родитељи се разведу након зачећа детета и отац (који је био предузетник) премине пре него што се дете роди, при чему остану неплаћени дугови које је имао према повериоцима и неизмирени доспели дугови по основу пореза на приходе од самосталне делатности. Закон предвиђа да се „наследник може одрећи наслеђа само у своје име“.[45] Будући да зачетак нема пуну правну способност, лице које се стара о његовим интересима (било да је то мајка или посебан старалац) може дати негативну наследничку изјаву у његово име, а евентуално може да се захтева и сагласност органа старатељства.[46] Законски заступник или старалац даје наследничку изјаву тек када се дете живо роди, јер то јесте услов да оно буде укључено у расправу заоставштине. Међутим, из формулације законске одредбе да „наследити *може и* (подвукла аутор) дете већ зачето у тренутку оставиочеве смрти“ тумачимо да зачетак може, али и не мора да се огласи наследником, односно да не постоји законска обавеза да се примени правна фикција *nasciturusa* те се тада не би ни поставило питање одрицања од наслеђа због дугова оставиоца.[47]

У ситуацији (евентуалног) оспоравања очинства оставиоца од стране заинтересованог лица[48] јавља се проблем остваривања наследних права зачетка. Уколико је дете рођено у року од 300 дана од дана када је брак престао смрћу мужа, оцем детета сматра се муж мајке детета из тог брака, уколико мајка у том року није закључила нови брак.[49] По правилу, очинство може да се призна само ако је дете живо (дакле, ако је рођено) у тренутку признања.[50] Међутим, у изузетним ситуацијама признање очинства производи дејство иако је дато пре рођења детета, ако се дете живо роди.[51] На пример, ако се отац разболи од неизлечиве болести након што је дошло до зачећа он може дати изјаву о признању очинства пред матичарем, органом старатељства, судом или јавним бележником, са циљем да предупреди потенцијално

[44] *Ibid*., чл. 222.

[45] *Ibid*., чл. 223, ст. 2.

[46] Вид. Б. Т. Благојевић, 369.

[47] Остављамо резерву да наше тумачење не одговара интенцији законодавца.

[48] Вид. Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015, чл. 55, ст. 2.

[49] *Ibid*., чл. 45, ст. 2.

[50] *Ibid*., чл. 47, ст. 1.

[51] *Ibid*., чл. 47, ст. 2.

оспоравање очинства (над зачетком) од стране своје деце из претходна два брака и заштити наследне интересе свог још нерођеног детета.[52] Уколико се пак одлучи да завештањем расподели своју имовину између супруге и све своје деце, укључујући и зачето а још нерођено дете, он може у тестаменту дати изјаву о признању очинства.[53] У стварном животу могућа је и ситуација да отац изненада премине (нпр. у саобраћајној несрећи), а да претходно није дао изјаву о признању очинства свог зачетог а још нерођеног детета, нити је сачинио тестамент (у којем је дата та изјава). Тада, на пример, пунолетно дете из очевог претходног брака може да, са циљем да оствари већи наследни део, покрене судски поступак за оспоравање очинства свог оца над дететом зачетим у браку у којем је отац био у тренутку смрти.[54] Медицински тестови и анализе, чију велику поузданост обезбеђује развој и напредак савремене медицинске науке, омогућавају да се очинство утврди правоснажном судском пресудом, која се не може даље оспоравати.[55] Међутим, вођење поступка за утврђивање очинства неповољно утиче на временско трајање оставинског поступка.

## 4. ЗАЧЕТО А ЈОШ НЕРОЂЕНО ДЕТЕ – ОБВЕЗНИК ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ

У савременим правима признат је, поновимо, наследноправни положај зачетог а још нерођеног детета као изузетак од општег правила, док се у пореском праву не поставља питање његовог порескоправног положаја. Будући да (и ограничена) правна способност подразумева стицање и права и обавеза, *nasciturus* не може да црпи само имовинска права него постаје и ималац одређених имовинских обавеза.

С обзиром на јавноправни карактер пореза, држава је заинтересована за ефикасну наплату пореза на имовину (као, уосталом, и свих других пореза јер су они за буџет најзначајнији јавни приходи). Посебну пажњу у контексту фикције зачетог а још нерођеног детета привлаче два питања у вези са порезом на имовину. Прво, ко ће бити у обавези да плати оставиочев неизмирени порески дуг по основу пореза на имовину?

Иако пореску обавезу испуњава, по правилу, непосредно порески обвезник законом је, између осталог, предвиђен изузетак за пореску обавезу преминулог лица коју испуњавају наследници, у оквиру вре-

[52] *Ibid*., чл. 51, ст. 1.
[53] *Ibid*., чл. 51, ст. 2.
[54] *Ibid*., чл. 56, ст. 2.
[55] *Ibid*., чл. 55, ст. 1, чл. 56, ст. 3.

дности наслеђене имовине и у сразмери са својим наследним уделом.[56] Наиме, тренутком делације физичког лица, које је било власник непокретности, оно престаје да буде правни субјекат, односно престаје му правна способност те порез на имовину који је утврђен том лицу, а који није платио пре смрти не може, логично, да се наплати од њега. Пореска обавеза, међутим, не престаје на апсолутан начин, пошто се сукцесијом преноси на његове наследнике.[57] Поред права, на универзалне сукцесоре прелазе и оставиочеве обавезе, односно дугови, који укључују и евентуално неизмирену обавезу по основу пореза на имовину.[58] Будући да принцип једнакости налаже да зачетак има условљену правну способност у погледу наследних имовинских права, онда је правично да и у погледу обавеза које су повезане са тим правима буде изједначен са санаследницима. Другим речима, и зачетак треба да одговара за испуњење неизмиреног оставиочевог дуга по основу пореза на имовину. С обзиром на то да лица бивају оглашена за наследнике решењем о наслеђивању, односно до окончања оставинског поступка нису активно легитимисани за остваривање наследних права и испуњавање обавеза, закључујемо да би као потенцијални наследници[59] имали право да надлежном органу поднесу образложени захтев за одлагање плаћања дугованог пореза на имовину преминулог пореског обвезника.[60] У ситуацији кад има више наследника они солидарно одговарају за износ утврђеног пореза на имовину који оставилац није платио пре своје смрти.

Друго, ко је обвезник пореза на имовину[61] за непокретности чији је власник преминуо, у периоду од смрти оставиоца (тј. власника

[56] Вид. Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 и 138/2022, чл. 22, ст. 1.

[57] Изузетак постоји уколико оставилац није имао наследнике или се нико од наследника не прихвати наслеђа, те се у том случају дуговани порез отписује пошто законски наследник постаје држава и неразумно би било да она у исто време буде и порески поверилац и порески дужник.

[58] Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00824/2022-04, од 14. 9. 2022. године.

[59] У име зачетог а још нерођеног детета захтев би поднео законски заступник, односно посебни старалац.

[60] Вид. ЗППА, чл. 73. Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-308/2016-04, од 18. 7. 2016. године.

[61] Реч је о периодичном порезу на имовину „у статици“, који погађа право својине и друга стварна права на непокретности (стамбене, пословне и друге зграде, станови, пословне просторије, гараже и други грађевински објекти, као и грађевинско, пољопривредно, шумско и друго земљиште).

непокретности) до правоснажности решења о наслеђивању којим је расправљена његова заоставштина? Пореска обавеза по основу пореза на имовину у случају када се право својине на имовини стиче правним послом *mortis causa*, односно наслеђивањем настаје тренутком смрти оставиоца.[62] Отуда, држава не жели да трпи губитак пореских прихода због „вакуума“ у опорезивању јер од тренутка делације до правоснажног окончања оставинског поступка може да прође, чак, неколико година током којих доспевају на наплату нови износи пореза на имовину. Пошто наследници нису оглашени до окончања оставинског поступка, порез у том „међупериоду“ треба, заправо, да се плаћа на државину непокретности (над којом је оставилац имао право својине). У пракси није једноставно утврдити ко је држалац непокретности те које лице би за тај временски период било обвезник пореза на имовину. Порески орган не занима да ли ће то лице уопште бити позвано на наслеђе, односно да ли ће се прихватити наслеђа. Његов једини циљ је да наплати доспели порез. Међутим, ако порески орган ипак не успе да утврди ко је држалац непокретности, обвезници пореза на имовину за период од тренутка смрти оставиоца (који је био власник непокретности) до дана стицања наследних права су лица која су правоснажним актом оглашена (на основу закона или тестамента) наследницима, укључујући и зачето дете, ако се роди живо, сразмерно свом наследном делу, независно од тога да ли су у том периоду фактички користили непокретност или њен део.[63] Закључујемо да ће на главницу доспелог а неплаћеног пореза на имовину бити обрачуната камата.

## 5. ПОРЕСКИ ПОЛОЖАЈ ЗАЧЕТКА У ВЕЗИ СА ПОРЕЗОМ НА НАСЛЕЂЕ И ПОКЛОН

Будући да применом правне фикције, *nasciturus* са осталом оставиочевим децом и брачним другом спада у први наследни ред,[64] ослобођен је од плаћања (једнократног) пореза на наслеђе у случају да

[62] Вид. Закон о порезима на имовину – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 26/2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/2002, и *Службени гласник РС*, бр. 45/2002, 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012, 47/2013, 68/2014, 95/2018, 99/2018, 86/2019, 144/2020, 118/2021 и 138/2022, чл. 10, ст. 7, тач. 3.

[63] На пример, држалац непокретности је био непознат за све време од кад је оставилац преминуо 2014. године до окончања расправе заоставштине 2019. године. Међутим, држава неће отписати порески дуг по основу пореза на имовину који није плаћен за тај период него обвезници постају лица која су оглашена наследницима. Вид. ЗППА, чл. 75 и 76. Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00583/2020-04, од 1. 9. 2020. године.

[64] Вид. Закон о наслеђивању, чл. 9, ст. 1.

наследи имовину оца који је умро пре његовог рођења.[65] Иако Пореска управа доноси решење о ослобођењу од плаћања пореза на наслеђе, постоји законска обавеза да и наследници првог наследног реда поднесу пореску пријаву за порез на наслеђе у року од 30 дана од дана настанка пореске обавезе, то јест од дана правоснажности решења о наслеђивању.[66] Мишљења смо да би мајка као законски заступник свог детета, које је одмах по рођењу постало порески обвезник, могла да, у складу са законом, поднесе захтев за продужење законског рока за подношење пореске пријаве из оправданих разлога[67] (нпр. да би обавила све управне радње неопходне за правни идентитет рођеног детета, који му, између осталог, обезбеђује добијање пореског идентификационог броја,[68] чије је уношење у пореску пријаву обавезно због њене формалне исправности).

Претпоставка *nasciturusa* могла би, поновимо, да се једнако примењује и код наслеђивања на основу завештења. На пример, деда (којем је преминула супруга) сачини тестамент у којем изјави да жели да целу његову заоставштину наследе само његови унуци и унуке (а не његов син јединац, који је законски наследник првог реда), с тим да наведе ствари или права које завештава свакоме од њих.[69] Ако деда у тестаменту изјави да имовину завештава „деци свог сина у тренутку своје смрти“, зачето а нерођено дете његовог сина би, применом правне фикције, било укључено у круг тестаменталних наследника. Зачетак је у том случају, заправо, постављен као наследник под одложним условом, и док се дете не роди део заоставштине оставиоца који је он имао намеру да завешта зачетку припада на уживање оставиочевом законском наследнику (дакле, у овом случају сину), осим ако завештањем није одређено нешто друго.[70] Рођењем живог детета одложни услов је остварен и оно део заоставштине свог деде наслеђује у својину.[71] С пореског аспекта, постоји обавеза плаћања пореза на наслеђе.[72] Сматрамо да би у случају да се дете не роди живо, а деда пре тога

[65] Вид. ЗПИ, чл. 21, ст. 1, тач. 1.

[66] Вид. *ibid.*, чл. 17, ст. 1, чл. 35, ст. 1. Вид. изузетке: ЗПИ, чл. 34.

[67] Вид. ЗППА, чл. 39.

[68] Орган који води евиденције о рођењу физичког лица дужан је да у року од пет дана од дана евиденције рођења о томе достави податке Пореској управи. Вид. ЗППА, чл. 29, ст. 4.

[69] Уколико завешталац постави више наследника, а не одреди њихове наследне делове, они наслеђују на једнаке делове. Вид. Закон о наслеђивању, чл. 137.

[70] Вид. *ibid.*, чл. 125, ст. 1. Ово, дакле, у случају да деда умре пре него што се дете роди.

[71] *Ibid.*, чл. 126.

[72] У конкретном случају, у Србији би се применила пореска стопа од 2,5%. Вид. ЗПИ, чл. 19, ст. 2.

премине не изменивши изјаву воље, део заоставштине који је тестаментом био намењио зачетом а још нерођеном унуку/унуци наследили на једнаке делове његови већ рођени унуци и унуке. Уколико, међутим, деда из било ког разлога не жели да *nasciturus* буде наследник он то мора да недвосмислено наведе у изјави своје последње воље.[73]

Према мишљењу неких аутора, зачетак такође треба да има право на поклон.[74] Уколико отац одлучи да свом пунолетном сину за живота поклони брод, јер му његово здравствено стање не омогућава да га редовно одржава нити му висина пензије омогућава да даље плаћа порез на употребу пловила,[75] брод ће се уписати у одговарајући уписник на име сина, који постаје обвезник тог пореза. Међутим, ако брод поклони зачетом а још нерођеном детету[76] намеће се питање да ли иза намере даривања стоји, заправо, његова намера да избегне плаћање поменутог пореза. Отуда би у таквој и сличним ситуацијама порески орган, у сарадњи са другим надлежним органима, требало да провери да ли је по рођењу детета оно уопште уписано у уписник бродова, односно да ли законски заступник испуњава његову пореску обавезу.

С друге стране, да би се осигурала једнакост међу законским наследницима у погледу њихових укупних примања од оставиоца, поклон који је законски наследник (укључујући и зачетак, ако се дете роди живо) добио од оставиоца урачунава се у његов наследни део (тзв. *collatio bonorum*).[77] Међутим, оставилац може да у време поклона или у завештању изјави да се поклон не урачунава наследнику у наследни део.[78] У изузетним ситуацијама могло би се из околности (дакле, и без изјаве оставиоца) закључити да је намера оставиоца била да се поклон који је учинио одређеном законском наследнику за свог живота не урачунава у његов наследни део. На пример, оставилац – супруга је свом брачном другу, са којим има двоје деце, за живота поклонила аутомобил, који је регистрован на његово име и он уредно сваке године приликом издавања регистрационе налепнице, односно регистрације плаћа порез на употребу моторних возила.[79] У случају

[73] У противном, уколико би у тренутку дедине смрти супруга или партнерка његовог сина била трудна у оставинском поступку би се поставило питање примене правне фикције.

[74] Вид. М. Митић, 73.

[75] Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара, *Службени гласник РС*, бр. 6/2001, ..., 141/2022, чл. 13–16а.

[76] Отац, наравно, не може да буде истовремено и поклонодавац и законски заступник поклонопримца.

[77] Б. Т. Благојевић, 375. Вид. Закон о наслеђивању, чл. 66, ст. 1.

[78] Вид. Закон о наслеђивању, чл. 67, ст. 1.

[79] Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара, чл. 2, ст. 1 и чл. 3.

поклона зачетом а нерођеном детету намеру је посебно тешко утврдити.

## 6. ПОРЕСКА ПОГОДНОСТ ПО ОСНОВУ *NASCITURUSA* У СИСТЕМУ ПОРЕЗА НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ

Интерес зачетка (који је инкорпорисан у претпоставку *nasciturusa*) може, према нашем мишљењу, да буде и посредан те би, отуда, та правна фикција могла да има примену и у систему пореза на додату вредност (даље: ПДВ). Наиме, пунолетни држављанин Републике Србије, са пребивалиштем у Србији, који на њеној територији купује први стан има право на рефундацију ПДВ-а уколико од 1. јула 2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу којег стиче први стан није имао у својини, заједничкој својини или сусвојини стан у Србији.[80] Захтева се такође да је уговорену цену стана са ПДВ-ом у потпуности исплатио продавцу уплатом на његов текући рачун.[81] Обвезник може да оствари право на рефундацију ПДВ-а за стан чија површина за купца првог стана износи до 40 м$^2$, а за чланове његовог породичног домаћинства до 15 м$^2$ по сваком члану који у наведеном временском периоду није имао у својини, заједничкој својини, односно сусвојини стан на територији Србије.[82] Породично домаћинство купца првог стана чини његов брачни друг, његова (рођена и усвојена) деца, његови родитељи или усвојитељи, рођена и усвојена деца брачног друга, родитељи или усвојитељи брачног друга, под условом да имају исто пребивалиште као купац првог стана.[83] Мишљења смо да чланом породичног домаћинства купца првог стана, за потребе остваривања права на рефундацију ПДВ-а, треба да се сматра и његово[84] зачето дете у тренутку овере уговора о купопродаји стана, ако се роди живо. Иако није „физички видљив“ члан домаћинства, посредством мајке од које је до рођења биолошки неодвојив, зачетак чини „заједницу живота“ са купцем првог стана. Зачетак очито испуњава временски услов у погледу непоседовања стана.[85] Иако до рођења

[80] Вид. Закон о порезу на додату вредност – ЗПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 86/2004, 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 68/2014, 142/2014, 83/2015, 108/2016, 113/2017, 30/2018, 72/2019, 153/2020 и 138/2022, чл. 56а.

[81] Исплата уговорене цене (ни делом) не може да се изврши у готовини јер би на тај начин био избегнут ПДВ.

[82] Вид. ЗПДВ, чл. 56а, ст. 4.

[83] *Ibid.*, чл. 56а, ст. 6.

[84] Купац првог стана, који је обвезник ПДВ-а, може да буде будући отац или, пак, његова супруга, која је трудна у моменту закључивања (овере) купопродајног уговора.

[85] Уколико, на пример, отац за живота поклони зачетом а нерођеном детету стан у Црној Гори, чији је власник, то не би довело у питање испуњеност законских услова

нема обележја правне идентификације, укључујући пријављено пребивалиште, о чему је напред било речи, а то је услов да би се сматрао чланом породичног домаћинства купца првог стана, закључујемо да зачетак „дели“ пребивалиште купчеве супруге[86] у чијој је утроби те, по природи ствари, није у позицији да злоупотребљава тај законски услов. Нелегитимно искоришћавање права на рефундацију ПДВ-а симуловањем услова пребивалишта[87] пре би могло да се догоди у вези са другим члановима породичног домаћинства купца првог стана. На пример, пребивалиште сина којег супруга купца првог стана има из првог брака може да се пријави на адреси (тог првог) стана његовог очуха, иако он фактички борави код бабе и деде, где је центар његових животних активности.[88] У ситуацији кад би, примера ради, супруга купца првог стана након јула месеца 2006. године санаследила породичну кућу оца у Чачку, али се у оставинском поступку одрекне наслеђа у корист другог наследника – своје сестре, она се ипак сматра наследником од тренутка смрти оставиоца до тренутка уступања свог наследног дела одрицањем у корист сестре.[89] Пошто је у том временском периоду она као законски наследник имала сусвојину на породичној кући која се налази на територији Србије, њен супруг приликом куповине првог стана нема право да по основу ње као члана породичног домаћинства оствари право на рефундацију ПДВ-а од 15 м$^2$.[90] Међутим, уколико је супруга трудна у тренутку закључења уговора о купопродаји првог стана њеног супруга, то не треба да утиче на право супруга – обвезника ПДВ-а да такву пореску погодност оствари по основу њиховог зачетог а још нерођеног детета.

---

за остваривање права на рефундацију ПДВ-а за куповину првог стана (ни у погледу оца нити зачетка), јер се тај стан не налази на територији Републике Србије.

[86] Реч је о ситуацији кад је купац првог стана супруг. Ако је купац првог стана супруга, која је трудна, пребивалиште зачетка је фактички пребивалиште мајке, о чему је напред било више речи.

[87] Вид. Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011, чл. 3, тач. 2.

[88] За остваривање права на рефундацију ПДВ-а по основу члана породичног домаћинства купца првог стана није, према томе, довољан само податак о пријављеној адреси пребивалишта, већ надлежан орган мора у сваком појединачном случају да, на основу и других расположивих доказа, утврди да ли лице може да се за пореске потребе сматра чланом породичног домаћинства. Вид. Управни суд, Пресуда У. 3784/10, од 9. септембра 2010. године.

[89] Одрицање у корист другог наследника уз истовремено уступање свог наследног дела значи да је лице у оставинском поступку дало изјаву о пријему наслеђа, односно позитивну наследничку изјаву.

[90] Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-180/2022-04, од 5. 4. 2022. године.

Према нашем мишљењу, у порески закон би требало уградити посебно антиабузивно правило како би се спречило да обвезник ПДВ-а изигра интенцију законодавца. Наиме, дете мора да буде зачето на дан овере уговора о купопродаји стана, а не на дан подношења захтева за рефундацију ПДВ-а, о чему обвезник мора да надлежном пореском органу поднесе валидну медицинску документацију, коју издаје лекарска комисија (а не лекар појединац). На дан подношења захтева за рефундацију дете не мора још да буде рођено. С обзиром на развој медицинске науке који омогућава да се ултразвучним прегледом и разним другим анализама потврди трудноћа, утврди да ли је фетус у мајчиној утроби жив и др., могућности злоупотреба у коришћењу наведене пореске погодности су значајно смањене.[91] Међутим, у закону би требало предвидети посебан порески прекршај за случај да порески орган утврди да је порески обвезник на основу неверодостојне медицинске документације остварио право на рефундацију ПДВ-а приликом куповине првог стана.

Кад се дете роди, порески обвезник – купац првог стана би имао законску обавезу да пореском органу у законом предвиђеном року (нпр. у року од 30 дана) достави извод из матичне књиге рођених и пријаву дететовог пребивалишта. Уколико након доношења решења о рефундацији ПДВ-а купцу првог стана дође до спонтаног побачаја, намерног прекида трудноће или се дете не роди живо, порески обвезник губи право на рефундацију ПДВ-а по основу зачетка.[92] Он би тада био у обавези да у најкраћем року (нпр. 15 дана) обавести Пореску управу о тој новонасталој чињеници. Порески орган би, на основу измењеног чињеничног стања, првобитно решење заменио новим и наложио обвезнику да у прописаном року уплати сразмеран део ПДВ-а који му је био рефундиран по основу зачетог а још нерођеног детета. На то решење не би била дозвољена жалба.

Међутим, ово питање би могло да се уреди и на други начин. Наиме, решењем пореског органа не би била обухваћена рефундација ПДВ-а од 15 м$^2$ по основу зачетка као члана купчевог породичног домаћинства, него би обвезник имао право да тек кад се дете роди живо поднесе захтев за повраћај оног дела више плаћеног ПДВ-а приликом куповине првог стана на који би према закону имао право на рефундацију. Наравно, обвезник би морао да достави комплетну

[91] Вид. више: L. Mahlinza, “Nasciturus fiction: Relics of outdated perspective – De Rebus“, September 2019, *https://www.researchgate.net/publication/345254361_Nasciturus_fiction_Relics_of_outdated_perspective_-_De_Rebus*, 25. март 2023.

[92] Ваља приметити да у ЗПДВ постоји правна празнина за случај да (било који) члан породичног домаћинства купца првог стана премине након доношења решења о рефундацији ПДВ-а.

медицинску документацију из које се види да (ли) је дете било зачето у тренутку овере купопродајног уговора и дан његовог рођења, као и осталу документацију[93] којом потврђује законом прописане услове за рефундацију ПДВ-а. Мишљења смо да је такво решење боље, јер отклања могућност да зачето а још нерођено дете буде евентуално „искоришћено“ у нелегитимне пореске сврхе.

Пошто непосредну корист од рефундације ПДВ-а има купац првог стана који је порески обвезник, који је интерес зачетог детета да би се сматрало већ рођеним. Према нашем мишљењу, купопродајни уговор није само у интересу обвезника ПДВ-а – купца првог стана,[94] већ и свих осталих чланова породичног домаћинства који живе заједно са њим. Средства која очекује од рефундације ПДВ-а обвезник може да искористи за куповину већег стана.[95] Након рођења, дете са осталим члановима купчевог домаћинства дели исти стамбени простор. Због пореске погодности родитељ(и) могу да купе стан веће површине те ће детету кад се роди бити обезбеђен комфорнији простор (нпр. засебна соба). Дакле, сваки члан домаћинства, укључујући и дете чије је зачеће медицински потврђено да постоји у моменту овере (односно солемнизације) купопродајног уговора, има посредну корист и интерес од права купца првог стана на рефундацију ПДВ-а. Уосталом, зар то такође није била интенција законодавца будући да је законом предвиђена рефундација не само за обвезника – купца него и по основу сваког члана његовог породичног домаћинства. Осим тога, апстраховање чињенице да је супруга купца првог стана, односно супруга која је купац првог стана трудна у тренутку овере уговора о купопродаји доводи зачетак у неравноправан положај не само у односу на већ рођену браћу и сестре него и у односу на друге чланове домаћинства (од којих неки нису, чак, у крвном сродству са купцем првог стана), што нарушава принцип једнакости у пореском праву.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Упоредо са медицинским напретком који омогућава континуирано праћење развоја фетуса у мајчиној утроби, и закони треба да се стално унапређују те би, између осталог, требало *pro futuro* испитати услове за ограничен домашај примене фикције *nasciturusa* у пореском праву. Неузимање у обзир претпоставке зачетка у одређеним порес-

[93] Документација која се подноси и за све остале чланове купчевог породичног домаћинства.

[94] Упор. Kate Hill-Bailey, “Nasciturus fiction – Rights of the unborn child“, *https://benitaardenbaum.com/nasciturus-fiction-rights-of-the-unborn-child/*, 4. април 2023.

[95] Упор. М. Живковић, 279.

коправним ситуацијама сматрамо да нарушава начело правичности и једнаког третмана. Због тога је циљ овог рада да покрене расправу о правном статусу *nasciturusa* у пореском праву, јер питање условљене правне способности зачетог а нерођеног детета може да има практичан значај код неких пореских облика.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце


1. Благојевић, Борислав Т, *Наследно право у Југославији*, Савремена администрација, Београд 1983;
2. Burton, Alison, “Women, the Unborn, the Common Law and the State”, *Southern Cross University Law Review*, Vol. 5, October 2001;
3. Гамс, Андрија (у сарадњи са Љиљаном М. Ђуровић), *Увод у грађанско право: Општи део*, Naučna knjiga, Beograd 1982;
4. Dev, Gowri, “Property Law and Unborn: The Legal Fiction and The Property Rights”, *International Journal of Legal Science and Innovation* 1/2020;
5. Живковић, Милош, „Правни статус насцитуруса“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1995;
6. Лексикон медијских и правних појмова у Републици Србији. Одредница 113 (Наследник), Савет Европе, 2019, *https://www.pars.rs-/images/biblioteka/leksikon-medijskih-i-pravnih-pojmova-u-RS.pdf;*
7. Mahlinza, Luphumlo, “Nasciturus fiction: Relics of outdated perspective – De Rebus“, September 2019, *https://www.researchgate.net/publication/345254361_Nasciturus_fiction_Relics_of_outdated_perspective_-_De_Rebus*;
8. Митић, Михаило, „Физичко лице“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 1978;
9. Moore, Ellen, „5 разлика између ембриона и фетуса“, *https://sr.-warbletoncouncil.org/diferencias-embrion-754*;
10. Moosa, Najma, “An argument for foetal protection within a framework of legal abortion in South Africa”, *Medicine and Law* 35/2016;
11. Mróz, Teresa, Urszula Drozdowska, “Legal protection of nasciturus in Poland-selected issues”, *Progress in Health Science*s 2/2011;
12. Симић, Јелена, “The Protection of Nasciturus Within the Civil Law”, *Правни записи* 2/2018;
13. Станковић, Обрен, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1995;
14. Стојановић, Драгољуб, „О директној одговорности за штете које претрпи још нерођено дете“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 9/1970;

15. Świto, Lucjan, “Legal Protection of the Unborn Child”, *Ecumeny and Law* 3/2015;
16. Тешић, Ненад, „О правнопословном осамостаљивању физичких лица“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ – 2013* (ур. В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013;
17. Haaf, Lisette ten, “Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches – The Subject of Rights and the Subject of Interests”, *German Law Journal* 5/2017;
18. Хибер, Драгор, „Основи грађанског права“, *Правни и рачуноводствени аспекти пореског саветовања* (ур. Г. Илић-Попов), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
19. Hill-Bailey, Kate, “Nasciturus fiction – Rights of the unborn child“, *https://benitaardenbaum.com/nasciturus-fiction-rights-of-the-unborn-child/*;
20. Casey, Gerard, *Born alive: the legal status of the unborn child in England and the U.S.A.*, Barry Rose Law Publishers, 2005, *http://www.amazon.com/Born-Alive-Status-England-US/dp/1902681460*;
21. Цветић, Раденка, „Правна способност и биомедицина“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011.

Правни прописи

1. Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/1982 и 48/1988, и *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015 и 14/2022;
2. Закон о матичним књигама, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 145/2014 и 47/2018;
3. Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015;
4. Закон о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 86/2004, 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 68/2014, 142/2014, 83/2015, 108/2016, 113/2017, 30/2018, 72/2019, 153/2020 и 138/2022;
5. Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 26/2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/2002, *Службени гласник РС*, бр. 45/2002, 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012, 47/2013, 68/2014, 95/2018, 99/2018, 86/2019, 144/2020, 118/2021 и 138/2022;
6. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 и 138/2022;

7. Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011;
8. Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара, *Службени гласник РС*, бр. 6/2001, ..., 141/2022;
9. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00824/2022-04, од 14. 9. 2022. године;
10. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-308/2016-04, од 18. 7. 2016. године;
11. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00583/2020-04, од 1. 9. 2020. године;
12. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-180/2022-04, од 5. 4. 2022. године;
13. Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015;
14. Управни суд, Пресуда У. 3784/10, од 9. септембра 2010. године;
15. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

*Full Professor Gordana Ilić Popov, LL.D.*
Faculty of Law, University of Belgrade

## THE FICTION OF NASCITURUS IN (SERBIAN) TAX LAW

*Summary*

The ability to be the holder of rights and obligations arises from birth, but modern legislations have accepted the legal fiction: *Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*, which dates back to Roman law and has found its application in the succession law. Conceived yet unborn child is referred to as nasciturus. According to this fiction, the conceived child is deemed to have been born when its benefits are concerned. Under the principle of fairness, the fetus in the mother's womb (if the child is born alive) will have the same succession rights and obligations as the testator's already-born children. The author hypothesizes that an unborn child's conditional and limited legal capacity can be recognized in the tax law, especially in relation to the property tax and the inheritance tax. In addition, she points out that the legal position of the conceived yet unborn child may be relevant in refunding the value-added tax paid when a parent purchases his or her first apartment in Serbia. In order to prevent the use of legal fiction for illegitimate tax avoidance, a special anti-abuse rule should be provided by the tax legislation. This paper aims to start a discussion about the legal status and capacity of nasciturus in tax law because the issue of its legal subjectivity in terms of property rights and obligations can have practical implications in certain areas of taxation.

**Key words:** *Conceived and yet unborn child; Nasciturus; Property tax; Inheritance tax; VAT refund; Legal capacity; Legal subjectivity*.

УДК/UDC 657.6
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

*Проф. др Љубиша Дабић*

Економски факултет Универзитета у Београду

# НАЧЕЛА ПОСТУПКА ДРЖАВНЕ РЕВИЗИЈЕ

*Поступак државне ревизије се не може уподобити у неки од судских поступака, али ни у општи управни поступак. За разлику од судских и општег управног поступка, али и других врста поступака (нпр. дисциплинског), поступак државне ревизије има низ посебности и специфичности које га чине особеним и нарочитим. Његова посебна својства се огледају у низу елемената, укључујући садржину и обавезност примене начела на којима је заснован.*

*Предмет истраживања су начела на којима почива поступак државне ревизије. Циљ рада је да се утврде и анализирају та начела ради лакшег и поузданијег утврђивања врсте поступка којој припада поступак државне ревизије, са свим његовим специфичностима. Сврха рада се огледа у обогаћивању правне литературе у области поступка државне ревизије.*

**Кључне речи:** Поступак државне ревизије; Начела поступка државне ревизије; Врховне ревизорске институције; Државна ревизорска институција Републике Србије.

## 1. УВОД

У обликовању права има велики број разноврсних изведених појмова, које наука изражава, као уосталом и непосредне појмове, дефиницијама. Поменућемо само „правне конструкције“ и „општа правна начела“. За наш предмет истраживања од непосредног значаја су општа правна начела, која се дефинишу као апстрактне и изведене норме из низа мање апстрактних норми, а „које важе за читав низ случајева обухваћених нижим нормама“.[1] Такво је, примера ради, начело истраживања материјалне истине, изведено из читавог скупа

Љубиша Дабић, *ljdabic@ekof.bg.ac.rs*.

[1] Р. Д. Лукић, *Методологија права*, Научна књига, Београд 1989, 215.

норми које се односе на судски или општи управни поступак.[2] Свако опште начело има добру страну „што нам краћим и јаснијим путем показује смисао читавог низа норми и тиме нам омогућује да дубље и тачније схватимо норме“.[3] Полазећи од смисла и значаја основних начела, реч је о одређеним принципима који су заједнички за целокупан пропис; основним начелима се на сумаран и прегледан начин изражава суштина на којој пропис почива; истовремено, она дају одређене смернице за схватање и примену прописа; сви остали делови прописа су разрада и конкретизација правила садржаних у њима.[4]

У једном правном систему егзистирају начела и материјалног и процесног права.[5] За наш предмет рада од непосредног значаја су управнопроцесна начела, а најнепосредније „начела поступка државне ревизије“.[6] Начела управног поступка и поступка државне ревизије су „полазне, најопштије и најважније норме сваког правног поступка“[7] у њиховом спровођењу у пракси. Нека од тих начела вуку своје корене из уставних одредаба, а сва заједно усмерена су остварењу истих циљева: заштити права грађана и обезбеђивању законитости[8] у спровођењу поступка.

У домаћем и упоредном праву поступак државне ревизије је посебне врсте, садржине и правне природе. Он је легалан, јер је законом уређен. Поједина питања су ближе уређена или разрађена подзаконским актима. То је јавноправни поступак, који се заснива и спроводи на одређеним начелима. Спроводи се на основу закона, других прописа и аутономних аката. Састоји се од предузимања низа правних радњи од учесника у поступку, у законом предвиђеним роковима,

---

[2] Генерално, начела поступка су основна правила (принципи, максиме, постулати и сл.) за рад у одређеном циљу. У зависности од циљева који се остварују, поједина начела су иста за све поступке (нпр. начело законитости), друга су слична (нпр. начело усмености, начело јавности), а поједина су различита (нпр. начело диспозиције, начело официјелности). В. Рајовић, „Начела парничног, ванпарничног и извршног поступка“, *Правни живот* 12/2003, 5.

[3] *Ibid*.

[4] Д. Милков, *Управно право II – управна делатност*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2016, 76.

[5] „Практичарима, који се баве применом права, правна начела омогућавају да лакше протумаче и схвате правне норме из области материјалног и процесног права.“ Н. Цицмил, *Поступак контроле који води Служба друштвеног књиговодства*, Београд 1990, 5.

[6] У земљама у којима је врховна ревизорска институција успостављена по моделу суда, од непосредног значаја су и начела судских поступака.

[7] З. Р. Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 265.

[8] Р. Марковић, *Управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2002, 303.

које су усмерене на остварење одређеног циља, а све заједно су усмерене на спровођење поступка и доношење извештаја о ревизији. Законодавства о државној ревизији[9] садрже, осим материјалноправних правила, и правила процесне природе. Потоњим правилима се уређује поступак остваривања права и обавеза у области ревизије буџетских средстава, односно уређују се питања надлежности и овлашћења, редоследа правних радњи, форми радњи, форми правних аката и материјалних правних радњи, као и друга питања.

За начела поступка државне ревизије од значаја су професионална правила (стандарди ревизије, правила струке), методе и етички стандарди – етички кодекс за државне ревизоре. Правни институти поступка државне ревизије представљају разраду и остваривање конкретних његових начела, која су законом формулисана изричито или прећутно, а којима се исказује суштина поступка ревизије. Одређена начела су међусобно повезана, узрокована и егзистирају у хармонији, за разлику од других која су међусобно супротстављена. Њихов значај се огледа у тумачењу и примени одредаба посебног законодавства о државној ревизији. „Своју улогу правна начела могу да одиграју само онда када су разрађена, прецизирана и уграђена у прописе чију би суштину требало да представљају. Нажалост, то није увек тако.“[10]

Врховне ревизорске институције (ВРИ)[11] спровођење поступка државне ревизије заснивају на примени начела из посебног закона којим је уређена државна ревизија, а супсидијарно и на начелима општег управног поступка, у већој или мањој мери. Такав је случај, примера ради, са српским[12] и бугарским[13] законодавством о државној ревизији. Поједина национална законодавства о државној ревизији не уређују начела поступка државне ревизије, али уређују начела (принципе) на којима су засноване њихове ВРИ или на којима оне обављају

[9] Израз „законодавство о државној ревизији“ је заједнички назив за посебне законе о државној ревизији, са различитим називима, који се примењују у истраживаним земљама.

[10] Д. Милков, Р. Радошевић, „Начело предвидивости у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 2.

[11] „Врховна ревизорска институција (ВРИ)“ се користи као генусни израз, под који се подводи сваки највиши државни орган унутар једне земље који врши контролу (државну ревизију) јавних финансија, независно од његовог званичног назива. Тај израз се користи и у међународним ревизијским стандардима и етичком кодексу INTOSAI.

[12] Закон о Државној ревизорској институцији, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 54/2007, 36/2010 и 44/2018 – др. закон, чл. 7.

[13] National Audit Office Act – The Republic of Bulgaria **(**Promulgated, SG No. 12/13.02.2015, amended, SG No. 98/9.12.2016, effective 1.01.2017, SG No. 96/1.12.2017, effective 1.01.2018, SG No. 99/12.12.2017, effective 1.01.2018, supplemented, SG No. 103/28.12.2017, effective 1.01.2018, amended, SG No. 7/19.01.2018**)**, чл. 4.

рад и пословање. Такав је случај са Литванијом, јер се у њеном закону о државној ревизији констатује „да се делатност ВРИ заснива на принципима независности, законитости, јавности, неутралности и професионализма“.[14] И законодавац Бугарске набраја пет груписаних основних принципа на основу којих се одвија делатност националне ВРИ, а то су: независност, објективност и добра вера; професионализам, интегритет и непристрасност; доследност и предвидљивост; јавност и транспарентност; поверење, сарадња и конструктивност.[15] Имајући у виду да је основна делатност ВРИ да врши ревизију и спроводи поступак државне ревизије, у коме је ова институција главни учесник и носилац тог поступка, у том случају се набројани законски принципи протежу и на поступак државне ревизије. Ако се пажљивије анализирају, запажа се да су предметни принципи на општији начин формулисани у односу на начела у посебним законима о државној ревизији и закону о општем управном поступку, да посредно и непосредно сва долазе до изражаја и у спровођењу поступка државне ревизије и да представљају темељ, непосредно за рад и организацију ВРИ, а посредно за спровођење целокупног поступка ревизије.

У нормирању и примени начела поступка државне ревизије огледа се њихов велики значај и улога. С једне стране, њима се остварује заштита јавног интереса, а с друге стране, заштита интереса субјеката ревизије. И ВРИ и субјекти ревизије су дужни да се придржавају начела поступка ревизије у сваком конкретном случају, јер у крајњем случају њихова повреда води у битну повреду процесних правила. За случај њихове повреде могу се активирати одговарајући механизми и евентуално правна средства.

У Србији поступак државне ревизије почива и спроводи се на одређеним законским начелима. Осим што се у српском Закону о Државној ревизорској институцији (ДРИ) изричито помињу, односно појмовно дефинишу или произлазе из одговарајућих правних института (на пример: економије, ефикасности и ефективности; заштите података; права на приговор и др.), поједина начела се примењују на основу сходне примене одговарајућих одредаба Закона о општем управном поступку (ЗУП). Због констатованог, у спровођењу поступка државне ревизије долазе до изражаја начела општег управног поступка, у изворном или модификованом облику, и то: начело законитости и предвидивости, начело сразмерности, начело заштите права

[14] Law on National Audit Office Republic of Lithuania, 30 May 1995, No I-907, Vilnius (As last amended on 26 March 2015 – No XII-1588), чл. 5, ст. 2.

[15] National Audit Office Act – The Republic of Bulgaria, чл. 55.

странака, начело помоћи странци и др.[16] Осим изричито формулисаних начела у посебном законодавству о државној ревизији и начела општег управног поступка, постоје и начела која нису изричито утврђена у посебном законодавству и закону о управном поступку, већ их је утврдила теорија полазећи од духа закона.[17] Примера ради, то су начело официјелности, усмености и писмености, начело непосредности и посредности и др.

Напред набројаним начелима за спровођење поступка државне ревизије нису исцрпљена сва начела предметног поступка. Креирање начела је „ствар правне теорије и систематике“, а сваки пропис је „еманација једног начелног става законодавца“, јер „формулисање тих начела зависи у многоме од личног схватања појединих писаца“.[18]

Наш предмет истрживања тиче се начела из области процесног права, тј. управног процесног права. Конкретније, начела једног посебног, нарочитог, поступка – поступка државне ревизије. Њихова садржина је условљена, првенствено, природом правне ствари о којој се одлучује, односно циљем и квалитетом заштите која се у том поступку остварује. То су правила којих се морају придржавати сви учесници у поступку ревизије, а начела им омогућавају да заштита која се остварује буде објективна, законита и економична. Њихова примена у пракси огледа се кроз смернице за предузимање процесних радњи, односно да се примењују у одређеном степену ради остваривања правне заштите, која им је сврха.

У наставку овог рада биће изложена релевантна начела поступка државне ревизије, са посебним акцентом на њихове специфичности, у контексту њихове саржине и обавезности примене. Циљ рада је да се утврде и анализирају начела ради лакшег и поузданијег утврђивања врсте поступка којој припада поступак државне ревизије.

## 2. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И ПРЕДВИДИВОСТИ

Начело законитости и предвидивости је основно начело у управном процесном законодавству.[19] Традиционално начело законитости

[16] Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС,* бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење, чл. 4–15. Текст новодонетог српског ЗУП-а (2016) донео је и новине које се тичу, између осталог, новоуведених начела, односно начела са новом садржином.

[17] З. Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд 2019, 317.

[18] Л. Костић, *Административно право краљевине Југославије, Друга књига – Делатност управе*, Београд 1936, 215.

[19] ЗУП, чл. 5.

је проширено са европским начелом сразмерности у јединствено начело управног поступка. У управноправној теорији је уочено да је „начело предвидивости уведено у ЗУП на непрецизан и нејасан начин, због чега његов прави домашај не може тако лако да се „предвиди“.[20] Примена начела законитости и предвидивости у спровођењу поступка и вршења државне ревизије захтева од ВРИ да поступа на основу закона, других прописа и општих аката, али и на основу правила струке и етичког кодекса. На пример, мађарски законодавац захтева да државна ревизија мора да се врши „у складу са законским прописима, програмом ревизије, као и професионалним правилима, методама и етичким стандардима“.[21]

Поступак државне ревизије је строго формалан, заснован на највећем броју императивних норми, а само одређена питања су уређена диспозитивним. За овај поступак су од посебног значаја алтернативно-дисјунктивне норме, којима је регулисан, јер у њима постоји одређени степен дискреционог овлашћења, с једне стране за ВРИ, а с друге стране, за субјекте ревизије.

Норме са строго одређеном диспозицијом називају се когентним правним нормама, а право које конституишу назива се когентно право (*ius cogens*). Таквих је норми највише у регулисању поступка државне ревизије. Међутим, овај поступак садржи и норме различите по интензитету, односно степену неодређености диспозиције. Ово нарочито важи за диспозиције општих норми. Код њих диспозиција „мора бити делимично неодређена, растегљива и подесна за прилагођавање у исто време“.[22] Уз помоћ неодређености диспозиције опште правне норме, као правно-техничким средством, успоставља се извесна мера слободе која ВРИ и субјектима ревизије допушта да тражење из диспозиције ближе одреде, било да се оно односи на њихово сопствено поступање, било на понашање другог субјекта.

Примењено на предметни поступак, ближе одређење може да се односи на поступање ВРИ, али и на поступање конкретно ревидираног субјекта.

Алтернативна диспозиција у поступку државне ревизије може бити упућена субјекту овлашћења и субјекту обавезе. Још конкретније, свака норма субјекту овлашћења даје могућност избора да своје право користи или не користи, а само изузетно ову могућност норма

[20] Д. Л. Милков, Р. С. Радошевић (2020), 3.

[21] Act LXVI of 2011 on the State Audit Office of Hungary, Effective: 1 July 2011 – 31 December 2011, чл. 24, ст. 1, тач. б).

[22] К. Чавошки, Р. Васић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 325.

даје субјекту обавезе.[23] У поступку државне ревизије, законодавац предвиђа алтернативне диспозиције и на страни ВРИ, и на страни ревидираног субјекта, уз могућност, у законом одређеним случајевима, да се субјект овлашћења користи могућношћу избора. По правилу, у улози субјекта овлашћења се појављује ВРИ, а у улози субјекта обавезе ревидирани субјект. Међутим, у појединим ситуацијама законодавац допушта субјекту ревизије да се понаша у улози субјекта овлашћења.

Релативно одређене (дисјунктивне) диспозиције се могу поделити на: диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима, алтернативне диспозиције, диспозиције које дају дискрециону власт и диспозитивне диспозиције.[24] По својој природи, функцији и правним вредностима које додирују, најделикатније су норме чије диспозиције садрже овлашћење за вршење дискреционе оцене. Каткад се ове норме сматрају посебном врстом алтернативних правила, која се од других разликују по томе што су упућене државним, пре свих управним органима. У нашем случају, оне су упућене доминантно ВРИ. Норме с дискреционим овлашћењем носиоцима државно-правне власти додељују надлежност, која представља својеврсно јединство дужности и овлашћења, да одлучују о правима и дужностима других субјеката.[25] У поступку државне ревизије, законодавац на основу норме с дискреционим овлашћењем, у законом одређеним случајевима овлашћује ВРИ да одлучује о правима и дужностима конкретног субјекта ревизије.

Кад је ВРИ законом овлашћена да примењује дисјунктивне правне норме, тј. да одлучује по слободној оцени, дужна је да своју одлуку заснује у границама законом датих овлашћења и сагласно циљу због кога је овлашћење дато (начело законитости). Такође, ВРИ је дужна да у спровођењу поступка ревизије води рачуна и о пракси претходно спроведених поступака са истим или сличним предметом ревизије (начело предвидивости). Уосталом, на то је обавезују и правила струке – стандарди државне ревизије.

Начело предвидивости је у српском ЗУП-у регулисано заједно са начелом законитости. То није урађено случајно, јер примена начела предвидивости, као нова садржина класичног начела законитости, не значи „увођење прецедентог система“ у општи и посебне управне поступке, односно поступак државне ревизије, већ је у последњем

[23] *Ibid.*, 327.

[24] Д. Митровић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 171.

[25] К. Чавошки, Р. Васић, 328–329.

поступку израз уставног начела једнакости свих субјеката ревизије пред законом и гарантија њихове једнаке заштите пред државним органом.

Начело предвидивости мора бити примењено у поступку вршења државне ревизије од стране ВРИ, како на основу целокупног духа закона о државној ревизији, тако и на основу сходне примене одговарајућих одредаба закона о општем управном поступку. Оно се темељи на уједначеној пракси ВРИ у спровођењу поступка ревизије. Примена начела законитости и предвидивости има за циљ да се унапреди правна сигурност и извесност субјеката ревизије, а да се пракса спровођења поступка и вршења државне ревизије што је могуће више устали и уједначи.

Начело предвидивости је претпоставка једнакости свих учесника у поступку државне ревизије, а истовремено и гарантија њихове једнаке заштите пред националном ВРИ. Његова доследна примена штити легитимна очекивања ревидираних субјеката.[26] Тиме се унапређује правна сигурност и извесност за субјекте ревизије, а да се пракса ревизије у што већем степену уједначи и устали, уз одговарајући степен неминовне флексибилности. Национална ВРИ је дужна да поступа у складу са претходном праксом у истим или сличним ревизијама. Међутим, у управној теорији се заступа и другачији став, да начело предвидивости, „само за себе, оно у нашем управном поступку суштински ништа не значи и не мења. Самим тим, за његовим увођењем није било никакве потребе“.[27]

## 3. НАЧЕЛО ОФИЦИЈЕЛНОСТИ

У управном поступку преовлађује начело официјелности, јер поступак покреће надлежни орган. За овај поступак је без значаја на који начин орган долази до сазнања да поступак треба покренути. Његово покретање на захтев странке је сужено, али није искључено. То је случај када се у поступку решава превасходно приватни интерес.[28]

Поступак државне ревизије је заснован на начелу официјелности, јер не долази до изражаја страначка иницијатива, као што је то случај

[26] „То што се начело предвидивости и заштите легитимних интереса странака објашњава кроз законитост, једнакост и правну сигурност није ништа необично. Оно ни не може да се објасни на други начин, јер ни нема посебну садржину. У њему се само мешају поједини аспекти начела законитости, једнакости и правне сигурности. Предвидивост и легитимна очекивања само су одраз начела законитости, једнакости и правне сигурности, а не неко ново и посебно начело.“ Д. Л. Милков, Ратко С. Радошевић (2020), 16–17.

[27] *Ibid.*

[28] Р. Марковић, 317–318.

у управном или грађанском судском поступку. Напросто, покретање и спровођење поступка ревизије претпоставља реализацију јавног интереса.

У првом реду, начело официјелности значи да ВРИ сама покреће овај поступак, по службеној дужности, не чекајући и не очекујући иницијативу или предлог субјекта ревизије или налог неког државног органа. За примену овог начела је најважније да ВРИ самостално цени да ли је потребно покретање поступка и одлучује да ли ће га и кад покренути (факултативна државна ревизија), осим у законом изричито одређеним случајевима, када га мора покренути по сили закона (обавезна државна ревизија).

Начело официјелности поступка државне ревизије долази до изражаја у фази његовог покретања, али и у наредним фазама поступка. По правилу, питања настављања и обустављања овог поступка се решавају применом начела официјелности. ВРИ, сагласно закону, „одлучује о предмету, обиму и врсти ревизије, времену почетка и трајања ревизије, осим ако законом није другачије одређено“,[29] као и о поступку после предаје коначног извештаја о ревизији ревидираном субјекту.

## 4. НАЧЕЛО СРАЗМЕРНОСТИ

У европска начела модерне, уређене, ефикасне и делотворне државне управе спада и начело сразмерности. Оно је по први пут уведено у правни систем Србије ЗУП-ом (2016), чија примена долази до изражаја и у поступку државне ревизије. Његова суштина се огледа у томе, да уколико се у поступку вршења ревизије субјекту ревизије ограничавају права, или се утиче на његове правне интересе, или му се налажу одређене обавезе, ВРИ је у том случају дужна да примењује мере које су за ревидираног субјекта повољније, под условом да се њима остварује сврха закона и да тиме није угрожено постизање јавног интереса или права и интереса ревидираног субјекта и трећих лица. Истиче се да је по среди „одмеравање и усклађивање три постулата“:[30] првог, остваривања јавног интереса, другог, очувања интегритета и позиције субјекта ревизије, као и суштине његових права и, трећег, законитости поступања.

Сврха начела сразмерности се огледа у јачању одмерености и одговорности националне ВРИ и примени закона о државној ревизији и других прописа.

[29] Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 35, ст. 2.

[30] Влада Републике Србије, *Образложење Предлога закона о општем управном поступку*, 3.

Национална ВРИ у вршењу ревизије може да ограничи право ревидираном субјекту или да утиче на његове правне интересе само оним поступањем (по врсти, облику, садржини и начину) које је неопходно да се њиме оствари сврха посебног закона и других прописа и само ако та сврха не може да се оствари другачијим поступањем. Такође, ово начело налаже националној ВРИ да у случају када се субјекту ревизије налаже нека обавеза, онда је дужна да примени оне од прописаних мера које су по њега повољније, под условом да се њима остварује сврха посебног закона.[31] Имајући у виду да ВРИ у поступку државне ревизије одлучује по слободној оцени, значај предметног начела је у том случају већи. Поступање ВРИ у поступку вршења ревизије мора да буде такво „да се њиме не само постиже циљ (посебног – Љ. Д.) закона у датој ситуацији – остваривање и заштита у њој ангажованих интереса, него мора да буде *и по обиму и захвату пропорционална* – ни мања ни већа – прилагођена, прикладна тој сврси“.[32]

## 5. НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ПРАВА СТРАНАКА И ОСТВАРИВАЊА ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА

Ово управно процесно начело,[33] примењено у спровођењу поступка државне ревизије, захтева од ВРИ да омогући субјектима ревизије („странци“) да што лакше заштите и остваре своја права и правне интересе, али не на штету права и правних интереса трећих лица или јавног интереса. Ово начело се комбинује са другим начелима, првенствено са начелом економичности и законитости.

У посебном законодавству о државној ревизији уграђене су одредбе које превасходно имплицитно штите интересе субјеката ревизије и трећих лица, али и оне које експлицитно штите њихова права.[34] Дужност је националних ВРИ да ревидираним субјектима омогуће да што лакше и потпуније заштите и остваре своја права, истовремено водећи рачуна да не штете интересима и правима трећих лица, као и јавном интересу.

Нарочити положај и улога националне ВРИ (највиши државни орган ревизије буџетских и других јавних средстава у држави) у

[31] ЗУП, чл. 6.

[32] З. Р. Томић (2019), 127.

[33] ЗУП, чл. 7.

[34] На пример, литвански законодавац експлицитно у наднаслову чл. 15 – „Права и одговорности субјеката ревизије“ регулише заштиту њихових права. Law on National Audit Office Republic of Lithuania, чл. 15, ст. 1.

спровођењу поступка ревизије огледа се и у старању и остваривању јавног интереса.

## 6. НАЧЕЛО ПОМОЋИ СТРАНЦИ

Начело помоћи странци је уређено у управном процесном законодавству,[35] али не и у посебним законима о државној ревизији. Примера ради, оно је у Србији примењиво, макар незнатно, у извршавању ревизорских надлежности ДРИ, на основу сходне примене одговарајућих одредаба ЗУП-а. Ово начело је „израз коректности и правилног односа пре свега према странци“ у управном поступку,[36] односно према ревидираном субјекту и другим учесницима у поступку ревизије.

Иако субјект ревизије није странка у смислу странке у управном поступку, ово начело долази до изражаја и у поступку вршења државне ревизије. Начело помоћи ревидираном субјекту и другим учесницима у поступку ревизије од ВРИ у блиској је вези са начелом сразмерности. Прво, ВРИ по службеној дужности пази да незнање учесника у овом постуку не буде на штету права која им припадају. На пример, незнање може да се огледа у немању информације да је одређени правни пропис измењен у погледу конкретног питања. Будући да је претпоставка да се ревидирани субјект (државни орган, организација или ентитет) самостално брине о својим правима и доноси одлуке које ће радње предузети у поступку ревизије, дужност је овлашћеног лица ВРИ да га упозори, подучи, позове ради давања обавештења и сл. Друго, кад ВРИ сазна или оцени да учесник у поступку има основа за остваривање неког права или правног интереса, дужна је да га упозори. Треће, ако у току спровођења поступка ревизије дође до измене прописа који је од значаја за поступање у вршењу ревизије, ВРИ је дужна да о томе обавести учесника у поступку. Према предметном управнопроцесном начелу, „орган поступка (ВРИ – Љ. Д.) није само страна са јачом вољом, него је он уједно и помагач и саветодавац странке“ (ревидираног субјекта – Љ. Д).[37]

[35] ЗУП, чл. 8.
[36] Р. Марковић, 316.
[37] *Ibid.*, 317.

## 7. НАЧЕЛО ДЕЛОТВОРНОСТИ И ЕКОНОМИЧНОСТИ ПОСТУПКА

У Србији је „начело делотворности и економичности поступка“ креација и предмет уређења у управном процесном закону,[38] док су у посебном закону о државној ревизији појмовно дефинисана три начела: економије, ефикасности и ефективности.[39] Последња три начела су различито регулисана или само заступљена на различите начине и у посебним законима о државној ревизији других земаља.

У управној литератури се истиче да су „економичност поступка“ и „његова делотворност“ (ефикасност, тачније ефективност) сједињене у исто начело, јер се целокупне процесне уштеде морају компоновати са оптималним процесним резултатом.[40] Ово начело је у непосредној вези са начелима законитости, истине и слободне оцене доказа.

Због значаја које ово управно начело има у спровођењу поступка ревизије, оно је у Србији предмет регулисања и у посебном закону о државној ревизији, кроз три начела којима законодавац утврђује њихово појмовно значење. Њихова реализација се огледа у дужности ДРИ да учесницима у поступку ревизије, првенствено субјектима ревизије, омогући да успешно и целовито остваре и заштите права и правне интересе. А поступак ревизије се мора водити и спроводити без одуговлачења, али тако да се изведу сви докази потребни за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. ДРИ може од субјекта ревизије да захтева само оне податке који су неопходни за састављање извештаја о извршеној ревизији. У посебном закону о државној ревизији Велике Британије правни институти (економске катего-

[38] ЗУП, чл. 9.

[39] *Начело економије* „подразумева минимални утрошак средстава за одређену активност, водећи рачуна да се тиме не доведе у питање очекивани квалитет“. *Начело ефикасности* „представља однос између постигнутих резултата у производњи роба или пружању услуга и искоришћених ресурса за производњу, односно пружање услуга“. *Начело ефективности (успешности)* „представља степен до кога су постигнути постављени циљеви, као и однос између планираних и остварених ефеката одређене активности“. Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 2, тач. 5–7. Бугарски законодавац предметна начела структурно дефинише у оквиру допунске одредбе, а садржински у оквирима „ревизије делотворности“ и непосредно у функцији државне ревизије. Наиме, *ефективност* „је степен остварења циљева ревидираног објекта када се упореде стварни и очекивани резултати његових активности“; *ефикасност* „је постизање максималних резултата из ресурса који се користе у обављању делатности ревидираног објекта“; *економичност* „је стицање са најмањим трошковима потребних средстава за спровођење делатности ревидираног објекта у складу са захтевима за квалитет ресурса“. National Audit Office Act – Bulgaria, допунска одредба, параграф 1, тач. 4.

[40] З. Р. Томић (2019), 134.

рије) „економичност, ефикасност и ефективност“ се не уређују као начела поступка државне ревизије, али се детаљно регулишу у закону и користе у предметном поступку као посебно поглавље.[41] И у Чешкој предметни институти нису регулисани као начела, али се њихов значај истиче у поступку вршења ревизије. Захтева се од националне ВРИ да испита да ли је пословање ревидираног субјекта у складу са законским прописима, да провери да ли је суштински и формално исправно, као и да испита „да ли је ефективно, економично и ефикасно“.[42] А законодавац Бугарске на посредан начин уводи предметне принципе у спровођење поступка државне ревизије, с једне стране, преко ревизије учинка (делотворности), а с друге стране, преко основног задатка националне ВРИ – да се „законито, ефективно, ефикасно и економично управља јавним средствима и пословима“.[43]

Предметна начела посебно долазе до изражаја у предузимању радњи од ВРИ, субјекта ревизије и других учесника у поступку. Конкретније, на пример, код начина комуницирања, обавештавања и достављања између ВРИ и субјекта ревизије, код утврђивања чињеничног стања у субјекту ревизије, код састављања извештаја о ревизији. Поступак државне ревизије се као поступак посебне врсте, који има елементе посебне врсте управног поступка, разликује суштински од судског поступка, са изузетком оних земаља у којима је успостављен модел ревизорског суда. Док у судским поступцима доминира расправно начело, што такав поступак по правилу чини дужим и скупљим, дотле су управни поступци и поступак државне ревизије по правилу мање формални, бржи и јефтинији (економичнији), јер се спроводе уз ниже трошкове. Законска је обавеза ВРИ и субјекта ревизије да се поступак ревизије спроводи са неопходним и законом одређеним формалностима, без одуговлачења и са неопходним трошковима. Међутим, описано поступање субјеката ревизије не сме да противречи начелима законитости, истине и слободне оцене доказа.

## 8. ИНКВИЗИЦИОНО НАЧЕЛО

Насупрот инквизиционог стоји начело диспозиције, које је заступљено без изузетка у грађанском судском поступку (странка самостално прикупља и изводи доказе и користи доказна средства по свом нахођењу). У управном поступку првенствено и доминантно долази

[41] Део II – Испитивања економичности, ефикасности и ефективности, тач. 6–9. National Audit Act 1983.

[42] Act No. 166. (1993), Concerning the Supreme Audit Office – The Czech of Republic, чл. 4, ст. 1.

[43] National Audit Office Act – Bulgaria, допунска одредба, параграф 1, тач. 4 и чл. 2.

до изражаја инквизиционо начело,[44] уз одређена одступања у корист диспозиционог начела. И поступак државне ревизије је заснован на инквизиционом начелу. ВРИ самостално прикупља и износи доказе или се те радње предузимају по њеним захтевима према ревидираном субјекту. Такође, у надлежности је ВРИ да определи које ће се чињенице у поступку ревизије доказивати и којим доказним средствима. У контексту плана ревизије, чешка ВРИ има право да прибавља податке/документа потребне за израду плана ревизије и његове измене. Особа од које ВРИ тражи податке/документа дужна је да достави информације и документа ВРИ у року који она одреди. „Прибављени материјали могу да се користе у ревизији као информације о истражним и сродним чињеницама.“[45]

## 9. НАЧЕЛО ИСТИНЕ И СЛОБОДНЕ ОЦЕНЕ ДОКАЗА

У литератури управног процесног права се истиче да је „из инквизиционог начела рођено (је) начело материјалне истине или обрнуто“.[46] Традиционално начело „материјалне истине“ је у савременом управном законодавству скраћено и проширено у „начело истине“. Његовом применом у спровођењу поступка државне ревизије остварује се основни постулат овог поступка: остваривање јавног интереса. Оно је примењиво на сва доказна средства, осим на јавне исправе, јер јавне исправе садрже материјалну истину. Начело истине захтева од ВРИ да у поступку вршења ревизије пође од стварног, *de facto* стања. А да у поступку утврђивања чињеница и извођења доказа дође до објективне, стварне, материјалне и пуне истине, оне која је од значаја за састављање коначног извештаја о извршеној ревизији, независно од тога да ли утврђене чињенице иду у прилог или на штету ревидираног субјекта.

У предметном законском начелу су садржана два начела: начело истине и начело слободне оцене доказа. Оба су међусобно повезана, узрокују се и међусобно чине хармоничну целину. Да би ВРИ у спровођењу поступка државне ревизије дошла до правог стања ствари код ревидираног субјекта, нужно је било да јој законодавац пружи одговарајућу слободу у оцени прикупљених доказа. Значи, да ревизори самостално одлучују, по сопственом уверењу, које ће чињенице узети као доказане, а које ће доказивати уз помоћ доказних средстава

[44] Реч инквизиција долази од латинског глагола *inquirere*, што значи испитивати, истраживати.

[45] Act No. 166. (1993), Concerning the Supreme Audit Office – The Czech of Republic, чл. 17, ст. 2.

[46] Л. Костић, 204.

(исправе, изјаве ревидираног субјекта или трећих лица, вештаци, сведоци).

Начело истине и слободне оцене доказа предмет је уређења у ЗУП-у, али и у појединим посебним законима о државној ревизији. Полазећи од садржине српског ЗУП-а, примењено на спровођење поступка државне ревизије у Србији, од ДРИ се захтева да правилно, истинито и потпуно утврди све чињенице и околности које су од значаја за законито и правилно поступање у поступку вршења државне ревизије над субјектом ревизије.[47] Ревизори и друга овлашћена лица у ДРИ одлучују по сопственом уверењу које ће чињенице узети као доказане, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка извршене ревизије.[48] Начело слободне оцене доказа „не значи да је органу који води поступак допуштена самовоља и шиканирање“ овлашћених лица субјеката ревизије или других учесника у поступку. Нужно је да орган „своју оцену доказа, односно уверење подробно и темељно образложи“ у извештају о ревизији.[49] На примеру Чешке, предметно начело је у посебном закону о државној ревизији формулисано на лапидаран начин, коришћењем одговарајућих правних стандарда. Стављено је у дужност ревизорима да у вршењу ревизије „утврде право стање ствари“ и „да путем документованих доказа демонстрирају право стање ствари“.[50]

Начело слободне оцене доказа је неодвојиво од начела истине. У домаћој управнопроцесној литератури се истиче да начело слобоне оцене доказа обухвата неколико група овлашћења за службено лице које води поступак: да одреди које чињенице треба доказивати а које не, полазећи од степена њиховог утицаја на решавање ствари; да сам изврши избор доказних средстава – придајући им већи или мањи значај, у зависности од конкретних околности; да самостално, по свом уверењу, сматра поједине чињенице доказаним, односно недоказаним.[51]

У поступку државне ревизије законодавац је дао право ревидираном субјекту да укаже на „непотпуно“ или „погрешно утврђено

[47] „У циљу утврђивања тачног и потпуног чињеничног стања у поступку ревизије прописано је низ законских обавеза, и то како за субјекта ревизије, тако и за овлашћена службена лица ДРИ“. Z. Lončar, “Administration Control by the State Audit Institution”, *Teme* 3/2012, 1305.

[48] ЗУП, чл. 10.

[49] Р. Марковић, 309.

[50] Act No. 166. (1993), Concerning the Supreme Audit Office – The Czech of Republic, чл. 22, ст. 1.

[51] З. Р. Томић (2019), 138–39.

чињенично стање“. Уз одређене изузетке у посебном законодавству о државној ревизији, грешке које је учинио ревизорски тим испред ВРИ не исправљају се у поступку по жалби од стране другостепеног органа ревизије (управни поступак), већ од стране саме ВРИ у законом о државној ревизији предвиђеном поступку (поступак државне ревизије).

## 10. ПРАВО СТРАНКЕ НА ИЗЈАШЊАВАЊЕ

Ово начело је експлицитно садржано у управном процесном законодавству, а имлицитно и у посебном законодавству о државној ревизији. Оно је у непосредној вези са другим начелима, као што су начела: законитости, истине, слободне оцене доказа, права странака и заштите јавног интереса. Странци у управном поступку мора да се пружи прилика да се изјасни о чињеницама које су од значаја за одлучивање у конкретној управној ствари. Само када је то законом допуштено, може се одлучивати без претходног изјашњавања.[52]

Начело право странке на изјашњавање је заступљено и разрађено у већем броју одредаба посебних закона о државној ревизији. Посебан значај имају одредбе о испитном поступку који спроводе ревизори и друга овлашћена лица испред ВРИ ради утврђивања чињеница и околности које су од значаја за израду извештаја о ревизији. Такође, и ради давања могућности ревидираним субјектима да остваре и заштите своја права и правне интересе. Ревидирани субјекти имају право да учествују у испитном поступку, да дају потребне податке и да бране своја права и законом заштићене интересе. Њима је законодавац омогућио да износе чињенице које би могле бити од утицаја на састављање ревизорског извештаја. Такође, они могу све до законом одређеног рока да допуњују и образлажу своје тврдње.

ВРИ преко својих ревизора и других овлашћених лица у поступку ревизије има дужност да створи услове, односно да пружи могућност да се ревидирани субјект користи својим процесним правом изјашњавања у вези са њеним предузетим радњама у поступку, а само када је законом предвиђено – да саслуша законског заступника или друго овлашћено лице субјекта ревизије. ВРИ ће донети извештај о ревизији са његовим налазом и мишљењем и без изјашњавања ревидираног субјекта, у оним приликама када он своје законско право није користио иако је то могао.

Начело право странке на изјашњавање у поступку државне ревизије заступљено је и у српском закону о ДРИ и пословнику ДРИ. У

[52] ЗУП, чл. 11.

наведеним прописима се инсистира да се субјект ревизије изјасни о свим чињеницама које су од значаја за састављање и доношење извештаја о ревизији. ВРИ је дужна да, пре него што донесе својеврсну одлуку – извештај о ревизији, допусти ревидираном субјекту да се изјасни у свим стадијумима израде извештаја и омогући заштиту његових права и интереса. За реализацију предметног начела законодавац је креирао одређене правне инструменте за ревидираног субјекта, као што су: право на подношење образложеног приговора на нацрт извештаја о извршеној ревизији, позив одговорног лица ревидираног субјекта на расправу о нацрту извештаја о извршеној ревизији и право на приговор на налаз ревизије садржан у предлогу извештаја о ревизији.[53]

У Мађарској је предметно начело у посебном закону уређено као „право на подношење запажања“. Најпре, ВРИ је дужна да достави своје налазе о извршеној ревизији руководиоцу субјеката ревизије или лицу које он именује и лицу чију је личну одговорност утврдила. Затим, руководиоцу субјеката ревизије и одговорном лицу је остављена могућност да поднесу запажања о налазима извршене ревизије, у року од 15 дана, у писаној форми. Најзад, ВРИ је дужна да одговори на запажања, у писаној форми, у року од 30 дана. У свом одговору, ВРИ је дужна да наведе запажања која нису узета у обзир од субјекта ревизије, као и да наведе разлоге за њихово неприхватање.[54]

Право ревидираног субјекта на изјашњавање се по својој садржини разликује од давање изјаве ревидираног субјекта. Док изјава ревидираног субјекта има снагу доказног средства, чија је сврха утврђивање правно релевантних чињеница у поступку, дотле је право ревидираног субјекта на изјашњавање једно од основних начела у поступку државне ревизије.

## 11. НАЧЕЛО САМОСТАЛНОСТИ

Начело самосталности је једно од основних начела у управном процесном законодавству, док је оно у посебном законодавству о државној ревизији заступљено, по правилу, посредно, првенствено преко самосталности (и независности) ВРИ.[55] Полазећи од сходне примене одговарајућих одредаба закона којим се уређује управни

[53] Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 39, ст 2, чл. 39, ст. 3 и чл. 39, ст. 13.

[54] Act LXVI of 2011 on the State Audit Office of Hungary, чл. 29.

[55] „У ствари, реч је о независности вршилаца управе, која може бити реална (орган или организација надлежни за решавање управне ствари) и персонална (овлашћено службено лице).“ Р. Марковић, 309.

поступак у извршавању ревизорских надлежности националне ВРИ, до изражаја долази и начело самосталности. ВРИ, као главни учесник у поступку, врши самостално државну ревизију, у границама законом и другим прописима одређених овлашћења (реална самосталност). Значи, „основ, оквир и граница“ њеног рада јесте закон.[56] Државни ревизори и друга овлашћена лица ВРИ самостално утврђују чињенично стање и на основу тога примењују законе и друге прописе у спровођењу поступка државне ревизије (персонална самосталност).[57] Независност ревизора и других овлашћених лица ВРИ у поступку државне ревизије има две компоненте: прва, самосталност код утврђивања чињеница и околности, сагласно начелу истине и слободне оцене доказа; друга, самосталност у примени материјалних прописа на утврђено чињенично стање у извођењу одговарајућег закључка.[58]

Националне ВРИ поступају самостално, у оквиру својих законом одређених надлежности и овлашћења, у контроли трошења јавних средстава код конкретног субјекта ревизије, над чијим финансијским извештајима и пословањем врше ревизију. ВРИ је самостална, како при спровођењу поступка ревизије, тако при изради извештаја о ревизији и изношења налаза и мишљења. Та самосталност претпоставља да ВРИ нико не може и не сме одређивати, тј. давати било какве налоге у погледу спровођења конкретног поступка или каква ће бити садржина извештаја о ревизији, као и да ВРИ не сме да прихвати било каква и од било кога добијена наређења и налоге или да поступа по њима.

Примена начела самосталности је у сагласности са статусом ВРИ, која је самостална (и независна) у односу на извршну власт, али и на друге субјекте, ентитете и појединце. Та самосталност је по правилу, с једне стране, функционална а, с друге стране, организациона. На пример, у Мађарској ВРИ „врши своју ревизију независно од било које друге организације“,[59] у Србије је одређено да је ДРИ „самосталан и независан државни орган“, а у Литванији да се делатност ВРИ заснива и на принципу „независности“.

## 12. ПРАВО НА ЖАЛБУ И/ИЛИ ПРИГОВОР

Начело права на жалбу је једно од основних начела сваког демократског правног система, па и сваког процесног права. Исто је поди-

[56] *Ibid.*
[57] Вид. ЗУП, чл. 12.
[58] З. Р. Томић (2019), 147.
[59] Act LXVI of 2011 on the State Audit Office of Hungary, чл. 1, ст. 2.

гнуто на ранг уставне категорије. Због тога, ово начело је садржано и у српском процесном законодавству.[60]

Право на жалбу је редовно и уобичајено правно средство у процесном законодавству. Тим правом се оспорава донети судски или управни акт. На нивоу Европске уније гарантује се Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода („право на делотворни правни лек“), а у Републици Србији њеним уставом („Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“).[61] У контексту управне власти, право на жалбу је начелно гарантовано и детаљно уређено ЗУП-ом.[62]

Жалба је традиционални и редован правни лек који егзистира у сваком демократском правном систему. Право на жалбу је правни институт остваривања уставности и законитости, а њено коришћење активира механизам контроле донете судске или управне одлуке којом подносилац жалбе није задовољан и настоји да је укине или измени. То право се испољава кроз примену начело двостепености.

Полазећи од одредаба чл. 13 ЗУП-а („против решења донесеног у првом степену, странка има право на жалбу, ако законом није другачије прописано“), право на жалбу је нормирано на општи начин, као једно од основних начела ЗУП-а. То право се првенствено односи на правне акте у форми решења. Реч је о правним актима у којима је садржана главна одлука, која по својој природи може бити мериторна или процесна. Такође, ради континутета у управном поступку и заштите права странака, право на жалбу се може изјавити и „ако орган у управној ствари није одлучио у прописаном року“. Реч је о тзв. ћутању администрације. Другостепено решење, донето по основу изјављене жалбе на донето првостепено решење, коначно је у управном поступку. Право на жалбу признато је и државним органима (јавни тужилац, државни правобранилац, други државни орган) када су на то овлашћени законом. Незадовољна странка може законитост донетог коначног решења да преиспитује, не у управном поступку, већ искључиво у судском поступку. Овлашћена странка тужбом покреће и води управни спор, пред надлежним судом, у управносудском поступку, по одредбама Закона о управним споровима.[63] Право на жалбу

[60] Вид. ЗУП, чл. 13.

[61] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 36, ст. 2.

[62] ЗУП, чл. 13, 151–174.

[63] Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

може бити искључено законом, било ЗУП-ом, било посебним законом.

Претходно важећи ЗУП је од редовних правних средстава у управном поступку једино познавао жалбу, док није предвиђао могућност изјављивања приговора, јер није био предмет његовог регулисања.[64] По овом закону, приговор се, као редовно правно средство, могао предвидети само посебним прописима, у неком од посебних управних поступака.

На основу одредбе чл. 13 ЗУП-а, осим права на жалбу, нормирано је и друго редовно правно средство – право на приговор. У односу на право на жалбу, право на приговор као редовно правно средство („странка има право на приговор у случајевима утврђеним овим законом“) на основу законске формулације, има ужи и ограничен домашај.[65] Како је наглашено у управној теорији, право на приговор је нормирано као једно од основних начела управног поступка. Међутим, такво „начело“ звучи више као изузетак, него као правило. На основу анализе законске формулације пре би могао да се изведе закључак да приговор начелно није дозвољен, него да јесте! Посматрано начелно, приговор не може да се изјави, осим у посебно утврђеним случајевима.[66]

Приговор у ЗУП-у последица је проширења предмета управног поступка и поља примене процесних правила. Може се изјавити у три законом одређена случаја: због неиспуњења обавеза из управног уговора; због управне радње, односно уколико орган не предузме управну радњу коју је по закону дужан да предузме; и због начина пружања јавних услуга, односно уколико пружалац јавних услуга не обезбеђује уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права грађана и организација и задовољавање потреба корисника. Приговор се

[64] Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/1997 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, чл. 213–214.

[65] „Потпуна конфузија која је постојала код приређивача Закона када је у питању приговор као ново правно средство у управном поступку, изражена је већ у основним начелима управног поступка, где је у оквиру новоформулисаног начела ‘право жалбе и приговора’ (чл. 13) прописано да ‘странка има право на приговор у случајевима одређеним овим законом’ (чл. 13, ст. 2), из чега произлази да приговор, за разлику од жалбе, није општи принцип на коме Закон о општем управном поступку почива, већ се може употребити само у случајевима када је то посебно законом одређено, па му стога није ни место међу основним начелима управног поступка, као општим принципима заједничким за читав пропис.“ З. Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1516.

[66] Д. Милков, Р. Радошевић, „Приговор у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1461.

може изјавити само под законским условом да не може да се изјави неко друго правно средство у управном поступку.[67] Како се запажа у управној теорији, смисао претходно наведеног негативног услова за изјављивање приговора није у постојању других правних средстава у општем управном поступку, већ у постојању других правних средстава, која су прописана посебним законима, у посебним управним поступцима.[68]

Право на приговор се може изјавити у законом предвиђеном року, и то: 1) шест месеци од пропуштања органа да испуни обавезу из управног уговора; 2) 15 дана од предузимања управне радње или од пропуштања да се управна радња предузме; 3) 15 дана од када се јавна услуга не пружа тако да обезбеди уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права и задовољавање потребе корисника. Наведени законски рокови су преклузивне природе, укључујући и рок у којем је предвиђено изјављивање приговора због пропуштања органа да предузме управну радњу.

Коме се изјављује приговор? Изјављује се руководиоцу органа на чије се поступање односи. По својој природи, приговор спада у ремонстративно правно средство, јер о њему одлучује исти орган чије се поступање побија. Уколико су испуњене све процесне претпоставке, руководилац је дужан да донесе мериторну одлуку, којом поднети приговор усваја или одбија. О приговору одлучује управним актом у форми решења, а доноси га у року од 30 дана од дана пријема приговора. На подношење приговора и доношење одлуке о њему од стране руководиоца, сходно се примењују одредбе ЗУП-а која важе за жалбу.

Руководилац органа је дужан да у одлучивању о поднетом приговору утврди чињенично стање и испита законитост и правилност поступања органа. Одбациће приговор који није благовремен или дозвољен, који је изјавило неовлашћено лице и који није уређен у остављеном року. Руководилац органа ће одбити приговор уколико није основан, а у супротном ће га усвојити. У донетом решењу којим се приговор усваја, руководилац органа ће одлучити и о последицама његове основаности.[69]

Орган који одлучује о жалби против решења о приговору има овлашћења као орган који је одлучивао о приговору.[70] Против другостепеног решења може се покренути управни спор, као и за случај кад је првостепено решење о приговору коначно.

[67] Вид. ЗУП, чл. 147, ст. 1, 25, 28 и 32.
[68] Д. Милков, Р. Радошевић (2018), 1460.
[69] ЗУП, чл. 149.
[70] ЗУП, чл. 150.

Право на жалбу и/или приговор је заступљено и у посебном законодавству о државној ревизији истраживаних земаља. На пример, у посебном закону о државној ревизији Литваније за субјекта ревизије је предвиђено право на подношење жалбе на поднети извештај националне ВРИ. Уређена су питања поступка и рокова за подношење жалбе, тако што је омогућено руководству субјекта ревизије или другим лицима наведеним у извештају да могу уложити жалбу суду на извештај генералног ревизора или његовог заменика, у року од 20 календарских дана од дана пријема тог извештаја, по поступку уређеном Законом о управном поступку.[71] У овом случају, жалба има за циљ да се правна поступања (предузете правне радње) од литванске ВРИ, које не представљају управни акт, уведу у литвански систем судскоуправне заштите, тако што се жалба изјављује против оних правних поступања ради добијања судскоуправног акта којим се одлучује о њиховој законитости. Једном донети судскоуправни акт омогућава субјекту ревизије да користи законом допуштене редовне путеве правне заштите. Значај права на жалбу се огледа управо у томе што обезбеђује правни пут заштите од неправилности у предузимању правних радњи.

Законодавац је предвидео право на жалбу за субјекта ревизије и друга законом одређена лица на достављени извештај о извршеној ревизији. Реч је о делотворном правном леку, због повреде права ревидираног субјекта и других лица која су наведена у извештају. Право на жалбу је битан елемент остваривања уставности и законитости. У нашем примеру, поднети извештај о ревизији има снагу управног акта – решења, са деволутивним правним дејством, јер о жалби одлучује надлежни суд као другостепени и независни орган. Контрола законитости предметног акта се премешта на терен независног судства са јачим правним дејством. О поднетој жалби суд одлучује у судском поступку по правилима управног поступка.

За разлику од других истраживаних законодавстава о државној ревизији, литвански законодавац је интерпретираним законским решењем потврдио начело двостепености у решавању правних ствари у поступку државне ревизије. С друге стране, полазећи од чињенице да је ВРИ највиши државни орган и да у њеној организацији нема непосредно вишег органа, по правилима општег управног поступка у таквим случајевима се искључује право на жалбу (како је то случај у државној управи) и странка упућује на управни спор (пред надлежним судом или другим органом). Међутим, литвански законодавац се одлучио за право жалбе и суд као другостепени и независан орган,

[71] Law on National Audit Office Republic of Lithuania, чл. 19.

али који ће одлучивати по правилима управног поступка. Тиме је ревидирани субјект исцрпео редовна правна средства. Коришћењем права на жалбу омогућава се субјекту ревизије да покрене механизам контроле према извештају о ревизији ВРИ, којим није задовољан. Другостепено решење надлежног суда је коначно.

За разлику од законских решења у Литванији, у Србији (Мађарској, Чешкој, Словенији) не долази до изражаја „право на жалбу“, јер законодавац не познаје ово процесно средство. Међутим, субјекту ревизије и другим учесницима у поступку допуштено је да се користе „правом на приговор“, у случајевима одређеним законом о ДРИ. У односу на право на жалбу у посебном литванском законодавству, право на приговор у предметном случају има слабије правно дејство, јер се подноси на донети образложени закључак ДРИ и о њему одлучује ДРИ. У спровођењу поступка државне ревизије, ревидираном субјекту је признато право на подношење образложеног приговора на нацрт извештаја о извршеној ревизији и право на приговор на налаз ревизије садржан у предлогу извештаја о ревизији.[72] Приговор се подноси ДРИ као првостепеном органу која је израдила и доставила нацрт извештаја о извршеној ревизији, односно налаз ревизије садржан у предлогу извештаја о ревизији.

О поднетом приговору на донети закључак о спровођењу државне ревизије одлучује највиши колегијални орган, тј. савет ДРИ у форми закључка, у року од три дана од дана његовог пријема. Значи, поднети приговор нема деволутивно дејство, јер о њему не одлучује непосредно виши орган, већ исти који је и одлучио у форми закључка. Због тога се у правној теорији говори о недеволутивним (ремонстративним) правним средствима, какав је случај и са приговором. У процесном праву, сви редовни правни лекови су по свом правном дејству деволутивни, осим приговора, јер о првостепеној одлуци (нпр. о жалби) одлучује непосредно виши суд, орган управе или неки други орган, организација или тело. Само на први поглед, оваква ситуација би се могла назвати легитимним изузетком, јер је право на жалбу замењено правом на приговор, односно деволутивно правно средство је замењено ремонстративним правним средством. Ако се узме у обзир да је поступак државне ревизије поступак посебне врсте и правне природе (који садржи елементе посебног управног поступка), онда се може рећи да је предметно начело сужено у односу на начело о праву на жалбу и приговор (који се изјављује поводом управних уговора, пружања јавних услуга и управних радњи) у општем управном поступку. Међутим, претходно изнете закључке негира следеће

[72] Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 39, ст. 2 и чл. 3, ст. 13.

законско решење из посебног закона о државној ревизији: „Акта којима Институција врши своју надлежност ревизије не могу бити предмет оспоравања пред судовима и другим државним органима.“[73] Потоње законско решење, исте или сличне садржине, садржано је и у законодавствима Мађарске, Чешке и Словеније.

Да ли се правна решења о праву на приговор из ЗУП-а могу протегнути на поступак државне ревизије у Србији, узимајући у обзир креирано правило о сходној примени одговарајућих одредаба ЗУП-а у посебном закону о државној ревизији? Одговор мора бити негативан, јер се налази у одредби посебног закона о државној ревизији: „Ако се у извршавању ревизорске надлежности Институције појави *питање које није уређено овим законом* (подвукао Љ. Д.), сходно се примењују...“[74] У ширем контексту, исти став се заступа и у управној теорији.[75]

## 13. НАЧЕЛО ПИСМЕНОСТИ И УСМЕНОСТИ

Спровођење поступка државне ревизије је засновано на комбинацији, у суштини начела писмености и усмености, која су заступљена и у управним и у судским поступцима. Покретање поступка ревизије и спровођење његове прве фазе у праву Србије заснива се на начелу писмености. Међутим, то не значи да је начело усмености потпуно искључено, јер се може појавити потреба за давањем изјава, објашњења и слично од овлашћених лица субјекта ревизије. Свака релевантна усмена изјава уноси се у записник, чија садржина служи као подлога за израду и доношење извештаја о ревизији. У каснијим фазама поступка ревизије примат стиче начело усмености, када ДРИ отвара усмене расправе са овлашћеним лицима ревидираног субјекта. То је случај, пре свега, приликом утврђивања нацрта и предлога извештаја о ревизији.

Намеће се питање које тражи одговор: које од предметна два начела има превагу у поступку државне ревизије? У пружању одговора на ово питање, нужно је да се пође од целокупног поступка, сваке његове фазе, статуса ВРИ која га спроводи, али треба водити рачуна и о духу закона којим се овај поступак уређује. По нашем мишљењу, уколико би се трагало за превагом једног или другог начела, она би

[73] Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 3, ст. 4.

[74] Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 7.

[75] „*Приговор спада у редовна управноправна средства*, у правне лекове предвиђене и нормиране ЗУП-ом. [...] Међутим, ако неки посебан закон предвиђа друго правно средство у управном поступку у одређеном типу ситуације, примењује се тај правни акт.“ З. Р. Томић (2019), 397.

припала начелу писмености. Међутим, не треба заборавити значај заступљености начела усмености у овом поступку. Њиме слаби формализам у поступку ревизије и јача положај ревидираних субјеката према ВРИ у међусобној комуникацији и олакшава остваривање њихових права и интереса.

## 14. НАЧЕЛО ПОСРЕДНОСТИ И НЕПОСРЕДНОСТИ

Ово начело у управном процесном праву стоји у тесној вези са начелом писмености и усмености. Начело непосредности се првенствено исцрпљује у томе да исти орган који руководи поступком, а нарочито усменом расправом, доноси одлуку на основу непосредних опажања.[76] Полазећи од наведеног појмовног одређења начела непосредности, можемо констатовати да оно може наћи малу примену у спровођењу поступка државне ревизије. Јер, када нема садржајне усмене расправе између овлашћених лица ВРИ и представника ревидираног субјекта, у том случају је непосредност у поступку државне ревизије максимално ограничена. И кад дође до усмене расправе, по правилу, овлашћено лице ВРИ води непосредно расправу, а одлуку доноси колегијални орган (колегијални модел), генерални ревизор (монократски модел) или ревизорски суд (модел суда). Због тога, да је руководилац расправе у позицији да донесе одлуку, у том случају би дошло до изражаја начело непосредности. У противном, поступак није непосредан већ посредан. Да закључимо. Начело посредности има превагу у односу на начело непосредности, јер је доминантно у спровођењу поступка државне ревизије.

## 15. НАЧЕЛО НЕЈАВНОСТИ И ЈАВНОСТИ

Управни поступак се квалификује као нејаван, ако се под јавношћу поступка разуме слобода призната „незаинтересованим лицима“ (јавности, публици) да присуствују процесним радњама, да прате ток поступка, да га бележе и, по сопственој вољи, објављују.[77]

За разлику од судских поступака који се заснивају на начелу јавности, поступак државне ревизије се заснива по правилу на начелу нејавности. Наиме, уколико се под јавношћу поступка ревизије подразумева могућност присуства и праћења предузимања процесних радњи од публике, представника средстава информисања, односно најшире јавности, онда се може констатовати да је поступак државне ревизије нејаван. Начело нејавности не утиче на „страначку“ јавност,

[76] Л. Костић, 209.
[77] *Ibid*., 210.

јер се субјекту ревизије допушта да у одређеним фазама поступка присуствује извођењу одређених процесних радњи. Исто правило је заступљено и према другим учесницима у поступку ревизије, нпр. учешће ангажованог спољњег стручњака, вештака, сведока и др. Такође, начело нејавности се негира и у завршној фази поступка ревизије, јер је ВРИ дужна да објави ревизорски извештај са својим налазом и мишљењем.

У српском закону о државној ревизији је креиран принцип јавности рада. Предвиђено је да је „рад ДРИ јаван“, у складу са законом и пословником.[78] Међутим, успостављени принцип јавности рада ДРИ има ограничени домет, јер се не протеже на присуство „незаинтересованих лица“ (публика, новинари, друга лица) у предузимању процесних радњи у спровођењу поступка државне ревизије, већ искључиво на обавештавање јавности о раду и пословању ДРИ – информатор о раду ДРИ, извештај о раду ДРИ, програм рада ДРИ, остваривање међународне сарадње ДРИ са ВРИ других земаља, реализација програма едукације за државне ревизоре и сл.

## 16. НАЧЕЛО ПРИСТУПА ИНФОРМАЦИЈАМА (ПОДАЦИМА) И ЗАШТИТА ПОДАТАКА

Ово начело није непосредно уређено у посебном законодавству о државној ревизији, али је гарантовано уставом и посебним законима (укључујући сходну примену одговарајућих одредаба ЗУП-а) и примењиво у раду и пословању националних ВРИ.

Предметно начело је садржано као основно и у процесном законодавству Србије.[79] У контексту његове садржине, ВРИ је дужна да омогући приступ информацијама од јавног значаја свим заинтересованим лицима, у складу са законом. Реч је о лапидарној одредби која упућује на посебно законодавство, а непосредно је повезана са ревидираним субјектима у поступку вршења државне ревизије и њихове могућности разгледања докумената и обавештења о току поступка који спроводи ВРИ. Највећи број истраживаних законодавстава о државној ревизији садржи више или мање детаљне одредбе о приступу подацима и њиховој заштити.[80] Из њихове садржине произлази начело приступа подацима и заштите података, које посебно долази до изражаја код субјекта ревизије, али и код ВРИ. Бугарски законодавац ово начело разрађује кроз регулисање следећих питања: обавезе

[78] Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 49.

[79] ЗУП, чл. 15.

[80] Вид. Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 36–37 и 42.

заштите информација, овлашћења у вршењу ревизије и дужности руководиоца и запослених лица у ревидираним субјектима.[81]

Независно од законских решења у посебном законодавству о државној ревизији, „слободан приступ информацијама од јавног значаја„ „заснован је на европском правном стандарду процесног положаја странке“.[82] Надлежни орган у поступку је дужан да га примењује. Такође, постоји јавни интерес да се тајни подаци (државна, војна, службена, комерцијална и друга тајна) заштите и чувају, док је интерес странке да се обезбеде од незаконитог увида подаци о њеној личности.

У контексту напред разматраног, у праву Србије од заначаја су два посебна закона: Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја и Закон о заштити података о личности.[83]

## 17. НАЧЕЛО УПОТРЕБЕ ЈЕЗИКА И ПИСМА

У праву Србије је Уставом успостављено начело употребе језика и писма следећим начелним одредбама: „У Републици Србији у службеној употреби су српски језик и ћириличко писмо; службена употреба других језика и писама уређује се законом, на основу Устава.“[84] Начело употребе језика и писма је у раније важећем ЗУП-у било предмет регулисања међу основним начелима,[85] а данас је нашло своје место у оквиру Уводних одредаба важећег ЗУП-а. Оно је успостављено кроз два начелна правила о језику на коме се води управни поступак: прво, у управном поступку у службеној употреби је српски језик и ћириличко писмо, а латиничко писмо на начин утврђен законом; друго, на подручјима на којима је у службеној употреби и језик националне мањине, поступак се води и на језику и уз употребу писма те националне мањине, у складу са законом.[86]

У спровођењу поступка државне ревизије национална ВРИ је дужна да употребљава језик и да се користи писмом, како је то предвиђено посебним законом о државној ревизији. Уколико то питање није регулисано потоњим законом, на основу сходне или супсидијар-

[81] National Audit Office Act – Bulgaria, чл. 34, 39–40.

[82] З. Р. Томић (2019), 156.

[83] Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, *Службени гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009 и 36/2010 и Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.

[84] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 10.

[85] Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/1997 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, чл. 16.

[86] ЗУП, чл. 4.

не примене, примениће се правила из ЗУП-а. Конкретно, у Србији, ДРИ је дужна да спроводи поступак државне ревизије на српском језику и да користи ћириличко писмо, а латиничко писмо на начин утврђен ЗУП-ом, односно посебним законом.[87] Предметно начело је од великог значаја за ефективно спровођење поступка државне ревизије и ради заштите и остваривања права и правних интереса учесника у том поступку.

## 18. ЗАКЉУЧАК

У истраживању начела поступка државне ревизије пошло се од општих правних начела, начела општег управног поступка, начела садржаних у посебним изворима права о државној ревизији, као и од теоријских ставова о начелима из процесног права, доминантно из управног процесног права.

Истраживање је обухватило већи број начела на којима се заснива и спроводи поступак државне ревизије, која долазе до изражаја у законодавству и пословној пракси, непосредно или посредно. Реч је о начелима из области процесног права, тј. управног процесног права. Још конкретније, о начелима једног посебног, нарочитог, поступка – поступка државне ревизије. Њихова садржина је условљена, првенствено, природом правне ствари о којој се одлучује, односно циљем и квалитетом заштите која се у том поступку остварује. То су правила којих се морају придржавати сви учесници у поступку ревизије, а начела им омогућавају да заштиту коју остварују буде објективна, законита и економична. Њихова примена у пракси огледа се углавном на смернице за предузимање процесних радњи, односно да се примењују у одређеном степену ради остваривања правне заштите која им је сврха.

Анализирана су релевантна начела поступка државне ревизије, са посебним акцентом на њихове специфичности, у контексту њихове саржине и обавезности примене. Предмет анализе била су следећа начела: законитости и предвидивости, официјелности, сразмерности, заштите права странака и остваривања јавног интереса, помоћи странци, делотворности и економичности поступка, инквизиције, истине и слободне оцене доказа, права странке на изјашњавање, самосталности, права на жалбу и/или приговор, писмености и усмености, посредности и непосредности, нејавности и јавности, приступа информацијама (подацима) и заштита података, као и употребе језика и писма.

[87] Закон о службеној употреби језика и писма, *Службени гласник РС*, бр. 45/1991, 53/1993, 63/1993, 48/1994, 101/2005, 30/2010, 47/2018 и 48/2018 – испр, чл. 1–2.

Истраживање је вршено у функцији лакшег и поузданијег утврђивања врсте поступка којој припада поступак државне ревизије, његове правне природе, као и његових карактеристика и особености.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце


1. Костић, Лаза, *Административно право краљевине Југославије, Друга књига – Делатност управе*, Београд 1936;
2. Лончар, Зоран, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017;
3. Lončar, Zoran, “Administration Control by the State Audit Institution”, *Teme* 3/2012;
4. Лукић, Д. Радомир, *Методологија права*, IV издање, Научна књига, Београд 1989;
5. Марковић, Ратко, *Управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2002;
6. Милков, Драган, *Управно право II – управна делатност*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2016;
7. Милков, Драган Л., Радошевић, Ратко С., „Начело предвидивости у управном поступку“, З*борник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020;
8. Милков, Драган Л., Радошевић, Ратко С., „Приговор у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018;
9. Митровић, Драган, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016;
10. Рајовић, Верољуб, „Начела парничног, ванпарничног и извршног поступка“, *Правни живот* 12/2003;
11. Томић, Зоран Р., *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд 2019;
12. Томић, Зоран Р., *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
13. Цицмил, Никола, *Поступак контроле који води Служба друштвеног књиговодства*, Београд 1990 (шапирографисано);
14. Чавошки, Коста, Васић, Радмила, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006.


### Правни прописи


1. Act LXVI of 2011 on the State Audit Office of Hungary, Effective: 1 July 2011 – 31 December 2011, *https://asz.hu/storage/files/files/-Angol_portal/Introductions/act_on_sao_july_2013.pdf*, 1. 2. 2023;

2. Act No. 166. (1993), Concerning the Supreme Audit Office – The Czech of Republic, са изменама и допунама од 2020., *https://www.nku.cz/-assets/about-us/status-and-powers/zakon-166-1993-web-en.pdf*, 3. 2. 2023;
3. Влада Републике Србије, *Образложење Предлога закона о општем управном поступку*, Београд;
4. Закон о Државној ревизорској институцији, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 54/2007, 36/2010 и 44/2018 – др. закон;
5. Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018;
6. Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС;
7. Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/1997 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010;
8. Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, *Службени гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010 и 105/2021;
9. Закон о службеној употреби језика и писма, *Службени гласник РС*, бр. 45/1991, 53/1993, 63/1993, 48/1994, 101/2005, 30/2010, 47/2018 и 48/2018 – испр.;
10. Law on National Audit Office Republic of Lithuania, 30 May 1995, No I-907, Vilnius (As last amended on 26 March 2015 – No XII-1588), *https://e-sei-mas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f54ba23218b511e5bfc0854048a4e288?jfwid=-9dzqntxga*, 16. 1. 2023;
11. National Audit Act 1983., *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/-1983/44/pdfs/ukpga_19830044_en.pdf*, 22. 1. 2023.;
12. National Audit Office Act – The Republic of Bulgaria (Promulgated, SG No. 12/13.02.2015, amended, SG No. 98/9.12.2016, effective 1.01.2017, SG No. 96/1.12.2017, effective 1.01.2018, SG No. 99/12.12.2017, effective 1.01.2018, supplemented, SG No. 103/28.12.2017, effective 1.01.2018, amended, SG No. 7/19.01.2018), *http://www.bulnao.-government.bg/en/articles/national-audit-office-act-1035 04. 04.02.2023*, 25. 1. 2023;
13. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

*Full Professor Ljubiša Dabić, LL.D.*

Faculty of Economics, University of Belgrade

## PRINCIPLES OF STATE AUDIT PROCEDURE

*Summary*

The state audit procedure is unlike any of the court or general administrative procedures. Contrary to judicial and general administrative procedures, or other types of procedures (e.g., disciplinary), the state audit procedure has many peculiarities that make it unique. Its special properties are reflected in a number of elements, including the principles on which it is based.

The subject of this research is the principles on which the state audit procedure is based. Its purpose is to determine and analyze those principles for easier and more reliable determination of the type of procedure that state audit procedure belongs to, with all its specificities. The research aims to enrich the legal literature in the field of state audit procedure.

**Key words:** *State audit procedure; Principles of state audit procedures; Supreme audit institutions; State Audit Institution of the Republic of Serbia*.

УДК/UDC 336.22
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

*Проф. др Марина Димитријевић*

Правни факултет Универзитета у Нишу

# МАНИФЕСТАЦИЈЕ ДИГИТАЛНЕ МОДЕРНИЗАЦИЈЕ ОПОРЕЗИВАЊА[1]

*Опредељење да се поступак администрирања пореским системом у савременој држави модернизује, знатном применом дигиталне технологије, разумљиво је само по себи. Више је сегмената овог поступка, унутар кога је дигитална технологија нашла своју примену, доносећи тако мноштво промена и одређену трансформацију схватања феномена опорезивања. Лице, али и наличје манифестација дигиталне модернизације опорезивања, које су у фокусу анализе у раду, показују да се оквир деловања пореских органа и традиционални приступ обављању пореских послова битно мењају, а популација пореских обвезника усмерава и поступно навикава на нову – тзв. дигитално-технолошку парадигму испуњавања пореских обавеза. Дигиталном мрежном повезаношћу пореских органа и пореских обвезника у актуелним условима, реализација пореске делатности државе се пореском јавном мњењу презентује на другачији начин, у односу на нека ранија времена, и тиме показује сагласност пореске власти са широко заступљеном тенденцијом дигитализације управљања пореским пословима. Иако модернизација опорезивања (пореске области), уз садејство дигиталне технологије, постаје незаобилизна уколико се имају у виду не само захтеви националних пореских система, већ и међународни порески стандарди (промовисани од стране међународних финансијских организација), не треба запоставити околност да, у сваком конкретном националном амбијенту, постоји особени спектар чинилаца који својим дејством детерминишу опсег и динамику њеног преиспитивања и прихватања од стране пореских обвезника, односно фактичке имплементације.*

**Кључне речи:** Опорезивање; Порески поступак; Дигитална технологија; Дигитална модернизација опорезивања; Манифестације дигиталне модернизације опорезивања.

---

Марина Димитријевић, *marina@prafak.ni.ac.rs*.

[1] Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021–2025. година.

## 1. УВОД

Пореска активност државе је особени одраз простора, времена и околности у којима се одвија. Њена садржајна димензија и форма фундаменталне су упоришне тачке перцепције пореске стварности од стране обвезника пореза. Доследна примена пореске регулативе, обезбеђење финансијских средстава за финансирање јавних потреба, одговорност за управљање системом опорезивања изискују од пореске администрације перманентно унапређење како би се успешно реализовала настојања за повећањем пореских прихода у границама закона.

Талас дигитализације поступно прекрива домен опорезивања и доноси бројне промене, исказујући значајну иновативност у приступу одређеним пореским питањима. Дигитална модернизација пореске сфере се показује врло потребном уколико се имају у виду глобални трендови у овој области, захтеви националних пореских система и потреба испуњавања међународних пореских стандарда. У том контексту, трасирање „пута“ преображаја пореске администрације на измењеним (дигитално-технолошким) основама треба да послужи јачању њене репутације као успешне институције јавног сектора. Остваривање жељеног друштвеног циља у пореском домену представљаће, према очекивањима креатора дигиталних иновација, одраз осавремењене методологије управљања пореским пословима.

Дигитална технологија покреће „талас“ промена у односима пореске власти и пореских обвезника и обликује тиме, на специфичан начин, област опорезивања у дигиталној ери. Свака етапа у процесу дигитализације тражи софистициранију информациону базу и напреднији управљачки концепт. Одлуке које се тичу избора приоритета у дигиталном пореском реформском процесу опредељују интензитет мењања пореске сфере. Неминовно, технолошке иновације су праћене одређеним друштвеним пролагођавањима, утичу на перцепцију обавезе повиновања пореској регулативи и утиру „пут“ формирања модерне дигитално-технолошке парадигме испуњавања пореских обавеза.

Предмет разматрања у раду тиче се манифестација дигиталне модернизације опорезивања, будући да се њима имплементација пореза значајно модификује и креирају другачији аспекти сагледавања пореске функције државе. Иновативни дигитални механизми у поступку администрирања порезима доносе доста промена у досадашњем поступању пореских органа и пореском понашању обвезника, што захтева детаљнија промишљања и анализу са намером препознавања правца главног „тока“ преображаја пореског домена, сагледава-

ња његових битних компоненти, као и могућих импликација на неке вредности и стандарде, традиционално заступљене при опорезивању. У том циљу се, најпре, у делу који следи након увода, даје општи осврт на проблематику дигитализације управљања пореским пословима. У наставку се, потом, указује на суштинска обележја главних манифестација дигиталне модернизације опорезивања. Упоредо са тим, посебна пажња се поклања њиховим најистакнутијим ефектима у пореској сфери.

## 2. ДИГИТАЛИЗАЦИЈА УПРАВЉАЊА ПОРЕСКИМ ПОСЛОВИМА

Базично усмерење дигиталне модернизације управљања пореским пословима тиче се промене структуре, процеса и културе поступања пореских административних органа у намери да достигну боље учинке у свом функционисању, односно постојано се посвете ефикаснијем остваривању законом прописаних надлежности и ажурније реагују на променљиве пореске прилике. Прикупљање, пренос и обрада пореских података и стварање адекватних претпоставки за доношење квалитетних пореских одлука брже се достижу дигитализацијом пореског поступка. У принципу, дигитално-технолошки развој генерише знатне могућности за аутоматизацију пословних процеса, повећање продуктивности пореске администрације и пружање пореским обвезницима боље пореске информисаности и приступа пореским услугама.[2]

Дигитална технологија користи алате и технике за подстицање пореског понашања, погодног за постизање јавног интереса у пореској области. Успоном ове технологије вршење потребних анализа и израда квалитетнијих извештаја о постигнутим резултатима у различитим функцијама пореске администрације (регистрација пореских обвезника, утврђивање пореза, пореска контрола, пореска ревизија, наплата пореза), као и повезаност и комуникација пореских органа са другим деловима јавног сектора и популацијом пореских обвезника, прилично се олакшавају. Саме перформансе пореских органа, такође, временом бивају побољшане, као и потенцијал ових органа да, у приличној мери, изађу у сусрет потребама пореских обвезника и уваже њихове посебности у поступку опорезивања. Повлачење захтева за сувишном документацијом, издавање решења о утврђеном порезу преко безбедног имејл канала, али и уверења о измиреним пореским

[2] N. Chandra *et al*., “The Effect of Tax Payer Awareness, Taxation Knowledge and the Implementation of Modern Tax Administration System on Taxpayer Compliance”, *Advances in Economics, Business and Management Research* 163/2021, 160.

обавезама путем интернет сервиса, смањивање трошкова опорезивања, бољи приступ пореским евиденцијама и личним пореским рачунима (увид у стање пореских обавеза, односно у књиговодствену пореску картицу), тј. у целини снажан утицај дигитализације на пореске релације бива видљив на први поглед. Врло заступљене опције се, у овом контексту, односе на припремање унапред делимично попуњених пореских пријава и документације, коју порески обвезници треба да провере, (евентуално) коригују и допуне пре подношења њихове дефинитивне верзије пореским органима електронским путем, као и на прелазак са папирног на електронски порески досије обвезника. Нарочито захтевна питања, чије решавање подразумева студиозни приступ, тичу се имплементације протокола за доказивање дигиталног идентитета пореских обвезника и дизајнирања система дигиталног управљања пореским предметима, пореским документима, односно укупним пореским пословима.

Потребно је нагласити да много савремених држава, у разгранатим мрежним рачунарским комуникационим системима, препознаје „кључ“ за разрешење широког дијапазона проблема, испољених при имплементацији пореза. Национални „обрасци“ институција пореске администрације, њихове специфичности, различит ниво ефективног усвајања принципа, алата и техника дигиталног света, свеобухватну „слику“ дигиталне модернизације опорезивања, чине врло разноликом.[3] Међутим, и поред тога, дигиталне пореске „мреже“ исказују способност да се просторно шире, расту, буду флексибилне и добро се уклапају у комплексност савременог доба.

Испред пореских менаџера, а ради изградње квалитетног умреженог облика управљања пореским пословима, егзистира захтев перманентног развијања вештина које су потребне да се правилно и смислено разумеју мотиви и циљеви одређених поступања субјеката обухваћених пореском „мрежом“, проактивно делује у праћењу трендова у пореском окружењу, трага за што бољом комбинацијом употребе расположивих ресурса, предвиђају потенцијални проблеми у опорезивању, пре него што се они и фактички испоље, профилишу активности и мере као „одговор“ на те проблеме, а све са настојањем да се они сузбију или уклоне и тиме што несметаније реализује интерес фискуса. Пажљивим посматрачима пореског дигиталног реформског процеса чини се све извеснијом замисао по којој би континуирани развој дигитализације управљања пореским пословима, за свој крајњи исход, требало да има тзв. дигитално-технолошко пословање у свим

[3] R. F. Brederode, “The Impact of Science and Technology on Taxation”, *Intertax* 12/2013, 633.

сегментима из надлежности пореске администрације.[4] Стога је, последњих година, разгранато и врло интензивно редовно информисање пореских обвезника о новинама из овог подручја, али и потенцирање истих, како би се утицало на генерисање и подизање нивоа тзв. дигиталне пореске свести и културе у савременом друштву.

Посебно је приметно да су, у условима глобализације, националне пореске администрације све више суочене са потребом развијања капацитета супростављања међународној пореској евазији па, стога, континуирано унапређују способности свог ефективног представљања у све ширим „мрежама“ међународне пореске сарадње. Светла рефлектора, на међународном нивоу, јако осветљавају националне пореске администрације, а дигитализација (дигитална реформа) управљања пореским пословима добија значајан публицитет, завидан степен политичке битности и чини се једном од најпопуларнијих реакција националних пореских власти на овакав међународни изазов. Постепено се зато и кристалише специфичан сет дигиталних „рецепата“ за достизање вишег квалитета различитих функција пореске администрације и дигиталну модернизацију опорезивања посредством увођења пословних концепата, техника, али и вредности и стандарда саобразних овако значајном процесу.

## 3. ИНОВАТИВНИ ДИГИТАЛНИ МЕХАНИЗМИ У ФУНКЦИЈИ МОДИФИКАЦИЈЕ ПОРЕСКЕ ПРОЦЕДУРЕ

У бројним државама се примењују различити иновативни дигитални механизми који су у функцији модификације пореске процедуре, попут дигитализације пореских услуга и редефинисања пореских односа, дигиталног дизајнирања управљања ризицима у обављању пореске делатности државе, изградње и јачања дигитално-технолошке парадигме испуњавања пореских обавеза. Будући да се њима манифестују достигнућа дигиталне модернизације опорезивања, ови механизми ће бити подробније приказани ради квалитетнијег увида у „бит“ промена, које у данашњем свету опорезивања собом доносе.

### 3.1. Дигитализација пореских услуга и редефинисање пореских односа

Дигитална пореска администрација произилази из примене савремене дигиталне технологије у системима и пракси поступања пореских органа. Посматрано, с једне стране, на површном нивоу, увође-

[4] М. Димитријевић, „Вредносне оријентације савременог опорезивања“, *Ревија Копаоничке школе природног права* 1/2023, 16.

ње ове технологије служи прикупљању, складиштењу и преносу података и информација потребних за опорезивање. С друге стране, њоме се, на много дубљем нивоу, креирају иновације, које су у служби установљавања измењених „канала“ комуницирања и интеракције пореских субјеката, извесног редефинисања пореских односа, а тиме и модификације пореске процедуре.

Дигитализација администрирања пореским системом, потреба свеобухватнијег приступа пореским информацијама, одговарајуће препознавање преференција пореских обвезника утичу, збирно посматрано, на осмишљавање формата пореских услуга које обвезницима пореза пружају порески органи, редизајн система пружања ових услуга, али и сам традиционални „образац“ пореских односа.[5] Приступ тачним пореским информацијама, упутствима, брошурама, формуларима и сл., путем интернет страница пореске администрације, представљао је пример почетних корака трансформације пореских услуга кроз технологију. Током година, постепено је креиран разноврстан и све већи „низ“ дигиталних алата и техника за пружање пореских услуга на учтивији, прикладнији и транспарентнији начин. Развили су се, наиме, нови модалитети успостављања пореских контаката у дигиталним облицима, који су условили смањивање потреба за директним (непосредним) сусретима пореских обвезника са запосленима у пореској администрацији.

Дигитална технологија је, по својој природи, таква да пружа отворене стандарде и архитектуре, што пореске органе чини слободним од власничких система и одређених добављача, или се, пак, састоји од различитих алата за прикупљање, складиштење и анализу пореских података који омогућавају ефикаснију реконфигурацију система пружања пореских услуга. Уз то, могуће је да пореска власт успостави заједничке платформе, на којима постоји простор за развијање нових (самосталних) апликација од стране пореских обвезника и других учесника пореског поступка.[6] У напред наведеном се, можемо констатовати, испољава дејство добро структурираних стратегија развоја и побољшања пружања пореских услуга у дигиталном облику (тзв. дигитализација пореских услуга), са крајњом сврхом да порески обвезници боље разумеју своја права и обавезе и, у већем опсегу, се добровољно повинују пореској регулативи.

[5] S. Night, J. Bananuka, “The mediating role of adoption of an electronic tax system in the relationship between attitude towards electronic tax system and tax compliance”, *Journal of Economics, Finance and Administrative Science* 49/2020, 76.

[6] N. Flin, A. Asker, *Upravljanje javnim sektorom*, Dosije studio Beograd, Univerzitet u Novom Sadu, SeCons – grupa za razvojnu inicijativu Beograd, Beograd 2021, 127.

Доследно поступање на основу и у оквиру закона, што већа искоришћеност расположивих ресурса, креирање амбијента у коме је могуће остварити редуковање административних трошкова и трошкова плаћања пореза, транспарентност пореског административног рада која се огледа преко јавности обављања пореских послова и отворене комуникације са обвезницима пореза, постојаност и доследност у примени прописа из пореске области, професионалност, једнообразност и непристрасност пореских службеника у пореском поступку и оријентисаност ка пореским обвезницима и њиховим потребама, представљају вредности којима се, у постојећим условима, редефинисањем пореских односа стреми. Пореске услуге, са потпором у дигиталној технологији, треба да допринесу очвршћивању таквих стремљења.

Пореску праксу у многим развијеним пореским администрацијама, сада већ дужи низ година, карактерише редефинисање релације са пореским обвезницима, тако да се нагласак у овој релацији ставља на нови модел тзв. кооперативне пореске сарадње (пореске сагласности),[7] чију „базу“ чине сагледавање пореског обвезника као корисника пореских услуга („клијента“ пореског органа) и идеја смањивања потенцијалних спорова међу пореским субјектима. Реч је о услужно-оријентисаном моделу функционисања пореске администрације. Овим моделом се некако намерава, у други план, поставити јавноправна природа пореских односа (испољена првенствено преко остваривања пореске моћи (власти) државе) и широко распрострањена перцепција традиционалне супростављености његових страна (пореских органа и пореских обвезника). Примењен најпре у релацији са пореским обвезницима великог приходног потенцијала и обвезницима пореза са међународним пословањем (унутар организационе структуре пореске администрације образоване су посебне организационе јединице за рад са овим групама пореских обвезника), модел кооперативне пореске сарадње се постепено „пренео“ и на остатак пореске популације, када су формиране службе за пружање услуга пореским обвезницима, чијем успешном функционисању дигитална технологија прилично доприноси. Термини сарадња (кооперација), побољшани односи,[8] усклађени интереси субјеката пореских односа, повећана

[7] G. Végh, H. Gribnau, “Tax Administration Good Governance”, *EC Tax Review* 1/2018, 56.

[8] М. Димитријевић, *Испуњавање пореских обавеза,* Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2017, 65.

кооперативна пореска сагласност,[9] рефлексија су не малих промена на подручју опорезивања које треба да одговарају и фискусу (достизање планираних фискалних учинака) и савесним обвезницима пореза. План је да овакав интерактивни приступ у раду, назван често ново фискално управљање, постигне превентивни ефекат кроз креирање атмосфере подстицајне за поштовање пореских прописа. Висок ниво коректности и стручности у пореском раду, додатно профилише позитиван однос обвезника према пореским органима и смањује пореске ризике.[10]

Нови „речник“ у пореској области и измењена (дигитална) методологија управљања пореским односима, по свему судећи, обележавају текуће раздобље у развоју опорезивања. У ком правцу ће се наставити редефинисање пореских односа и реорганизовање пореске администрације, отворено је питање. Мишљења смо да ће кључне детерминанте одговора, који ће уследити, бити исказане преко политичке воље у националним државама и расположивих финансијских средстава за спровођење промена. Наравно, при томе никако не треба заборавити праву природу пореских административних органа као дела јавне администрације. Стога и сматрамо да би евентуално заговарање идеје о некој корпоративној форми функционисања ових органа морало да буде суочено са бројним тешкоћама управо зато што су разлози постојања и циљеви деловања јавног сектора и тржишног сектора фундаментално различити.

### 3.2. Дигитално дизајнирање управљања ризицима у обављању пореске делатности државе

Управљање ризицима у обављању пореске делатности државе значајно се мења применом дигиталне технологије и нарочито постаје приоритетно у околностима друштвено-политичких поремећаја и економских криза. Неповиновање пореској регулативи (пореска несагласност), у различитим етапама пореске процедуре, се тада идентификује као проблем чијем се разрешењу треба ургентно посветити и то предузимањем промена институционално-организационог и правног карактера, али и извесним активностима дигитално-технолошке природе.

Општепознато је да успешна наплата законом прописаних пореза и несметано финансирање јавне потрошње у значајној мери зависе од

[9] *Co-operative Compliance: A Framework – From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing, Paris 2013, 21–24.

[10] M. D′Ascenzo “Global Trends in Tax Administration”, *Journal of Tax Administration* 1/2015, 95–96.

умешности пореске администрације. Наведено је могуће остварити у присуству следећих кључних концепата рада пореских органа:[11] управљање ризицима у сфери испуњавања пореских обавеза; сегментација пореских обвезника у различите групе, сходно њиховим обележјима и склоностима ка плаћању пореза; функционални модел рада пореских органа; специјализација пореских службеника (у дигитално-технолошким условима примена осмишљеног концепта е-учења који омогућава њихову перманентну едукацију путем веб-портала и на друге начине);[12] подстицање добровољног поштовања пореских прописа; фаворизовање технике самоопорезивања уз квалитетну пореску контролу; непристрасност и правичност у раду.

Несумњиво, увођење дигиталне технологије у област рада пореских органа омогућава формирање потпуније представе о стању испуњавања пореских обавеза и учесталости разних облика пореске недисциплине. Благовремено уочавање испољених ризика при обављању функција пореске администрације и препознавање тзв. ризичних пореских обвезника је такође олакшано, захваљујући мноштву пореских података који су прикупљени и „ускладиштени“ уз помоћ дигиталне технологије. Благовремени, релевантни, поуздани и централизовани порески подаци врло су битна претпоставка одговарајуће процене пореских ризика, као и контроле пореских обвезника засноване на пореском ризику.[13] Подразумева се да, у том процесу, потенцијалне опасности од неовлашћеног откривања и злоупотребе пореских података морају бити максимално редуковане.[14]

Вреди напоменути да је откривање пореских ризика и њихово свођење на прихватљиве величине могуће остварити на стратешком и оперативном нивоу функционисања пореских органа.[15] С једне стране, идентификовање специфичних пореских понашања обвезника, која резултирају изостанком плаћања великих износа пореза, у центру је пажње стратешког нивоа. Порески органи, с друге стране, идентификују на оперативном нивоу ризике у неплаћању пореза током обављања свакодневних активности и то уз знатно коришћење дигиталне технологије.

---

[11] M. S. Khwaja, “Risk-Based Tax Audits – Overview”, *Risk-Based Tax Audits* (eds. M. S. Khwaja, R. Awasthi, J. Loeprick), The World Bank, Washington 2011, 2.

[12] D. Bentley, “Digital tax administration: transforming the workforce to deliver”, *eJournal of Tax Research* 2/2020, 357.

[13] C. Vellutini, “Database and IT Framework for Risk Analysis”, *Risk-Based Tax Audits* (eds. M. S. Khwaja, R. Awasthi, J. Loeprick), The World Bank, Washington 2011, 57.

[14] *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, OECD, Paris 2016, 31– 32.

[15] М. Димитријевић, (2017), 71–72.

Разгранате могућности за примену посебних и детаљнијих облика пореске контроле, извршавање њених најсложенијих задатака и иновирано дизајнирање управљања пореским ризицима, управо су омогућени применом дигиталне технологије. Преко посебних рачунарских програма могуће је применити дигиталну пореску контролу и побољшати логистику пореске контроле умрежавањем разних база падатака унутар пореске администрације, али и изван ове институције (министарство финансија, судови, министарство унутрашњих послова и сл.). Тиме се успоставља боља размена информација, значајна за обављање пореске контроле, као и одабир обвезника који ће бити контролисани.[16] Дигитализација функција пореске администрације (укључујући и пореску контролу), погодан систем укрштања пореских података и одабира обвезника за контролу, садрже потенцијал за ажурно откривање случајева пореске несагласности и одређивање потребне приоритизације пореских ризика. Степен опасности пореских ризика по реализацију пореских потраживања државе је различит и крајњи домет управљања њима свакако није уклањање свих пореских ризика, већ њихово свођење на прихватљив ниво и држање под адекватним надзором. У целини посматрано, институционални подстицаји и само спровођење пореске контроле треба да сигнализирају већу корист поштовања пореских закона у односу на корист коју доноси њихово непоштовање. Гарантија репродуковања облика пореског понашања која су пожељна са становишта друштвене корисности у наведеном се, свакако, може препознати.

### 3.3. Дигитално-технолошка парадигма испуњавања пореских обавеза

Ниједно подручје људског деловања, па тиме ни понашање обвезника у вези са испуњавањем пореских обавеза, није имуно на присуство дигиталне технологије. Велика количина пореских података, који се временом прикупљају при администрирању порезима, пружа могућност добијања важних информација о обрасцима понашања различитих група пореских обвезника унутар пореске популације. Подаци се могу анализирати напредним статистичким техникама и алатима, што омогућава откривање односа између варијабли које указује на променљиве (често и неочекиване) појаве унутар пореских токова. Такође, подаци често садрже и особено погодно усмерење, које се пажљивим проматрањем може разазнати и искористити за конципирање ефективне политике опорезивања у наредном временском периоду. Њихова потпора креаторима ове политике је битна и у смислу откри-

[16] *Ibid.*, 93.

вања одређених (не)правилности пореских понашања, трендова у будућности, показатеља за предузимање конкретних активности и мера како би се минимизирали или спречили непожељни исходи у опорезивању. Технике из психологије и бихевиоралне економије могу додатно да помогну посредством предлагања стимулисања понашања пореских обвезника, која су компатибилна са постизањем фискалног интереса и уз то, саобразна захтевима дигитално-технолошког напретка.[17]

Натерати пореске обвезнике да уведу извесне промене у своје понашање које се тиче испуњавања пореских обавеза, врло је препознатљива карактеристика многих алата, који стоје на располагању пореској власти (нпр. пропаганда, подстицаји, забране, санкције). Стога, не изненађује да је дигитализација управљања пореским пословима донела неопходност моделирања дигитално-технолошке парадигме испуњавања пореских обавеза, као одраза прилагођавања обвезника бројним дигиталним иновацијама у пореској процедури. Модалитети испуњавања пореских обавеза, посматрани преко три основне обавезе пореских обвезника – обавезе благовременог подношења пореске пријаве *(filing compliance)*, обавезе приказивања потпуних и тачних података у пословним евиденцијама, на основу којих се утврђује пореска обавеза *(reporting compliance)*, обавезе плаћања пореза у законом прописаним роковима *(payment compliance)*[18] су, у савременим пореским системима, добили напредне дигиталне форме.[19] Исто се односи и на аспекте испуњавања пореских обавеза перципиране посредством категорије административне пореске сагласности (*administrative tax compliance*), која се огледа у подношењу пореске пријаве и благовременом плаћању пореза, као и категорије техничке пореске сагласности (*technical tax compliance*), у смислу да подаци о порескоправној способности обвезника у њиховим пословним евиденцијама буду веродостојни и да се пореске обавезе обрачунавају у складу са законом.[20]

Основна логика изградње дигитално-технолошке парадигме испуњавања пореских обавеза и њене масовне будуће распрострање-

[17] J. C. Chen, S. Grimshaw, G. D. Myles, “Testing and Implementing Digital Tax Administration”, *Digital Revolutions in Public Finance* (eds. S. Gupta, M. Keen, A. Shah, G. Verdier), International Monetary Fund, Washington 2017, 115.

[18] K. Walsh, “Understanding Taxpayer Behaviour – New Opportunities for Tax Administration”, *The Economic and Social Review* 3/2012, 453.

[19] *Supporting the Digitalisation of Developing Country Tax Administrations,* Forum on Tax Administration, OECD, 2021, 101.

[20] R. Kidder, C. McEwen, “Taxpaying Behaviour in Social Context: A Tentative Typology of Tax Compliance and Noncompliance”, *Taxpayer Compliance Vol 2* (eds. J. A. Roth, J. T. Scholz), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1989, 57.

ности, можемо констатовати, испољава се у томе да је порески обвезници посебно не преиспитују, односно да је оптирају, не противе јој се и прихватају је као неизбежну, јер су у њену потпуну исправност убеђени.[21] Легислативни, институционални и социјални утицаји на пореске обвезнике, према креаторима дигиталне технологије, треба да буду такви да обезбеде што потпунији успех дигиталног пореског универзума, испољеног у ширењу повезаности и расту моћи дигиталне технологије на начин да се, на основу „пописивања“ живота и утврђивања порескоправне способности обвезника, као и њиховог исказивања подацима, пореско понашање обвезника (његово испуњавање пореских обавеза) што потпуније предвиди, контролише и, када је потребно, дејством одређених активности и мера усмерава и модификује.[22] Да ли ће се, и у коликој мери, порески обвезници одупрети даљем повећању уплитања дигиталне технологије у њихов лични (приватни) и професионални „простор“, а ради остваривања фискалног циља државе, за сада је отворено питање. Потенцијални одговор се, по нашем мишљењу, да потражити у (не)спремности пореских обвезника да у будућности живе и привређују у потпуно информационо-контролисаном пореском друштву.

## 4. ЗАКЉУЧАК

Област опорезивања је, већ дуги низ година, суочена са интензивном дигитално-технолошком трансформацијом. Много је напора и средстава уложено како би се разни сегменти пореског административног рада битно дигитално-технолошки унапредили и постигли бољи учинци у имплементацији пореза. Неминовно, дигитализација управљања пореским пословима и њен одраз у виду дигиталних иновативних механизама модификовања пореске процедуре поставили су пред пореске органе изазов изградње другачијег квалитета односа са пореским обвезницима. Значајна промена или нестанак неких традиционалних правила, приступа и стандарда у разрешењу бројних пореских проблема, непознаница и тешкоћа, односно настанак нових, указују на важну (еволуцијску) фазу развоја пореске сфере. Дигитално-технолошка димензија, врло заступљена унутар савремених пореских односа, процеса управљања ризицима у обављању пореске делатности државе и феномена испуњавања пореских обавеза, константно привлачи пажњу пореског јавног мњења и упућује му својеврстан

[21] E. M. Rogers, *Diffusion of Innovations*, NY: Free Press, New York 2003, 3.

[22] М. Димитријевић, „Опорезивање у миљеу дигитално-технолошких новина“, *Судски поступак – правда и правичност*, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд 2022, 240.

отворени позив да се свим пројектованим променама што пре прикључи. Да ли ће порески обвезници бити само тихи сарадници процеса дигиталне модернизације опорезивања, који је унапред пројектован од стране пореске власти, или ће направити искорак и укључити се у активније преиспитивање и вредновање његових бројних аспеката, с циљем заштите и очувања својих пореских интереса и права, показаће време. Извесно је, међутим, већ у овом тренутку, да се у свету све израженијих друштвених и дигитално-технолошких сложености, виртуелности као есенцијалне компоненте стварности и све потиснутијих традиција, правни положај обвезника пореза коренито, постојано и интензивно мења.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце


1. Bentley, Duncan, “Digital tax administration: transforming the workforce to deliver”, *eJournal of Tax Research* 2/2020;
2. Brederode, Robert F., “The Impact of Science and Technology on Taxation”, *Intertax* 12/2013;
3. Végh, Gyöngyi, Gribnau, Hans “Tax Administration Good Governance”, *EC Tax Review* 1/2018;
4. Vellutini, Charles, “Database and IT Framework for Risk Analysis”, *Risk-Based Tax Audits* (eds. Munawer Sultan Khwaja, Rajul Awasthi, Jan Loeprick), The World Bank, Washington 2011;
5. D′Ascenzo, Michael, “Global Trends in Tax Administration”, *Journal of Tax Administration* 1/2015;
6. Димитријевић, Марина, „Вредносне оријентације савременог опорезивања“, *Ревија Копаоничке школе природног права* 1/2023;
7. Димитријевић, Марина, „Опорезивање у миљеу дигитално-технолошких новина“, *Судски поступак – правда и правичност*, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд 2022;
8. Димитријевић, Марина, *Испуњавање пореских обавеза*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2017;
9. Kidder, Robert, McEwen, Craig, “Taxpaying Behaviour in Social Context: A Tentative Typology of Tax Compliance and Noncompliance”, *Taxpayer Compliance Vol 2* (eds. Jeffrey A. Roth, John T. Scholz), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1989;
10. Khwaja, Munawer Sultan, “Risk-Based Tax Audits – Overview”, *Risk-Based Tax Audits* (eds. Munawer Sultan Khwaja, Rajul Awasthi, Jan Loeprick), The World Bank, Washington 2011;
11. Night, Sadress, Bananuka, Juma, “The mediating role of adoption of an electronic tax system in the relationship between attitude towards elec-

tronic tax system and tax compliance”, *Journal of Economics, Finance and Administrative Science* 49/2020;

12. Rogers, Everett M., *Diffusion of Innovations*, NY: Free Press, New York 2003;
13. *Supporting the Digitalisation of Developing Country Tax Administrations*, Forum on Tax Administration, OECD, 2021;
14. *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, OECD, Paris 2016;
15. Flin, Norman, Asker, Alberto, *Upravljanje javnim sektorom*, Dosije studio Beograd, Univerzitet u Novom Sadu, SeCons – grupa za razvojnu inicijativu Beograd, Beograd 2021;
16. *Co-operative Compliance: A Framework – From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing, Paris 2013;
17. Chandra, Noldy, Halwi, Moh. Dharma, Masdar, Rahma, Tamping, Din, Muhammad, Mapparessa, Nuraela, Meldawati, Lucyani, „The Effect of Tax Payer Awareness, Taxation Knowledge and the Implementation of Modern Tax Administration System on Taxpayer Compliance”, *Advances in Economics, Business and Management Research* 163/2021;
18. Chen, Jingnan Cecilija, Grimshaw, Shaun, Myles Gareth D., “Testing and Implementing Digital Tax Administration”, *Digital Revolutions in Public Finance* (eds. Sanjeev Gupta, Michael Keen, Alpa Shah, GeneviéveVerdier), International Monetary Fund, Washington 2017;
19. Walsh, Keith, “Understanding Taxpayer Behaviour – New Opportunities for Tax Administration”, *The Economic and Social Review* 3/2012.

*Full Professor Marina Dimitrijević, LL.D.*

Faculty of Law, University of Niš

## MANIFESTATIONS OF DIGITAL MODERNIZATION OF TAXATION

*Summary*

The decision to modernize the procedure of administering a tax system in a contemporary state by extensively applying digital technology is understandable. There are several segments of this procedure within which technology found its application, thus bringing plenty of changes and a certain transformation of understanding of the taxation phenomenon. The pros and cons of digital modernization of taxation, which are the focus of this paper, indicate that the framework of actions of tax authorities and the traditional approach to performing tax operations are changing significantly and that the population of taxpayers is directed and gradually accustomed to the new, so-called, digital-technological paradigm of fulfilling their tax obligations. Through the digital network connection between tax authorities and taxpayers in the current circumstances, the realization of tax activity of the state is presented to the tax public differently than before, thus showing the tax authority's acceptance of the widespread tendency of digitalizing the management of tax activities. Although the modernization of taxation (the field of taxation), in cooperation with digital technology, becomes unavoidable if we take into account not only the demands of national tax systems but also international tax standards (promoted by international financial organizations), the inevitable fact remains that in each national environment, there is a unique spectrum of factors whose actions determine the range and dynamics of its re-evaluation and acceptance by taxpayers, i.e., its actual implementation.

**Key words:** *Taxation; Tax procedure; Digital technology; Digital modernization of taxation; Manifestations of digital modernization of taxation*.

UDK/UDC 502/504:342.726-053.2
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

*Prof. dr. Džamna Vranić*
*Prof. dr. Amina Nikolajev*

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

# OČUVANJE OKOLIŠA KAO PREDUVJET REALIZACIJE PRINCIPA *NAJBOLJI INTERES DJETETA*

*U vremenu sveprisutnih klimatskih promjena, i posljedica koje ostavljaju, očuvanje okoliša izrasta iz zajedničke potrebe svih ljudi za poboljšanjem kvalitete života. Pretjerano i neodgovarajuće korištenje raspoloživih resursa dovodi do urušavanja ekološkog sistema i narušaanja ekološke ravnoteže, proizvodeći negativne posljedice po okoliš. Za očuvanje čiste i zdrave okoline pojedinačno i kolektivno odgovorni su svi, zbog čega razvojne politike trebaju biti usmjerene ne samo ka poboljšanju blagostanja nego i ka ostavrenju zajedničkih vrijednosti. Imajući u vidu prvi princip Stockholmske deklaracije prema kojem „Čovjek ima fundamentalno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne uslove za život, u okolini koja je dovoljno kvalitetna da dopušta život dostojanstva i blagostanja“ on nosi svečanu odgovornost da zaštiti i poboljša tu okolinu za sadašnje i buduće generacije. Oštećenje okoliša, klimatske promjene i izloženost djetinjstva onečišćenju i otrovnom otpadu onemogućava da djeca uživaju svoja prava danas i u budućnosti, budući da su njihovi cjeloživotni zdravstveni ishodi, dobrobit i razvoj ugroženi. Samo u zdravim okruženjima djeca se mogu razvijati i rasti i uživati svoja prava. Pristup koji se mora zauzeti kod ostvarivanja dječijih prava jeste uzimanje u obzir svih dimenzija zdravog okoliša kao uvjeta za ostvarivanje najboljih interesa djeteta.*

**Ključne riječi:** Okoliš; Dijete; Najbolji interes djeteta; ljudska prava.

## 1. UVOD

Poboljšanje kvaliteta života, kroz unaprjeđenje blagostanja i postizanje održivosti životnog standarda stanovništva, nije ostvarivo niti održivo ukoliko se nastavi sa daljnjom degradacijom okoliša. Nerazumno iscrpljivanje resursa, uništenje bioraznolikosti, povećanje zagađenje zraka, vode i tla,

Džamna Vranić, *dz.duman@pfsa.unsa.ba*.
Amina Nikolajev, *a.nikolajev@pfsa.unsa.ba*.

neodgovarajuće upravljanje otpadom i sl., izazvano je različitim ekonomskim aktivnostima. Pritisak na okoliš postao je toliko intenzivan da su posljednje decenije obilježene stalnom i alarmirajućom brigom o stanju u kojem se nalazi priroda (i koje se stalno pogoršava). Sve su jača opredjeljenja ka iznalaženju optimalnih modaliteta razvojnih politika i strategija koje u obzir uzimaju stanje, očuvanje i održivost okoliša kao jednog od determinirajućih razvojnih faktora. Ovakav pristup izrasta iz zajedničke potrebe svih ljudi da uživaju u blagodatima zdrave okoline i da se zaštite od negativnih posljedica narušene ekološke ravnoteže i sveprisutnijih klimatskih promjena. Očuvanje zdravog i čistog okoliša predstavlja preduvjet jačanja individualnih sposobnosti i ostvarenja punog ljudskog potencijala, a naročito djece čija prava su ugrožena, danas i u budućnosti, budući da su njihovi cjeloživotni zdravstveni ishodi, dobrobit i razvoj ugroženi. Posebna ranjivost djece i njihov društveni status nameću potrebu da se kroz politike zaštite okoliša vodi računa o najboljim interesima djece kako bi djeca zaštitila od ekološke štete, ojačali njihovi kapaciteti, uzela u obzir njihova stajališta i kompetencije. Samo u zdravim okruženjima djeca se mogu razvijati i rasti i uživati svoja prava. Pristup koji se mora zauzeti kod ostvarivanja dječijih prava jeste uzimanje u obzir svih dimenzija zdravog okoliša kao uvjeta za ostvarivanje njaboljih interesa djece.

* * *

Nastojanje zemalja da ostvare što veći nivo ekonomskog razvoja praćeno je sve većim pritiscima na okoliš. Upravo povećane ekonomske aktivnosti uzrokuju pretjerano i neodgovarajuće korištenje raspoloživih resursa, povećavaju zagađenje, dovode do urušavanja ekološkog sistema i narušavanja ekološke ravnoteže, proizvodeći negativne posljedice po okoliš. Očuvanje okoliša posljednjih decenija nameće se kao pitanje od krucijalnog značaja za opstanak ljudske vrste suprotstavljajući se, na svojevrstan način, razvojnim procesima. Naime, u pokušaju valoriziranja odnosa između potrebe za očuvanjem okoliša i tendencija ekonomskih aktivnosti javlja se konflikt interesa između ostvarenja nivoa ekonomskog razvoja i unaprjeđenja stanja okoliša. Proces ekonomskog razvoja odvija se „na račun“ prirodne sredine koja ipak nije neiscrpno vrelo resursa nužnih za zadovoljenje svih ljudskih potreba i želja. Resursi se koriste nedovoljno racionalno i učinkovito što narušava cjelovito očuvanje kvaliteta okoliša. Porast ekonomskih aktivnosti u cilju ne samo zadovoljenja potreba nego i povećanja dohotka nimalo ne doprinosi očuvanju okoliša. Zbog toga se pristup treba mijenjati u smjeru postizanja određenih kompromisa između zadovoljenja potreba i želja (ostvarenja profita) te smanjenja negativnog utjecaja na okoliš i njegova očuvanja, što predstavlja svojevrstan izazov.

Zdrav okoliš nužan je preduvjet bez kojeg nema ni ostvarenja osnovnih ljudskih prava (prava na život, slobodu i ličnu sigurnost i s njima vezanih prava) niti mogućnosti za ostvarenje ekonomskih, socijalnih i kulturnih ljudskih prava. Istovremeno, ostvarenje navedenih prava preduvjet je za društveno odgovorno upravljanje okolišem, čime se ukazuje na međusobnu korelaciju svih prava u očuvanju okoliša.

Pri tome se ističe koncept prava na razvoj koji, kao dio koncepta ljudskih prava, daje normativni okvir i predstavlja nadgradnju postojećih razvojnih teorija. Pravo na razvoj i očuvanje okoliša izrasta iz zajedničke potrebe svih ljudi da uživaju u blagodatima zdrave okoline i da se zaštite od negativnih posljedica narušene ekološke ravnoteže. Stoga razvojne politike trebaju bti usmjerene ne samo ka poboljšanju blagostanja nego i ka ostvarenju zajedničkih vrijednosti. Naglašavajući potrebu uspostavljanja ravnoteže između ljudskog djelovanja i očuvanja okoliša ukazuje se ne samo na potrebu racionalnijeg i efektivnijeg korištenja postojećih resursa nego i na odgovornost prema budućim generacijama. Ovo ujedno predstavlja sastavnicu koncepta održivog razvoja prema kojem ljudskim bićima „*pripada pravo na zdrav i produktivan život u harmoniji sa prirodom*,[1] *... jednako zadovoljavajući i razvojne i okolišne potrebe sadašnjih i budućih generacija*“[2] i u kojem su integrirani i briga za okoliš i proces izgradnje ljudskih sposobnosti.

Istovremeno „... održivost okoliša zahtijeva reforme u političkim procesima, ali i integrirani skup politika i mjera, ... Briga za okoliš mora biti “ukorijenjena u društvene kritike i viziju socijalne rekonstrukcije” (Bookchin, 1989, 13). Na ovaj način odražava se kolektivni interes i zajednička potreba svih ljudi za proširenje mogućnosti izbora, jačanje individualnih sposobnosti i sloboda ljudi.

*Čovjek ima fundamentalno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne uvjete za život, u okolini koja je dovoljno kvalitetna da dopušta život dostojanstva i blagostanja i on nosi svečanu odgovornost da zaštiti i poboljša tu okolinu za sadašnje i buduće generacije*.[3]

Govoreći o budućim generacijama i nasljeđu koje njima ostavljamo, znači govoriti i o djeci kao sudionicima društvenog života i budućim nositeljima ekonomskog procesa. Okolišni rizici utječu na zdravlje i razvoj djece, od momenta začeća preko perioda djetinjstva i adolescencije odražavajući se na njihovo zdravlje i kvalitetu života u odrasloj dobi. Djeca su

[1] Prvi princip Deklaracije o okolišu i razvoju iz Rio de Janeira. Deklaracija dostupna na *http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm*, 11.7.2023.

[2] Treći princip Deklaracije o okolišu i razvoju.

[3] Prvi princip Stockholmske deklaracije – Štokholmska deklaracija dostupna na *http://www.un-documents.net/unchedec.htm*, 11.7.2023.

posebno osjetljiva na određene ekološke rizike, uključujući: onečišćenje zraka; neodgovarajući pristup pitkoj vodi i sanitarnim uvjetima; izloženost opasnim hemikalijama i otpadu; te negativnim utjecajima klimatskih promjena. U situaciji sve prisutnije degradacije okoliša i potrebi njegoog očuvanja nameće se pitanje ostvarenja prinicpa najbolji interes djeteta. Od toga koliko je ova veza jaka ovisi i odgovor na pitanje da li ćemo se naći na putu sveukupnog rasta/prosperiteta ili na putu koji vodi ka propasti.

* * *

Opisana kao jedna od “najhitnijih i najozbiljnijih prijetnji sposobnosti sadašnjih i budućih generacija da uživaju pravo na život“[4] degradacija okoliša mnogo više negativno utječe na djecu nego na odrasle. Prema Izvještaju World Health Organization *Don’t pollute my future! The impact of the environment on children’s health* iz 2017. godine oko 1,5 miliona djece prije navršene pete godine života umire od posljedica onečišćenja zraka, onečišćenja vode, izloženosti otrovnim tvarima i drugim vrstama štetnih utjecaja na okoliš koji doprinose i povećanjem broja oboljelih od astme, dijabetesa i raka i uzrokuju smrtnost u ranoj dobi.[5]

Podaci iz 2020. godine pokazuju da svake godine više od 1,7 miliona djece ne doživi pet godinu života usljed posljedica izazvanih degradacijom okoliša, dok milioni drugih pate od različitih bolesti, invaliditeta i niza drugih oblika ozljeda, od kojih neke mogu imati posljedice za cijeli život.[6]

Svijet se također suočava s krizom sveprisutnih klimatskih promjena koju mnogi opisuju kao ključnu krizu našeg vremena. Sve su prisutnije i učestalije ekstremne vremenske nepogode, poput: toplinskih valova, suše i s njima povezanih šumskih požara, obilnih kiša i poplava koje uzrokuju, a koji dodatno ugroažavaju i ono krhku mogućnost punijeg ostvarenja i uživanja svih prava.

Negativni utjecaji klimatskih promjena posebno se odražavaju na djecu i prijete ostvarenju dječijih prava na život, zdravlje, pristup hrani i pitkoj vodi, odgovarajućim sanitarnim uvjetima, obrazovanju, stanovanju, kulturi i razvoju.[7] Pri tome treba imati u vidu i činjenicu da su najviše ugrožena djeca s teškoćama u razvoju, djeca u pokretu, djeca koja žive u

[4] UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36, para. 62 (2019).

[5] WHO, ‘Don’t pollute my future! The impact of the environment on children’s health’ (2017) 1 *https://www.who.int/publications/i/item/WHO-FWC-IHE-17.01*, 11.7.2023.

[6] *https://www.hrw.org/news/2020/07/01/realising-childrens-right-healthy-environment*, 11.7.2023.

[7] OHCHR ‘Analytical study on the relationship between climate and the full and effective enjoyment of the rights of the child’ 4 May 2017 A/HRC/35/13.

siromaštvu, djeca odvojena od obitelji i najmlađi.[8] Prema nekim predviđanjima do 2030. godine klimatske promjene uzrokovat će porast broja smrtnih slučajeva od malarije i dijareje djece mlađe od 15 godina; povećati će se broj umrle djece mlađe od pet godina od pothranjenosti za dodatnih 95.000; kao i broj pothranjene djece za dodatnih 24 miliona do 2050.[9]

Posljednje decenije obilježene su rastućim interesom za očuvanje čistog i zdravog okoliša te globalnom brigom i potrebni akcijama kako bi se osigurali odgovarajući uvjeti života. To se naročito odnosi na život i razvoj djece koja se suočavaju s neviđenim razinama nesigurnosti i rizika. U skladu s odredbama UN-ove Konvencije o pravima djeteta prema kojoj se trebaju podržati i zaštiti svi mlađi od 18 godina, kao i u skladu s utvrđenim Ciljevima održivog razvoja do 2030. poboljšanje životnih prilika djece je samo po sebi legitiman cilj razvoja. Poboljšanje položaja djece suštinski je povezano za razvojnim procesom i osiguranjem ekonomskog rasta koji je potreban ali ne i dovoljan preduvjet razvoja onog što je Mahatma Gandhi nazvao “*ostvarenjem ljudskog potencijala*”. Zbog toga su ulaganje u djecu i briga o djeci ključna za njihov opstanak, razvoj i odgovarajuću kvalitetu života, ali i za osiguranje sveukupnog (društveno) ekonomskog razvoja od kojeg mogu imati koristi.

Degradacija okoliša i klimatske promjene ugrožavaju građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava sadašnjih i budućih generacija. U oktobru 2021. Vijeće za ljudska prava UN-a priznalo je pravo na čist, zdrav i održiv okoliš,[10] dok je Komitet za prava djeteta UN-a odlučio da se država može smatrati odgovornom za utjecaj koje emisije imaju na djecu unutar i izvan njene teritorije.[11]

Komitet za prava djeteta je 2016. godine usmjerio aktivnosti na procjenu usklađenosti dječijih prava i okoliša država članica Konvencije. S tim u vezi, 2019. godine tijela Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima izdali su zajedničku izjavu pozivajući države da proaktivno djeluju u vezi sa klimom, budući da neuspjeh da to učine može predstavljati kršenje njihovih obveza prema međunarodnom pravu o ljudskim pravima. U 2019. godini uspostavljena je globalna inicijativa za unapređenje prava djece na zdrav

[8] Supra footnote 5. Also see CEDAW, CESCR, CPRMWMF, CRC, CRPD ‘Joint Statement on Human Rights and Climate Change. CRC ‘Report of the 2016 Day of General Discussion: Children’s Rights and the Environment *https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2016/DGDoutcomereport-May2017.docx*, 11.7.2023.

[9] HRC ‘Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment’ A/HRC/37/58 6 January 2017, *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/-RightsChild/-UNICEF.docx*, 11.7.2023.

[10] Rezolucija 48/13 UN Vijeća za Ljudska prava.

[11] *https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?-SessionID=1351&Lang=en*, 11.7.2023.

okoliš kako bi se osnažila djeca i mladi, povećalo nacionalno, regionalno i globalno donošenje odluka o pravima djece i okoliša, povećao kapacitet sudionika za provedbu prava djece u pogledu okoliša i doprinose postavljanju standarda i razvoju politike.[12]

* * *

Ostvarenje principa najbolji interes djeteta[13] u odnosu na dječja prava povezana s okolišem zahtijeva pronalaženje rješenja u cilju prevazilaženja rizika i šteta nastalih usljed degradacije okoliša i klimatskih promjena. Razmatrajući potrebe djece za fizičkim i psihičkim zdravljem, normalnim intelektualnim razvojem, odgovarajućom materijalnom sigurnošću, i sl., iznalaženje odgovarajućih rješenja pozitivno pridonosi opstanku, zaštiti i razvoju djece.

Realizacija dječijih prava i principa najbolji interes djeteta ugroženo je zbog nedovoljnih i nedogovarajućih mjera koje države poduzimaju u cilju sprječavanja: onečišćenja zraka, vode i tla; prekomjernog iscrpljivanja prirodnih resursa; gubitka bioraznolikosti; izloženosti otrovnim tvarima i otpadu; negativnih posljedica klimatskih promjena. Zbog toga je potrebno prava i najbolje interese djece postaviti u središte budućih ekoloških i razvojnih politika.

Konvencija o pravima djeteta, usvojena 20. novembra 1989. godine pod okriljem Ujedinjenih nacija (Rezolucijom br. A/44/736), prvi je obavezujući dokument za države potpisnice koji se isključivo odnosi na prava djeteta i pokriva sve oblasti djetetovog života i odnose u kojima učestvuje. Konvencijom je predviđeno neotuđivo pravo djeteta na život, osiguranje opstanka i razvoja. Član 3. Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta propisuje sljedeće: „najbolji interesi djeteta su od prvenstvenog značaja u svim aktivnostima koje se tiču djece. Član se odnosi na aktivnosti koje preduzimaju “javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tijela”. U središtu prava koje se odnosi na djecu je princip da, kad god nadležni organ razmatra neko pitanje koje se odnosi na podizanje djeteta, presuđujući stav bit će najbolji interes djeteta i njegova dobrobit.[14] U tom Pravcu Komitet za prava djeteta potiče države da najbolje interese djece stave u središte svih odluka koje utječu na njihovo zdravlje i razvoj, uključujući raspodjelu resursa te izradu

[12] *www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/ConceptNote-Child-Rights _EN.PDF*, 11.7.2023.

[13] Vid. više u: Dž. Duman Vranić, *Uvod u roditeljsku odgovornost*, Pravni fakultet, Sarajevo 2019.

[14] Vid. više: Dž. Duman, *Ostvarivanje roditeljskog staranja: savremeni pravni okvir*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2014.

i provedbu politika i intervencija koje utiču na osnovne odrednice njihovog zdravlja.[15] To se može postići uticajem na na izradu politika kojima se reguliraju postupci štetni za fizičku i društvenu okolinu u kojoj djeca žive, rastu i razvijaju se.[16]

Iako su prema Konvenciji o pravima djeteta (čl. 24.) države potpisnice dužne osigurati pristup hrani i pitkoj vodi, uzimajući u obzir razmatranje opasnosti i rizika od onečišćenja okoliša, godišnje više od 1 milion djece umre prije navršene pete godina života usljed izloženosti zagađenjem toksičnim tvarima. Zbog toga bi, a što ističe i Komitet za prava djeteta, države potpisnice trebale poduzeti hitne korake kako bi se spriječilo daljnje narušavanje zdravlja i razvoja djece te popraviti svaku učinjenu štetu.[17] Države su, kod donošenja odluka, dužne razmotriti princip najbolji interes djeteta, pri čemu je osiguranje zdravog i čistog okoliša nedvojbeno temeljni element najboljeg interesa sve djece.[18] Kod razmatranja principa „najbolji interes djeteta“ nužno je ukazati na nedjeljivost i međuovisnost svih dječijih prava koja omogućuju svoj djeci da do najveće moguće mjere razviju svoje mentalne i fizičke sposobnosti, svoju ličnost i darovitost. Ne samo da je pravo djece na zdravlje važno samo po sebi nego je i ostvarenje prava na zdravlje nužno za uživanje svih drugih prava iz Konvencije.[19] U članu 6. ističe se obveza država stranaka da osiguraju opstanak, rast i razvoj djeteta, uključujući tjelesnu, mentalnu, moralnu, duhovnu i socijalnu dimenziju njegova razvoja. Pitanje očuvanja okoliša je preduvjet za realizaciju principa najbolji interes djeteta.[20]

Generalna skupština Ujedinjenih nacija u svome Izvještaju iz 2020. godine *Ostvarivanje prava djeteta kroz zdravi okoliš* naglašava da države

[15] Vid. više u: Unicef. (2019). *For every child, every right: The Convention on the Rights of the Child at a crossroads*. Unicef.

[16] General comment No. 15(2013) para. 13.

[17] General comment No. 16 (2013), para. 31.

[18] HRC ‘Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment’ A/HRC/49/53 12 January 2022 *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/-G22/004/48/-PDF/G2200448.pdf?OpenElement*, 12.7.2023.

[19] Vid. više u: L. Lundy, “Voice’is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *British educational research journal* 33(6)/2007, 927–942.

[20] Mehanizmi za ljudska prava proteklih su godina obavili značajan rad na dječjim pravima i okolišu, uspostavljajući razumijevanje međunarodnih pravnih obveza zaštite dječjih prava putem zdravog okoliša i međupovezanosti između zdravog okoliša i učinkovitog uživanja svih ljudskih prava. prava. Vidjeti presude (A/HRC/33/41; A/HRC/35/13; A/HRC/37/58; A/HRC/41/26; A/74/480.)

imaju izričite obveze spriječiti prijetnje koje degradacija okoliša i klimatske promjene predstavljaju učinkovitom uživanju prava na život.[21]

U skladu sa navedenim određeno je da:

Države su povećale obaveze prema Konvenciji o pravima djeteta i drugim ugovorima o zaštiti djece od štete u okolišu, osiguravaju da se njihovi najbolji interesi uzimaju u prvi plan (vodeće načelo u svim radnjama koje se tiču djece) i provode posebne mjere za zaštitu, pomoć i skrb za djecu.[22] Države moraju zaštititi djecu od ozljeda i osigurati njihovu dobrobit i razvoj, uključujući razmatranje mogućeg budućeg rizika i štete[23] te poduzeti mjere predostrožnosti protiv takve štete. Države moraju usvojiti i provoditi ekološke standarde u skladu s najboljim dostupnim znanstvenim i relevantnim međunarodnim zdravstvenim i sigurnosnim standardima, koji nisu retrogradni,[24] osiguravajući da se takvi standardi učinkovito provode.

Svako dijete ima urođeno pravo na život i države moraju osigurati opstanak i razvoj djeteta. Izloženost otrovnim tvarima narušava njihov tjelesni integritet, jer se događa bez slobodnog, prethodnog i informiranog pristanka djeteta ili roditelja.[25]

Svako dijete ima pravo uživati ljudska prava i temeljne slobode na jednakoj osnovi, bez diskriminacije, a države moraju osigurati da djeca koja su nerazmjerno pogođena štetnim djelovanjem na okoliš i štetnim tvarima to mogu ostvariti, uključujući uklanjanje neizravnih oblika diskriminacije.[26]

Prema Općem komentaru br. 15, a koji se odnosi na član 24 Konvencije slijedi:

(c) Opskrba čistom pitkom vodom. Sigurna i čista pitka voda i odvodnja nužne su za potpuno uživanje u životu i za sva druga ljudska prava.( Rezolucija Opće skupštine 64/292 o ljudskom pravu na vodu i odvodnju)

---

[21] Realizing the rights of the child through a healthy environment: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2020) *https://digitallibrary.un.org/record/-3863486*, 13.7.2023.

[22] Convention on the Rights of the Child, art. 3; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 10 (3).

[23] Committee on the Rights of the Child, general comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, paras. 24 and 71.

[24] Committee on the Rights of the Child, general comment No. 15, para. 7; A/HRC/37/58.

[25] A/HRC/33/41; A/74/480.

[26] Committee on the Rights of the Child, general comments No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, paras. 77–78, No. 9 (2006) on the rights of children with disabilities, para. 32, No. 11 (2009) on indigenous children and their rights under the Convention, paras. 35, 39 and 53, and No. 17 (2013) on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts, para. 50.

Državna tijela i tijela lokalne vlasti nadležna za vodu i odvodnju trebaju prepoznati svoju obavezu da pridonose ostvarenju prava djece na zdravlje te pri odlučivanju o raspodjeli besplatnih minimalnih količina i isključenju usluga aktivno pristupati ispitivanju pokazatelja malnutricije, proljeva i drugih bolesti djece vezanih uz vodu pri planiranju i izvođenju proširenja infrastrukture i održavanju vodnih usluga. Države nisu izuzete od te obveze ni kada imaju privatiziranu vodu i odvodnju.

(d) Onečišćenje okoliša. Države trebaju poduzeti mjere za uklanjanje opasnosti i rizika za zdravlje djece koji proizlaze iz onečišćenja okoliša u svim sredinama. Adekvatan smještaj, što uključuje sigurnu opremu za kuhanje, okolinu u kojoj se ne puši, odgovarajući ventilaciju, učinkovito upravljanje otpadom, odlaganje smeća iz stambenih prostora i neposrednog okoliša, nepostojanje plijesni i drugih toksičnih tvari, te higijena obitelji, osnovni su uvjeti za zdrav odgoj i razvoj. Države trebaju regulirati i nadzirati utjecaj poslovnih aktivnosti na okoliš koje mogu ugroziti pravo djece na zdravlje, sigurnost hrane te pristup sigurnoj pitkoj vodi i odvodnji.

Osim na onečišćenje okoliša, Komitet upozorava i na opću važnost okoliša za zdravlje djece.[27] Intervencije u okoliš trebaju se poduzimati, između ostaloga, radi klimatskih promjena jer su one najveća opasnost za zdravlje djece i povećavaju zdravstvene rizike. Države stoga pitanja zdravlja djece trebaju postaviti u središte svojih strategija za prilagodbu klimatskim promjenama i njihovo ublažavanje.[28]

* * *

U 2019. godini uspostavljena je globalna inicijativa za unapređenje prava djece na zdrav okoliš kako bi se osnažila djeca i mladi, povećalo nacionalno, regionalno i globalno donošenje odluka o pravima djece i okoliša,[29] povećao kapacitet sudionika za provedbu prava djece u pogledu uživanja u zdravom okolišu te postavili standardi za razvoj politika.[30]

Države bi trebale:

[27] Vid. više u: A. Gromada, G. Rees, Y. Chzhen, *Worlds of influence: Understanding what shapes child well-being in rich countries*. United Nations Children’s Fund, 2020.

[28] Vidjeti više: H. Clark, A. M. Coll-Seck, A. Banerjee, S. Peterson, S. L. Dalglish, S. Ameratunga, A. Costello, “A future for the world's children? A WHO–UNICEF–Lancet Commission”, *Lancet* 395(10224)/2020, 605–658.

[29] Vid. više: D. Helldén *et. al.*, “Climate change and child health: a scoping review and an expanded conceptual framework”, *Lancet Planetary Health* 5(3)/2021, e164–e175.

[30] *www.voicesofyouth.org/campaign/cop25-join-declaration-children-youth-and-climate-action*, 20.7.2023.

- usvojiti pristup prava djeteta u osmišljavanju, provedbi i praćenju zakona o javnom zdravlju, okolišu, potrošačima i radu, standardima, politikama i programima, dajući prioritet najboljim interesima djeteta;

- po potrebi izmijeniti zakone, standarde i politike, uzimajući u obzir da su određene skupine izložene većem riziku a trebaju imati mogućnost ostvarivati svoja ljudska prava na ravnopravnoj osnovi s drugima;

- poduzeti ambiciozne mjere ublažavanja kako bi se negativni utjecaji klimatskih promjena na djecu sveli na najmanju moguću mjeru i u najmanju ruku ograničili zagrijavanje na najviše 1,5°C iznad predindustrijskih razina, u skladu s Pariškim sporazumom;

- Uključiti degradaciju okoliša i otrovne tvari te onečišćenje povezano s pravima djece u nacionalne akcijske planove o poslovanju i ljudskim pravima i okvir nacionalne politike za provedbu Konvencije o pravima djeteta;

- Usvojiti mjere i dobre prakse utemeljene na dokazima, mobilizirati domaće i međunarodne resurse i povećati tehničku pomoć u skladu s međunarodnim zakonima o ljudskim pravima, normama i standardima i Agendom za održivi razvoj do 2030. kako bi se osiguralo da sva djeca, uključujući onu koja su u najvećem riziku, mogu ravnopravno s drugima ostvarivati svoja ljudska prava;

- Ojačati praćenje utjecaja štete po okoliš i izloženosti toksičnim tvarima i onečišćenju na djecu, provoditi procjene utjecaja, sistematizirati podatke, posebno u vezi s djecom koja su najviše izložena riziku, te uspostaviti mehanizme praćenja i istrage;

- Prikupljati informacije o izvorima i učincima oštećenja okoliša i izloženosti otrovnim tvarima na djecu i učiniti ih javno dostupnima u formatima primjerenim dobi;

- Omogućiti obrazovanje o okolišu u školskim nastavnim planovima i programima primjereno dobi, s ciljem povećanja znanja i sposobnosti djece da odgovore na izazove okoliša;

- Olakšati smisleno sudjelovanje djece u procesima donošenja odluka o okolišu i ljudskim pravima i zaštititi ih od odmazde zbog njihovog sudjelovanja ili izražavanja stavova o pitanjima okoliša na drugačiji način;

- Osigurati da djeca imaju pristup pravosuđu i učinkovitim i pravovremenim pravnim lijekovima za izloženost otrovima i degradaciju okoliša;

- Dati prioritet preventivnim mjerama i mjerama predostrožnosti, uključujući sanaciju kontaminiranih područja, regulaciju proizvodnje i prodaje proizvoda, pristup potrebnoj medicinskoj i psihološkoj skrbi i primjerenu naknadu;

- Ojačati propise i osigurati provedbu ljudskih prava i štete za okoliš u kontekstu poslovnih aktivnosti;

- Zahtijevati od kompanija da poduzmu dubinsku analizu prava djeteta, osigurati da djeca nisu izložena otrovima i degradaciji okoliša u kontekstu poslovnih aktivnosti, kako u zemlji tako i izvan teritorija, u skladu s Vodećim načelima o poslovanju i ljudskim pravima i Odborom za opći komentar o pravima djeteta br. 16, te poduzeti odgovarajuće korake kako bi osigurali, putem sudskih, upravnih, zakonodavnih ili drugih odgovarajućih sredstava, zaštitu prava djece unutar njihovog teritorija i/ili jurisdikcije, te da pogođeni imaju pristup učinkovitom pravnom lijeku;

- Zabraniti rad koji djecu izlaže otrovnim tvarima i osigurati da se ženama i djevojčicama reproduktivne dobi zajamči zaštita od profesionalne izloženosti otrovima i pristup alternativnim preventivnim mjerama;

- Povećati i ojačati međusektorsku suradnju i ojačati regulatorne agencije i ministarstva odgovorna za nadzor standarda relevantnih za dječja prava pogođena izloženošću otrovima i degradacijom okoliša, uključujući zdravlje, zaštitu potrošača, obrazovanje, okoliš, hranu i rad, kako bi se osigurala puna primjena principa najbolji interes djeteta.[31]

## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Očuvanje okoliša predstavlja hitan izazov koji utječe na sva prava djece. Degradacija okoliša nastavlja se događati na globalnoj razini zbog pogoršanja klimatskih promjena, krčenja šuma, gubitka bioraznolikosti te onečišćenja i propadanja zemljinog zraka, zemlje i vodenih resursa. Nedostatak čistog zraka i vode, izloženost opasnim kemikalijama i otpadu, učinci klimatskih promjena i gubitak bioraznolikosti sprječavaju djecu da uživaju svoja prava danas i u budućnosti, budući da su njihovi cjeloživotni zdravstveni ishodi, dobrobit i razvoj ugroženi. Unatoč rastućem znanju o zdravstvenim i razvojnim rizicima klimatskih promjena, degradacije okoliša i izloženosti toksinima, politike zaštite okoliša ne daju prioritet najboljim interesima djece. Praznine u zakonodavstvu ili neprovođenje postojećih zakonskih rješenja onemogućavaju ostvarivanje prava djetet na život, opstanak i razvoj. U kontekstu prava djeteta na zdravlje i uživanje u zdravom okolišu prevashodnu odgovornost ima država koja djelujući kao parens patrie osigurava svoju reproduktivnu ulogu a time i svoje postojanje.

[31] Realizing the rights of the child through a healthy environment: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2020) *https://digitallibrary.un.org/-record/3863486*, 25.7.2023.

## LISTA REFERENCI

Bibliografske reference


1. ‘Joint Statement on Human Rights and Climate Change. CRC ‘Report of the 2016 Day of General Discussion: Children’s Rights and the Environment, *https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies-/CRC/Discussions/2016/DGDoutcomereport-May2017.docx*.
2. Bookchin, M. Remaking Society. Montreal 1989.
3. Clark, H., Coll-Seck, A. M., Banerjee, A., Peterson, S., Dalglish, S. L., Ameratunga, S., Costello, A., “A future for the world's children? A WHO–UNICEF–Lancet Commission”, *Lancet* 395(10224)/2020.
4. Committee on the Rights of the Child, general comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, paras. 24 and 71.
5. Committee on the Rights of the Child, general comment No. 15, 12, 16, 9, 11 17
6. Duman, Džamna, *Ostvarivanje roditeljskog staranja: savremeni pravni okvir*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2014.
7. Duman Vranić, Džamna, *Uvod u roditeljsku odgovornost*, Pravni fakultet, Sarajevo 2019.
8. Gromada, A., Rees, G., & Chzhen, Y., *Worlds of influence: Understanding what shapes child well-being in rich countries*, United Nations Children’s Fund.
9. Helldén, D., Andersson, C., Nilsson, M., Ebi, K. L., Friberg, P., & Alfvén, T., “Climate change and child health: a scoping review and an expanded conceptual framework”, *Lancet Planetary Health* 5(3)/2021.
10. HRC ‘Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment’ A/HRC/37/58 6 January 2017, *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/RightsChild/UNICEF.docx*.
11. HRC ‘Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment’ A/HRC/49/53 12 January 2022 *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/004/48/PDF/G2200448.pdf?OpenElement*.
12. *https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en*.
13. *https://www.hrw.org/news/2020/07/01/realising-childrens-right-healthy-environment.*

14. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)
15. Lundy, L., “‘Voice’is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *British educational research journal* 33(6)/2021.
16. Nikolajev, A., „Pravo na razvoj i očuvanje okoliša“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LX/2017.
17. OHCHR ‘Analytical study on the relationship between climate and the full and effective enjoyment of the rights of the child’ 4 May 2017 A/HRC/35/13.
18. Presude (A/HRC/33/41; A/HRC/35/13; A/HRC/37/58; A/HRC/41/26; A/74/480.)
19. Prvi princip Deklaracije o okolišu i razvoju iz Rio de Janeira. Deklaracija *http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm*.
20. Prvi princip Stockholmske deklaracije – Štokholmska deklaracija *http://www.un-documents.net/unchedec.htm*.
21. Realizing the rights of the child through a healthy environment : report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2020) *https://digitallibrary.un.org/record/3863486.*
22. Rezolucija 48/13 UN Vijeća za Ljudska prava.
23. UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36, para. 62 (2019).
24. Unicef. (2019). *For every child, every right: The Convention on the Rights of the Child at a crossroads*. Unicef.
25. WHO, ‘Don’t pollute my future! The impact of the environment on children’s health’ (2017) 1 *https://www.who.int/publications/-i/item/WHO-FWC-IHE-17.01*.
26. *www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/ConceptNoteChildRights _EN.PDF*.
27. *www.voicesofyouth.org/campaign/cop25-join-declaration-children-youth-and-climate-action*.
28. *https://www.unicef-irc.org/places-and-spaces.*
29. UNICEF Strategy Climate, Environment, Energy and DRR.pdf –
30. The Climate Crisis is a Child Rights Crisis | UNICEF, *https://www.who.int/about/accountability/results/who-results-report-2020-2021*.
31. *https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2023/call-comments-draft-general-comment-childrens-rights-and-environment-special*.

*Associate Professor Džamna Vranić, LL.D.*
*Associate Professor Amina Nikolajev, LL.D.*

Faculty of Law, University of Sarajevo

# PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT AS A PREREQUISITE FOR REALIZING THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD

*Summary*

In the time of ubiquitous climate changes, and the consequences they leave, environmental protection grows out of the common need of all people to improve the quality of life. Excessive and inappropriate use of available resources leads to the collapse of the ecological system and disturbance of the ecological balance, producing negative consequences for the environment. Everyone is individually and collectively responsible for the preservation of a clean and healthy environment, which is why development policies should be aimed not only at improving well-being but also at realizing shared values. Bearing in mind the first principle of the Stockholm Declaration according to which "Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions for life, in an environment of sufficient quality to allow a life of dignity and well-being", he bears the solemn responsibility to protect and improve that environment for the present and future generations. Environmental damage, climate change and childhood exposure to pollution and toxic waste prevent children from enjoying their rights today and in the future, as their lifelong health outcomes, well-being and development are at risk. Only in healthy environments children can grow, develop, and enjoy their rights. The approach that must be followed in realizing the rights of the child is taking into account all dimensions of a healthy environment as a condition for realizing the Principle of the best interest of the child.

**Key words:** *Environment; Child; Best interests of the child; Human rights.*

УДК/UDC 336.2
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

*Проф. др Бојана Васиљевић Пољашевић*

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

# ПОСЕБНИ СЛУЧАЈЕВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОРЕСКУ ОБАВЕЗУ СА ОСВРТОМ НА СЕКУНДАРНУ ПОРЕСКУ ОБАВЕЗУ СУПСИДИЈАРНОГ И СОЛИДАРНОГ ПОРЕСКОГ ДУЖНИКА У ДОМАЋЕМ И КОМПАРАТИВНОМ ПРАВУ

*Предмет овог рада су посебни случајеви одговорности за пореске обавезе са освртом на секундарну пореску обавезу супсидијарног и солидарног пореског дужника у домаћем и компаративном праву.*

*Циљ овог рада је подвргавање пореских закона унутар БиХ којима су уређени институти супсидијарног и солидарног пореског дужника детаљној анализи. Истовремено, циљ је указати и на колизију пореских закона са одређеним, другим законима унутар БиХ којима су гарантована нека друга права, као што је примјера ради, Законом о привредним друштвима гарантовано право оснивачу или законском заступнику на слободно уживање личне имовине, наравно у зависности од организационог облика друштва. Исто право је гарантовано уставима, али и Европском конвенцијом о људским правима. У раду ће бити указано и на примјере из управне и судске праксе унутар БиХ у вези са солидарном пореском обавезом.*

*Коначно, у раду ће бити сагледана и нормативна рјешења института солидарног пореског дужника у упоредноправним системима, са циљем да се предложе одређена рјешења која би могла бити водиља приликом надоградње постојеће порескоправне легислативе унутар БиХ. На овај начин би се постигла и већа правна сигурност пореских система, grosso modo, али и већа правна сигурност пореских обвезника и дужника, што се све чешће истиче као један од основних постулата на којим би требало да почивају савремени порески системи ма које земље.*

**Кључне ријечи:** Пореска обавеза; Секундарна пореска обавеза; Супсидијарни порески дужник; Солидарни порески дужник.

Бојана Васиљевић Пољашевић, *bojana.vasiljevic@pf.unibl.org*.

## 1. УВОД

У теорији и пракси наилази се на разноврсна нормативна рјешења у смислу одређења института пореског јемства, односно пореске обавезе суспидијарног и солидарног пореског дужника.

*Grosso modo*, у порескоправном контексту, циљ института пореског јемства лежи у захтјеву да се пореска обавеза испуни у цијелости према пореском органу, независно од тога које лице је одређено као (примарни) порески обвезник. Но, да ли ће, и у којој мјери ће институт пореског јемства испунити циљ због кога је и уведен, не зависи само од (квалитета) нормативног акта којим је посљедњи поменути институт уређен и/или уведен,[1] већ зависи и од међусобне усклађености прописа унутар правног система као цјелине. Као и код било ког другог правног института, и код института пореског јемства је нужно да мјеродавне правне одредбе буду довољно прецизне и одређене у погледу одређења (примарног) пореског обвезника, затим дефинисања случаја када ће и под којим околностима неко друго лице, тј. лице које није одређено као лице примарно позвано да испуни пореску обавезу бити проглашено за супсидијарног или солидарног дужника. Осим тога, мјеродавне норме треба да на недвосмислен начин дефинишу учеснике у порескоправном, односно порескодужничком односу у погледу поменутог инстутита пореског јемства, тј. института супсидијарног или солидарног пореског дужника, њихова међусобна права и обавезе, као и начин на који се то друго лице има прогласити за супсидијарног или солидарног пореског дужника.

Надаље, уважавајући чињеницу да се о „квалитети“ усвојених нормативних рјешења може говорити тек њиховом примјеном, односно када право „дејствује и постаје видљиво у реалном животу“, институт пореског јемства, односно правне норме којим су уређени институт(и) супсидијарног и солидарног пореског дужника ће у овом раду бити подвргнуте детаљној анализи, како кроз теоријске приказе, тако и кроз примјере релевантне управне и судске праксе што унутар БиХ, што у упоредноправним системима.

При томе, у овом раду се полази од претпоставке да је основни порескополитички циљ нормирања института пореског јемства испуњење пореске обавезе у цијелости и о њеном доспијећу, уз истовремено обезбјеђење жељеног нивоа правне сигурности, како пореских система, тако и пореских обвезника, тј. дужника.

[1] Више о овом вид. Д. Ђерђа, Т. Антић, „Израда правних прописа у Хрватској – студија случаја”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 38, 1/2017, 96.

## 2. О ПОЈМУ ПОРЕСКОГ ЈЕМСТВА

Пореско јемство је порескоправни институт који потиче из приватног права, односно из грађанског права. Имајући у виду да је у грађанском праву јемство одређено као институт који служи јачању личног правног облигационог односа чиме се снажи сигурност повјериоца да ће његово потраживање бити измирено, може се закључити и да се аналогно оваквом одређењу појма јемства, пореским јемством јача порескодужнички однос, односно јача сигурност пореског повјериоца да ће његово потраживање за порески дуг бити измирено јер у порескоправни однос ступају и лица која нису порески обвезници, али одговарају за обвезников порески дуг.[2] С друге стране, обавеза пореског јемца да измири порески дуг у име пореског дужника представља „озбиљно“ уплитање у његова лична, основна права, а прије свега у право на слободно уживање имовине, што је гарантовано, не само уставима готово свих савремених држава, већ и Европском конвенцијом о људским правима.[3] Но, иако права и обавезе које произилазе из института јемства спадају у домен грађанског права, највишим правним актима савремених земаља, затим различитим законским прописима, као пресудама Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), између осталог, ствари у вези са институтом пореског јемства су стављене у надлежност пореских тијела, те се питање прерогатива јавних власти, односно јавног права, у сфери опорезивања не поставља.[4]

---

[2] Основна обиљежја јемства, као што су акцесорност, супсидијарност, обим одговорности јемца, регресно право јемца и сл. су једнака и у грађанском и у пореском праву. Више о сличностима и разликама у погледу грађанског и пореског јемства вид. у Н. Жунић-Ковачевић, С. Гаџо, „Институт законског порезног јамства након новеле Општег порезног закона 2012: Пробој правне особности“ трговачких друштава у случају злопорабе права“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 34, 1/2013, 395.

[3] Више о томе о интенцији законописца Европске повеље о људским правима, односно да ли је идеја била да се њоме изворно обухвати и област опорезивања вид. у: *Ferrazzini vs Italy*, пресуда од 12. јула 2001. године, захтјев бр. 44759/98, *https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/Ferrazzini-v-Italy-2002-34-EHRR-45.pdf*; C. Endresen, “The European Convention for the Protection of Human Rights – Taxation: No Tax – No Society”, *IATJ*, Madrid, 2016, *https://iatj.net/content/congresses/-mad-rid2016/The%20European%20Convention%20for%20the%20Protection%20of%20Human%20Rights%20Taxation%20-%20Norway.pdf*.

[4] Вид. Б. Јелчић *et al*., *Финанцијско право и финанцијска знаност*, Народне новине, Загреб 2008, 35–36. *Ferrazzini vs Italy*, тач. 29. *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v Netherlands,* пресуда од 23. фебруара 1995. године, захтјев бр. 15375/89, *https://ips.ligazakon.net/document/ES015310?an=4&le=tr_ua*.

Надаље, примјена института пореског јемства у пракси доводи до значајних недоумица, што се приписује не само номотехнички неквалитетним правилима, већ и непознавању основних правила тумачења порескоправних прописа, битно различитих у односу на правила тумачења прописа приватног права. Наиме, метода телеолошког тумачења се по правилу у пореском праву остварује кроз економско тумачење,[5] тј. приписивање економског смисла појмовима из других правних подручја, посебно из подручја грађанског права.[6]

Дакле, пореско јемство је искључиво законско правило које експлицитно прописује одговорност одређених лица као јемаца за туђи порески дуг.[7] Пореско јемство представља лично, додатно средство обезбјеђења испуњења пореске обавезе другог лица, тј. пореског обвезника. Увођењем овог института, порески орган, осим пореског обвезника, „добија“ још једног дужника – јемца за исти порески дуг чиме се пореска обавеза додатно снажи. Дакле, увођењем овог института, повећава се вјероватноћа да ће порески дуг бити наплаћен уколико порески обвезник не измири своју обавезу у разрезаном износу и, у складу са законом, предвиђеним роковима. У том смислу, особа која одговара за пореску обавезу, односно која одговара за порески дуг (примарног) пореског обвезника у предвиђеним износима и о доспјелости, се назива пореским јемцем уз напомену да одговорност за пореску обавезу другог лица може настати на законској или на факултативној основи.[8]

Уважавајући специфичности уставноправног уређења БиХ, правни институт(и) пореског јемства, а посљедично и правни институт(и) супсидијарне и/или солидарне пореске обавезе су у Републици Српској, односно Босни и Херцеговини уређени Законом о пореском поступку Републике Српске,[9] Законом о поступку индиректног опорезивања БиХ,[10] те Законом о порезној управи ФБиХ,[11] у зависности од

[5] Више о економском тумачењу пореских прописа вид. у: З. Шинковић, „Начело господарског приступа чињеницама битнима за опорезивање“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2018, vol. 1, год. 55, 201–219; Б. Јелчић *et al,* 540.

[6] Н. Жунић-Ковачевић, С. Гаџо, 394.

[7] А. Рихтер, „Порезно јамство“, *Порезни вјесник* 1/2016, 46–60.

[8] Више о овоме вид: Г. Милошевић, Б. Васиљевић-Пољашевић и М. Кулић, *Финансијско право,* Правни факултет, Бања Лука 2018, 85–86. и О. Лончарић-Хорват, „Порезно јамство“, *РРиФ*, Загреб 7/2001, 95–97.

[9] Закон о пореском поступку Републике Српске – ЗППРС, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 78/20 и 37/22.

[10] Закон о поступку индиректног опорезивања БиХ – ЗПИнО, *Службени гласник БиХ,* бр. 89/05 и 100/13.

[11] Закон о порезној управи ФБиХ – ЗПУФБиХ, *Службене новине ФБиХ,* бр. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 29/11 – одлука УС, 27/12, 7/13, 71/14, 91/15 и 44/22.

тога који ниво власти унутар БиХ има фискални суверенитет, односно у зависности од тога да ли је институт супсидијарне и/или солидарне пореске обавезе уведен за пореску обавезу по основу директних или индиректних пореза.[12]

Имајући у виду да је порески поступак посебан управни поступак, сва питања пореског поступка која нису уређена претходно наведеним пореским законима су у БиХ уређена одредбама Закона о општем управном поступку Републике Српске,[13] Закона о управном поступку БиХ[14] и Закона о управном поступку,[15] респективно.

Аналогно одредбама пореских закона унутар БиХ, под појмом порескоправног односа би се могао сматрати порескоправни однос између јавноправних тијела, односно активне странке с једне стране, и правних и физичких лица под њиховом (њеном) пореском јурисдикцијом, односно пасивне странке, с друге стране. Дакле, то је однос у коме једна странка – порески повјерилац има право да од друге странке – пореског дужника захтијева одређено давање, чињење, нечињење или трпљење, при чему је та друга страна дужна да то и испуни, односно да се повинује вољи активне странке. Порескодужнички однос је ужи појам од порескоправног и обухвата само материјални дио порескоправног односа, те је његов предмет увијек одређени имовинскоправни захтјев, односно новчани захтјев.[16] Важно је истаћи да у порескодужничком односу, осим пореског повјериоца и пореског обвезника, могу учествовати и остали порески дужници као што је то, примјера ради, порески јемац.[17]

Коначно, али не и мање важно, чињеница да су институти супсидијарне и солидарне пореске обавезе нормирани у босанскохерцеговачким пореским законима већ петнаестак година, а да порески органи унутар БиХ тек посљедњу годину-двије дана, уз мање изузетке, окончавају првостепене пореске поступке одлучивањем о пореској управној ствари, односно доношењем рјешења којим се пореска обавеза примарног пореског дужника има измирити (или би требало да се измири) из имовине супсидијарног или солидарног пореског дуж-

[12] Више о фискалним надлежностима унутар БиХ, вид. у: Г. Милошевић, Б. Васиљевић-Пољашевић, и М. Кулић, 231–240.

[13] Закон о општем управном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 13/02, 87/07 – испр., 50/10 и 66/18.

[14] Закон о управном поступку БиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16.

[15] Закон о управном поступку, *Службене новине ФБиХ,* бр. 2/98, 48/99 и 61/22.

[16] Б. Јелчић *et al*., 548.

[17] Више о врстама пореских дужника вид. Г. Милошевић, Б. Васиљевић-Пољашевић, и М. Кулић, 92–98.

ника, наглашава потребу да се ови институти подвргну додатној анализи.

### 2.1. Законско пореско јемство у зависности од врсте одговорности

Имајући у виду да се јемство, како је у раду раније наведено, може успоставити уговором или законом, а да се у случају уговором успостављеног јемства за порески дуг другог лица на исти у Републици Српској, односно БиХ[18] примјењују одредбе Закона о облигационим односима, исто неће бити предмет анализе овог рада, већ ће у фокусу бити законско пореско јемство. С тим у вези, у зависности од врсте одговорности разликује се супсидијарна и солидарна одговорност, односно супсидијарно и солидарно пореско јемство.

Код супсидијарне одговорности за порески дуг примарног пореског дужника, нужно је водити рачуна о редослиједу наплате пореског дуга. Другим ријечима, уколико је законом успостављена супсидијарна одговорност за туђи дуг, односно јемство другог реда, тада ће јемац бити дужан да измири пореску обавезу (туђи дуг) само уколико је порески обвезник то пропустио да учини и то само у износу у коме је примарни дужник пропустио да измири порески дуг. Дакле, порески орган је дужан да прије него што „посегне“ за измирењем пореског дуга од супсидијарног јемца, искористи све законом предвиђене могућности за наплату пореског дуга од пореског обвезника (и у редовној и принудној наплати) као главног дужника.[19] Тек када искористи све законом предвиђене механизме за наплату пореза, надлежни порески орган ће бити у могућности да донесе рјешење о утврђивању пореза по основу секундарне пореске обавезе, односно да тражи измирење пореске обавезе од пореског јемца. Имајући у виду да поступак проглашења лица за солидарног или супсидијарног пореског дужника није предмет истраживања овог рада, исти неће бити предмет дубље анализе у овом раду.[20]

Солидарно јемство, с друге стране, претпоставља да порески орган може, по свом избору, захтијевати да пореску обавезу примарног пореског дужника измири неко друго лице (солидарни дужник) које није одређено као порески обвезник и без претходног „покушаја“ да ту обавезу наплати од примарног дужника. Но, важно је истаћи и да су, најчешће, законским актима веома детаљно одређени услови

[18] На исти начин је уређено и у Србији и Хрватској.

[19] Секундарни и солидарни порески јемци имају право регреса, тј. имају право на повраћај износа новчаних средстава за плаћене обавезе у име и за рачун (примарног) пореског дужника.

[20] ЗППРС не разликује категорије солидарне од секундарне пореске обавезе.

које је потребно претходно испунити како би лице било позвано (проглашено) да као солидарни порески дужник сноси пореску обавезу која није примарно његова, већ обавеза пореског обвезника.

### 2.2. Законско пореско јемство у домаћем и компаративном праву

У Републици Српској је законско (*ex lege*) пореско јемство одређено чл. 44–45 ЗППРС,[21] те чл. 18–21 ЗПИнО, у зависности од тога да ли се ради о директним или индиректним порезима, односно да ли су порези, односно порески поступак у надлежности Пореске управе Републике Српске (у даљем тексту ПУРС) или Управе за индиректно опорезивање БиХ (у даљем тесту: УИОБиХ).

У случају када се ради о обавези насталој у вези са директним порезима и када је повјерилац ПУРС, порески јемци ће у Републици Српској, у складу са чл. 45, ст. 3 Закона о пореском поступку, који има *lex generalis* значење, одговарати супсидијарно, односно тек након што је ПУРС учинила све да пореску обавезу која је предмет порескодужничког односа, у предвиђеном износу и законом дефинисаним роковима, првенствено наплати од (примарног) пореског обвезника.

На сличан начин је додатну пореску обавезу, само у сврху исуњења обавезе по основу индиректних пореза у Републици Српској, односно БиХ увео и ЗПИнО,[22] и то као суспидијарну одговорност.[23] Међутим, чл. 22, ст. 1 ЗПИнО је увео и категорију појединачне и солидарне одговорности лица, односно пореског јемца на начин да ће лице бити позвано да сноси појединачну и солидарну обавезу за порески дуг када: а) проузрокује или активно сарађује у чињењу било којег кршења закона и прописа о индиректном порезу,[24] б) је члан или сувласник субјеката и удружења која нема својство правног лица или је заједнички стекло имовину или заоставштину сразмјерно свом удјелу у тој привредној јединици, в) је правни сљедник било ког облика реорганизовања (власништва, вођења посла, удруживања, спајања, дијељења, издвајања, итд.) и одговорно је за обавезе преузете од правног претходника, а које су проистекле из пословања.

С друге стране, исти члан, али став 2, као појединачно или солидарно одговорно лице за плаћање неплаћеног дуга и то до износа који

[21] ЗППРС.

[22] *Ibid.*

[23] Међутим, чл. 21, ст. 6 ЗПИнО, између осталог, предвиђа да се у поступку проглашења супсидијарне одговорности, мора претходно прогласити несолвентност (неуспјех) главног дужника и појединачно и солидарно одговорних лица.

[24] Обавеза се проширује и на санкције изречене за прекршаје.

УИОБиХ може да заплијени или да на други начин обезбиједи дуг дефинише лице: а) које проузрокује или сарађује у прикривању или преносу новца, имовине или права од одговорних лица с намјером да спријечи или омете радње УИОБиХ, б) које грешком или немаром не поштује налоге за запљену, в) које по сазнању о запљени, мјерама обезбјеђења или датој гаранцији, изричито или прећутно сарађује или одобрава прикривање заплијењене имовине или права, или оне робе или права који су оптерећени (заложени) мјерама обезбјеђења или гаранцијом, г) је депозитар имовине дужника, а који након пријема рјешења о запљени сарађује или дозволи ослобађање онога што је предмет запљене.

Надаље, члан 23 ЗПИнО је увео и категорију супсидијарно одговорног лица за пореску обавезу, односно супсидијарног пореског јемца, и као таквог одредио стварног и правног управника правног лица који: а) није предузео одговарајуће мјере које су у његовој надлежности како би учинио да правно лице поштује обавезе индиректних пореза, б) је изричито или прећутно одобрио подређенима непоштовање обавеза по основу индиректних пореза, в) је склопило уговор(е) који олакшавају непоштовање обавеза по основу индиректних пореза, г) стварног и правног управника правног лица које је прекинуло обављање своје дјелатности уколико управник није предузео одговарајуће мјере за плаћање неплаћене обавезе, или је склопио било какве уговоре или предузео мјере које су проузроковале неплаћање, д) примаоца и управника у поступку обустављања плаћања прије стечајног поступка који није предузео одговарајуће мјере у смислу поштовања обавеза индиректног пореза које су биле зарачунате лицу које има главне обавезе индиректног пореза, ликвидациони управници и примаоци у стечајним поступцима, ђ) царинског посредника када дјелује у име или за рачун његовог послодаваца.

Уколико би се, примјера ради, институт пореског јемца у Србији посматрао имајући у виду његову примјену код пореза на пренос апсолутних права (уз накнаду), евидентно је да је тада као порески обвезник[25] одређен продавац непокретности, односно преносилац права. Но, даљим одредбама Закона о порезу на имовину[26] дефинисано је и да ће се у случају да се апсолутно право преноси по основу уговора о размјени тим уговором бити одређен и обвезник пореза за свако апсолутно право. На основу наведеног, одредбе конкретног

[25] Закон о порезима на имовину, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 26/01, 45/02 – УС, *Сл. лист СРЈ,* бр. 42/02 – УС, *Службени гласник Републике Србије,* бр. 80/02, 80/02 – др. закон, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – УС, 47/13, 68/14 – др. закон, 95/18, 99/18 – УС, 86/19, 144/20, 118/2 и 138/22, чл. 23–25.

[26] *Ibid.*

уговора о преносу апсолутних права, као и ст. 2, чл. 42 посљедње поменутог Закона представљају основ да се поменутим уговорима уведе, осим пореског обвезника – продавца и солидарни порески јемац, и то купац непокретности. На овај начин, лице на које је пренесено апсолутно право и које се уговором обавезало да плати порез на пренос апсолутних права солидарно јемчи за плаћање тог пореза. Дакле, у овој ситуацији постоји законски заснована солидарност странака у односу на обавезу плаћања пореза на пренос апсолутних права, тј. права својине на непокретности, а која је уведена конкретним купопродајним уговором.

С друге стране, поклонодавац у Србији није обвезник пореза на поклон, али је такође, законски јемац за измирење пореске обавезе за учињени поклон, и то супсидијарно, уколико уговором није било обавеза измирења пореске обавезе по основу пореза на поклон и солидарно, када се уговором обавезао на измирење пореске обавезе по основу пореза на поклон.

Осим солидарних и супсидијарних пореских обавеза уведених у Србији овдје помињаним Законом о порезу на имовину, Закон о порезу на доходак грађана[27] је одредбама члана 157 дефинисао јемство и то на начин да за порез по одбитку солидарно јемчи исплатилац прихода, да за порез на приходе од самосталне дјелатности јемче супсидијарно својом имовином сви пунољетни чланови домаћинства обвезника који у моменту настанка обавезе чине домаћинство истог обвезника,[28] те да лице које са или без накнаде преузме дио или цјелокупну имовину којом обвезник пореза на приходе од самосталне дјелатности обавља дјелатност, јемчи солидарно за обавезе поменутог обвезника, а које су настале обављањем дјелатности прије преузимања имовине до висине вриједности преузете имовине.

Коначно, у Србији је и чл. 12, ст. 3, тач. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији[29] увео категорију пореског јемца, и

[27] Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник Републике Србије,* бр. 24/01-1, 80/02-27, 80/02-1 (др. закон), 135/04-44, 62/06-3, 65/06-16 (исправка), 31/09-90, 44/09-4, 18/10-45, 50/11-6, 91/11-205 (УС), 93/12-16, 114/12-189 (УС), 47/13-18, 48/13-3 (исправка), 108/13-4, 57/14-3, 68/14-3 (др. закон), 112/15-10, 113/17-185, 95/18-252, 86/19-6, 153/20-38, 44/21-3, 118/21-4, 138/22-281.

[28] Чланом породице, у смислу овог закона, сматрају се брачни друг, родитељи, дјеца, усвојеник и усвојилац обвезника. Ово је само једна од специфичности које порески обвезници у Србији често нису свјесни, а која је потврђена и у правно обавезујућем мишљењу Министарства финансија бр. 430-00-254/2019-04 од 13. 5. 2019. године.

[29] Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗППА, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 80/02, 84/02 (исправка), 23/03 (исправка), 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 (др. законик), 62/06 (др. закон), 61/07-8, 20/09, 72/09 (др. закон), 53/10,

као таквог дефинисао другог пореског дужника који одговара за плаћање обвезниковог пореског дуга у случају да порески обвезник не плати тај дуг о доспјелости. Слично, као и законодавство у БиХ, и у Србији је одредбама посљедње поменутог Закона[30] одређено да ће када правно лице у ликвидацији нема довољно новчаних средстава да испуни пореску обавезу у цијелости, укључујући и приходе од продаје имовине, преостали порески дуг платити оснивачи, односно чланови правног лица, када су, у складу са законом, статутом или оснивачким актом правног лица солидарно одговорни за обавезе правног лица. Надаље, чл. 31 ЗППА је дефинисао и секундарну пореску обавезу, и то на начин да иста настаје када је неко лице одговорно за доспјелу пореску обавезу другог пореског обвезника или за доспјелу секундарну пореску обавезу другог пореског обвезника. Но, да би се прогласила секундарна пореска обавеза другог лица осим примарног пореског дужника, неопходно је да се (секундарна) пореска обавеза односи на: а) законске заступнике који су свјесно или без дужне пажње пропустили да испуне своју обавезу да реализују плаћање пореза за пореског обвезника, иако је овај био у могућности да то уради, али само у висини неплаћеног пореза; б) лица која доприносе или помажу у избјегавању плаћања пореза другог лица, такође, у висини пореског дуга тог другог лица чије је плаћање избјегнуто; в) лица одговорна за обрачунавање и плаћање пореза, и то за износ тог пореза који није плаћен, у случајевима када се утврди да то лице није поступало са дужном пажњом; г) физичко лице које је одговорно лице у правном лицу, које обрачунава и плаћа порез и пропусти да уплати порез – за износ тог пореза који није плаћен**,** такође, када се утврди да то лице није поступало са дужном пажњом; д) лице које је примило новчана средства, ствари или права из имовине пореског обвезника путем трансакције без накнаде или уз накнаду која је нижа од цијене која би се могла постићи на тржишту, у периоду од пет година прије доспјелости пореске обавезе која није плаћена за пореског обвезника – за износ неплаћеног пореза, а највише до вриједности примљене имовине, умањене за износ који је то лице за њу платило;[31] и ђ) друштво за управљање фондом.

101/11, 2/12 (исправка), 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15 (аутентично тумачење), 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20, 96/21 и 138/22.

[30] ЗППА, чл. 20, ст. 3.

[31] Ова одредба се примјењује само у случају када је лице примило имовину од пореског обвезника – правног лица и само ако посредно или непосредно учешће тог лица у капиталу пореског обвезника износи или је износило најмање 10%.

У Хрватској су чл. 20 Општег порезног закона[32] као учесници у порескодужничком односу експлицитно одређени порески орган, порески обвезник и порески јемац, што је другачије у односу на рјешење у пореским законима унутар БиХ или Србије. Чл. 23 ОПЗ је предвидио да порески дуг могу сносити и трећа лица, односно лица која нису у овом односу одређени као примарни порески дужници, и то као солидарни порески дужници. Даљим одредбама овог Закона, односно чл. 30, ст. 1 одређено је да чланови јавног трговачког друштва и комплементари у командитном друштву одговарају за обавезе друштва лично, солидарно и неограничено цијелом својом имовином, једнако као што и чланови привредног интересног удружења одговарају за обавезе удружења. Осим посљедње поменутих лица, као солидарни јемац је, у тачно утврђеним околностима које су дефинисане чл. 36, ст. 2, одређено и лице које је: а) у порескодужничком односу одређено као порески платац; б) које је утајило порез; и в) учествовало у пореској утаји.

С друге стране, чл. 27–35 ОПЗ су као супсидијарни порески јемци одређени законски заступници физичких и правних лица и заступници или управници удружених лица и имовинских маса без правне способности, када су у обављању послова починили кривично дјело утаје пореза или учествовали у утаји пореза или бесправно остварили смањење пореза или друге пореске повластице за заступана лица. Такође, као супсидијарни дужници одређени су и чланови управе и извршни директори друштва капитала, те с њима повезана лица када се у посебном дијелу пореског поступка утврди да су наведени чланови и директори при вођењу послова друштва злоупотребљавали своја права и овлаштења, због чега је наступила немогућност наплате пореског дуга од друштва као главног пореског дужника, односно до оштећења пореског органа.[33] Осим наведених лица, и лице које учествује у сачињавању неистинитих и невјеродостојних исправа или које учествује у неуредном, неистинитом и неправовременом вођењу пословних књига, јемчи за износ мање плаћеног пореза и припадајућих камата насталог као посљедица таквог његовог дјеловања.

[32] Општи порезни закон Републике Хрватске – ОПЗ, пречишћени текст, *Народне новине*, бр. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20 и 114/22.

[33] Чланови друштва с ограниченом одговорношћу, акционари акционарског друштва, командитори у командитном друштву не одговарају за обавезе друштва изузев када је то одређено законом и када су испуњене претпоставке, такође нормиране законом.

С обзиром на то да је у Европској унији сфера директних пореза у надлежности држава чланица,[34] у овом дијелу рада ће се указати на институт пореског јемства имајући у виду, прије свега, Шесту ПДВ директиву[35] (у даљем тексту: Директива). Но, прије него што се приступи анализи института пореског јемства у ЕУ, потребно је кратко се осврнути и на Европску конвенцију о људским правима[36] (у даљем тексту: ЕКЉП). Иста Конвенција, усвојена прије шездесет и више година, у свом првобитном облику (без протокола) се није односила на порезе, тј. опорезивање. Међутим, двије године након усвајања, усвајањем Првог протокола[37] ЕКЉП је проширена и на област опорезивања.[38] Такође, у овом дијелу рада, а са циљем додатног разумијевања института пореског јемца у ЕУ, неопходно је скренути пажњу и на Конвенцију донесену на основу члана К.3 Уговора о Европској унији који се односи на заштиту финансијских интереса Европских заједница[39] (у даљем тексту: Конвенција). У складу са преамбулом посљедње поменуте Конвенције, уговорне стране Конвенције „желе-

[34] Директни порези су унутар Европске уније и даље једно од „најзаштићенијих“ подручја држава чланица.

[35] Директива 2006/112/ЕЗ о заједничком систему пореза на додату вриједност, Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal* L 347, 11. 12. 2006, 1–118, *https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/the-european-union-s-common-system-of-value-added-tax-vat.html*.

[36] Европска конвенција о људским правима, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.1950, as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15 supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16, *https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf*.

[37] Чл. 1 Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (Први протокол) Париз, 20. март 1952. године. „Заштита имовине – Свако физичко или правно лице има право на мирно уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим принципима међународног права. Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не умањују право државе да примјењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересом, или да би обезбиједила плаћање пореза или других доприноса или казни“.

[38] О пресудама ЕСЉП у вези са опорезивањем, вид. *Taxation and the European Convention on Human Rights*, ECHR, Factsheet, март, 2023, *https://www.echr.coe.int/documents/fs_taxation_eng.pdf*.

[39] Convention Drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the protection of the European Communities' financial interests, *Official Journal of the European Communities*, C 316/49, *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?-uri=CELEX:41995A1127%2803%29:EN:HTML*.

Поменута Конвенција је замијењена Директивом 2017/1371 Европског парламента и Вијећа о сузбијању превара почињених против финансијских интереса Уније криовичноправним средствима, Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, *Official Journal* L 2017, 198.

ћи да обезбиједе да њихово кривично законодавство дјелотворно доприноси заштити финансијских интереса Европских заједница“, увјерене су, с једне стране, „да заштита финансијских интереса Европских заједница захтијева гоњење незаконитих радњи које штете тим интересима и захтијева, с друге стране, „потребу да се такво понашање казни дјелотворним, сразмјерним и одвраћајућим казнама, не доводећи у питање могућности примјене других казни у одговарајућим случајевима и, по потреби, бар у тешким случајевима, да се за такво дјело пропише казна затвора“. Надаље, чл. 1, ст. 2 исте Конвенције је одредио и да ће свака држава чланица предузети неопходне и одговарајуће мјере да превару дефнисану у складу са чл. 1, ст. 1 Конвенције[40] инкорпорира у своје национално кривично законодавство и то на начин да се „превара“ инкриминише као кривично дјело.

Без намјере да се улази у детаљну анализу Директиве, као и пресуде ЕСЉП у вези са опорезивањем, у овом дијелу рада ће се указати само на неке битне одредбе Директиве и на одређене пресуде ЕСЉП које су у вези са институтом пореског јемца. Наиме, чл. 193–200 и чл. 202–204 Директиве су одређене особе које су одговорне за плаћање ПДВ, и то на начин да је чл. 193 (као основно правило) прописао да је сваки порески обвезник који обавља опорезиву испоруку робе или услуга дужан да плати ПДВ. Но, даље одредбе истог члана су омогућиле и да се могу или морају одредити и друга лица дужна да плате тај порез,[41] те су чл. 194–199 б) и чл. 202 одређена друга лица, осим пореских обвезника, која су дужна да сносе терет плаћања ПДВ. Такође, чл. 205 исте Директиве је прописао и да у случајевима дефинисаним чл. 193–200, чл. 202–204 државе чланице могу националним законодавством одредити да је умјесто пореског обвезника дужног да плати ПДВ, солидарно одговорно неко друго лице, тј. порески јемац као што је примјера ради, случај када је одређено лице солидарно

[40] Чл. 1, ст. 1 Конвенције дефинише превару која штети финансијским интересима Европске заједнице на начин да иста подразумијева, у погледу расхода сваки намјерни чин или пропуст који се односи на: коришћење или представљање лажних, нетачних или непотпуних изјава или докумената, које за посљедицу има присвајање или незаконито задржавање средстава из општег буџета Европских заједница или буџета којима управљају, или у име Европске заједнице, а у погледу прихода сваку намјерну радњу или пропуст у вези са: коришћењем или представљањем лажних, нетачних или непотпуних изјава или докумената, које за посљедицу имају незаконито смањење средстава општег буџета Европских заједница или буџета којима управљају, или у име Европске заједнице, неоткривањем података којим се крши одређена обавеза, са истим дејством, погрешну примјену законито стечене користи, са истим дејством.

[41] Осим у случајевима предвиђеним чл. 194–199 б и чл. 202 Директиве (вид. тач. 27 *ALT OOD vs Direktor na Direktsia ‘Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika’ Plovdiv pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite*, случај C-4/20, пресуда од 20. маја 2021.).

одговорно када је у тренутку трансакције знало или морало знати да ће порез који се дугује у вези са том трансакцијом или ранијом или накнадном трансакцијом остати неплаћен.[42] Даље одредбе Директиве, конкретно чл. 207–212 су прописали и да државе чланице, такође кроз национално законодавство могу усвојити и неопходне мјере како би осигурале да: а) лица која су дужна да плате ПДВ у име пореског обвезника, а који нема сједиште на њиховој територији, ту обавезу и испуне као солидарни дужници; б) купац златног материјала, полупроизвода или инвестиционог злата, такође као солидарни дужник сноси обавезу плаћања ПДВ; в) правна лица која нису примарни порески дужници по основу ПДВ у вези са куповином добара унутар Заједнице, и то кад је у улози продавца лице које нема изузеће као мали порески обвезник, сносе обавезу плаћања ПДВ; г) приликом стицања нових превозних средстава унутар Заједнице лице које није порески обвезник одреди (друго) лице које ће као порески јемац да сноси порески дуг. Осим наведеног, чл. 273 Директиве је дозволио државама чланицама да дефинишу и друге обавезе (које сматрају потребним) како би се осигурала исправна наплата ПДВ, спријечила пореска утаја и евазија, уз поштовање једнаког третмана домаћих трансакција и трансакција које порески обвезници обављају између држава чланица, те уз услов да поменуте обавезе у трговини између држава чланица не изазивају формалности везане за прелазак границе.

G*rosso modo,* на нивоу ЕУ постоји читав низ законских и подзаконских аката који имају за циљ да идентификују лице које је дужно да плати ПДВ имајући у виду различите ситуације. Циљ поменутих норми је ефикасна наплата ПДВ од стране пореских органа, и то од лица која су најприкладнија, уважавајући предвиђену ситуацију, посебно кад се странке не налазе у истој држави чланици или када се трансакција која подлијеже ПДВ односи на трансакције чија специфичност захтијева да се одреди лице различито од оног из чл. 193 Директиве.[43]

Имајући у виду наведено, Европски суд се у пресудама[44] које су у вези са солидарном пореском обавезом код одлучивања водио, прије

---

[42] Вид. тач. 32–33 *пресуде Federation of Technological Industries and Others vs Commissioners of Customs and Excise,* C-384/04, од 11. маја 2006. године, тач. 37. C-4/20.

[43] Вид. *MC vs Direktor na Direktsia ‘Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika’ Veliko Tarnovo pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite,* C-1/21, пресуда од 13. октобра 2022. године, тач. 49.

[44] Вид. *ibid.*; C-4/20, *Vlaamse Oliemaatschappij* NV *vc FOD Financiën,* пресуда од 21. децембра 2011. године; случај C-499/10, *https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?-language=en&num=C-499/10*; *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v Netherlands*.

свега, компатибилности националног са ЕУ законодавством,[45] те примјеном начела пропорционалности.[46] Из одлука је евидентно да је Европски суд у случају да је неко друго лице осим пореског обвезника било позвано да сноси порески дуг, између осталог, заузео став да су државе чланице дужне да извршавају своју надлежност поштујући право Уније и његова општа начела те, слиједом тога, и начело пропорционалности.[47] Надаље, Суд је у вези са солидарном одговорношћу за порески дуг, а у вези са чл. 273 Директиве, по правилу, постављао и питање[48] да ли исти члан, као и начело пропорционалности треба тумачити на начин да им се противи национални пропис којим се предвиђа механизам солидарне одговорности правног лица за дугове у вези са ПДВ у сљедећим околностима: а) лице које је солидарно одговорно директор је правног лица или члан њеног органа управе; б) лице која је солидарно одговорно је у лошој вјери извршило плаћања из имовине правног лица која се могу карактерисати као прикривена исплата добити или дивиденди или је пренијела ту имовину без накнаде или по цијени значајно испод тржишне цијене; в) радње предузете у злој вјери довеле су до немогућности правног лица да плати сав или дио дугованог ПДВ; г) солидарна одговорност ограничена је на износ смањења имовине које је правно лице претрпјело због радњи предузетих у лошој вјери; и д) та солидарна одговорност искључиво је супсидијарна када се покаже немогућим од правног лица наплатити износе ПДВ који се дугују.

Суд је, такође, у више наврата подсјетио и на право држава чланица да се служе средствима која омогућавају ефикасно остваривање својих унутрашњих циљева, укључујући и право на ефикасну наплату јавних прихода, уз услов да те националне мјере не прећу оно што је нужно за тај циљ. Дакле, државе чланице недвојбено имају право да установе институт солидарног дужника, односно да пропишу услове под којим је лице које није примарно одређено као порески обвезник дужно да сноси ПДВ обавезу пореског обвезника, кад год је то потре-

[45] Имајући у виду могућности увођења различитих националних мјера дозвољених чл. 273 Директиве.

[46] Према овом принципу, мјере ЕУ морају бити прикладне и неопходне за постизање жељеног циља, уз истовремени услов да исте не могу наметати појединцу превелики терет у односу на циљ који се жели постићи.

[47] C-1/21, тач. 68. Вид. *Fortunata Silvia Fontana vs Agenzia delle Entrate - Direzione provinciale di Reggio Calabria* тач. 35, пресуда од 21. новембра 2018, C-648/16, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LV/TXT/?uri=CELEX%3A62016CC0648* и тач. 35, *Grupa Warzywna Sp. z o.o. vs Dyrektor Izby* Administracji Skarbowej we Wrocławiu, пресуда од 15. априла 2021. године, C-935/19, *https://curia.europa.eu/juris-/liste.jsf?num=C-935/19&language=EN*.

[48] Каснијим тачкама је заузео исти став.

бно због ефикасности наплате и очувања планираног нивоа јавних прихода. Но, да би неко друго лице осим пореског обвезника било позвано да сноси порески терет, нужно је да поменута ефикасна наплата буде аргументована чињеничним и/или правним односом између два лица, тј. обвезника и солидарног дужника имајући у виду начела правне сигурности и пропорционалности. Такође, неопходно је и доказати да је то друго лице које би требало да буде проглашено за солидарног пореског дужника дјеловало у лошој вјери и намјери због чега, односно због чијих радњи порески обвезник није био у прилици да плати укупан или дио дуга по основу ПДВ,[49] да је то друго лице дјелујући у лошој вјери и намјери извршило плаћања и/или исплате из имовине пореског обвезника које се могу квалификовати као прикривена исплата дивиденди или добити, или да је, у цијелости или дјелимично, без накнаде или по цијени значајно испод тржишне вриједности пренијело имовину пореског обвезника на неко треће лице.

Коначно, али не и мање важно, потребно је навести и да је одговорност лица за дуг по основу ПДВ у земљама чланицама искључиво супсидијарна, те да је пореска обавеза других лица осим пореских обвезника и у БиХ, и у Србији и свим чланицама ЕУ проширена и на све зависне трошкове у вези са пореским дугом, укључујући и затезне камате.

## 3. КОЛИЗИЈЕ И/ИЛИ КРШЕЊЕ ЗАКОНА У БИХ – ПРИМЈЕРИ ИЗ УПРАВНЕ И СУДСКЕ ПРАКСЕ

Како је у раду већ наведено, када је ријеч о пореским обавезама у погледу директних пореза, надлежност за њихово увођење, разрезивање, наплату и контролу имају ентитети, односно релевантни порески органи.

У овом дијелу рада ће се указати на два предмета, један управни и други судски, који су у ФБиХ вођени у погледу утврђивања установљавања солидарног пореског дужника за обавезе пореског обвезника.[50]

---

[49] Вид. *Vlaamse Oliemaatschappij* тач. 26, и *„ALTI“ OOD v Direktor na Direktsia „Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika“ Plovdiv pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite* тач. 37.

[50] ЗПУФБиХ чл. 29 „Физичко лице је одговорно за порез, казну или камату које правно лице или друга организација не обустави правилно или не наплати или не врши уплату на одговарајући рачун: ако је то физичко лице директор правног лица или организације; ако је то физичко лице овлашћено да располаже средствима или одобрава трошење средстава правног лица или организације. Пореска обавеза правног лица или организације за коју је одговорно физичко или физичко лице у складу

У првом анализираном предмету, оснивачу комуналног предузећа – локалној заједници и њеном законском заступнику је надлежни порески орган утврдио солидарну и појединачну одговорност лица, респективно због неизмирених пореских обавеза пореског обвезника – поменутог комуналног предузећа. Имајући у виду да је жалба у првом степену одбијена, солидарни порески дужник је изјавио жалбу на ово рјешење другостепеном органу – Федералном министарству финансија (у даљем тексту: ФМФ), које је рјешавајући по жалби, исту уважио и рјешење ПУФБиХ због материјалних и процесних мањкавости поништио и вратио првостепеном органу на поновно одлучивање. У другостепеном поступку је утврђено да ПУФБиХ током пореског поступка није водила рачуна о процесним правилима управног поступка, прије свега о праву странке да у поступку буде саслушана, није правилно тумачила разлучне чињенице које су (могле бити) основ за утврђивање солидарне и појединачне одговорности (неправилно је тумачила, односно прекорачила своја овлаштења у погледу тумачења члана 29. ЗПУФБиХ),[51] неправилно је тумачила одредбе Закона о јавним предузећима[52] чијим нормама су дефинисана повезана лица,[53] односно дошло је од повреде начела законитости и начела материјалне истине. Имајући у виду да је чл. 29 ЗПУФБиХ децидно одредио лица која могу бити позвана да сносе туђи порески дуг, те да је чл. 5, ст. 1 Закона о привредним друштвима прописао да сваки члан друштва са неограниченом солидарном одговорношћу и комплементар у командитном друштву одговара за обавезе друштва цјелокупном својом имовином, те да је ст. 2 истог члана прописано да командитор у командитном друштву, акционар у акционарском друштву и власник удјела друштва са ограниченом одговорношћу не одговара за обавезе друштва, осим када користи друштво за постизање личног циља који није сагласан циљевима других чланова и друштва у цјелини, управља имовином као својом имовином, користи друштво за превару или оштећење својих повјерилаца, утиче на смањење имовине друштва у своју корист или корист трећих лица или утиче да друштво преузме

---

са овим чланом биће солидарна одговорност правног лица или организације и физичког лица или физичких лица док се пореска обавеза не наплати у цјелости од било ког солидарно одговорног лица. Ни под којим условима се порез, казна и камата не могу наплатити два пута или више пута“.

[51] Пресудом УС ФБиХ бр. 14/10, *Службене новине ФБиХ*, бр. 29/11, је оцијењено да је проширен круг физичких лица која могу бити солидарно одговорна за пореске обавезе привредног друштва на оснивача неуставна законска категорија која је у супротности са Законом о привредним друштвима.

[52] Закон о јавним предузећима, *Службене новине ФБиХ*, бр. 8/05, 81/08, 22/09 и 109/12.

[53] Обвезник је било јавно комунално предузеће, а оснивач локална заједница.

обавезу, иако је знао или морао знати да друштво није или неће бити способно да изврши своје обавезе, другостепени органи је оцијенио да поменутим одредбама нигдје није наведена одговорност оснивача друштва[54] (па тим ни његовог законског заступника) за дуг пореског обвезника, нити се солидарна и појединачна одговорност може утврдити на страни оснивача пореског обвезника.

У другом предмету који је вођен пред једним од кантоналних судова у ФБиХ,[55] пресудом су поништена рјешења и ФМФ и кантоналне пореске канцеларије којим је физичко лице – законски заступник – директор правног лица, регистрованог као друштво са ограниченом одговорношћу било проглашено као лице солидарно одговорно за пореске обавезе обвезника и враћена првостепеном органу на поновно одлучивање. Према раније помињаном члану 29 ЗПУФБиХ, лице је проглашено као солидарно одговорно лице јер је било директор правног лица пореског обвезника. Но, имајући у виду одредбе Закона о привредним друштвима ФБиХ[56] (у даљем тексту ЗПДФБиХ), те имајући у виду организациони облик под којим је правно лице било регистровано, солидарни дужник – директор је током судског поступка указао на колизију члана 29 ЗПУФБиХ и чл. 5 ЗДПФБиХ, односно на неправилно утврђено чињенично стање имајући у виду да су рјешењима првостепеног и другостепеног органа правна и физичка лица фактички изједначена, чиме су угрожена уставом гарантована права на слободно уживање личне имовине. Овдје се поставља и питање да ли се, имајући у виду да је ЗПДФБиХ *lex generalis,* тј. општи правни пропис који на уопштен начин регулише, између осталог, однос оснивача друштва са ограниченом одговорношћу у односу на обавезе друштва са ограниченом одговорношћу, порески закони требају „ставити изнад“ ЗПДФБиХ у датом правном поретку? Другим ријечима, поставља се питање да ли се пореским законима може увести строжа имовинска одговорност директора или оснивача као физичког лица у односу на имовинску одговорност прописану ЗДПФБиХ? Имајући у виду да током судског поступка није доказано да је директор законски заступник пореског обвезника чинио радње због којих је исто друштво „дошло“ у проблеме са пословањем, односно са ликвидношћу, а касније и солвентношћу, већ су разлози лошег пословања били разлози објективне природе (економска криза, тј. смањење оби-

[54] Оснивачи за обавезе друштава одговарају за њихове обавезе само до висине унесеног капитала, тј. у висини унесеног капитала / улога у имовину друштва.

[55] Кантонални суд у Новом Травнику, пресуда бр. 06 0 У 011805 18 У од 9. 10. 2018. године.

[56] Закон о привредним друштвима ФБиХ*, Службене новине ФБиХ*, бр. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, 88/08, 7/09 и 75/13.

ма производње и продаје, а тиме и негативног пословања због економске кризе), да током истог поступка није доказано да је директор предузео и једну радњу са циљем да новчана средства правног лица чији је био законски заступник усмјери у неке друге сврхе, а не у сврхе измирења пореске обавезе, као и да је досљедним тумачењем одредби чл. 29 ЗПУФБиХ, а у вези са чланом 30 истог Закона, за утрђивање солидарне одговорности директора нужно да буду испуњени сви кумулативно наведени услови, и то: а) да је физичко лице директор са овлаштењима да располаже средствима правног лица, б) да је након пријема налога за плаћање пореских обавеза од стране правног лица директор као одговорно лице расположива финансијска средства трошио у друге сврхе, а не у сврхе измирења пореске обавезе, кантонални суд је уважио наводе тужиоца – директора и налог ПУФБиХ за плаћање пореских обавезе пореског обвезника (у својству солидарног дужника), рјешење о покретању принудне наплате из цјелокупне имовине посљедње поменутог пореског дужника, као и рјешење о његовој солидарној одговорности, као и другостепено рјешење поништио и предмет вратио на поновно одлучивање. Суд је такође утврдио, да је и у овом поступку дошло до значајних, како процесних, тако и материјалних грешака због чега чињенично стање у пореском поступку није правилно и потпуно утврђено, те је, у складу са тим, порески орган погрешном примјеном материјалних прописа донио незаконито и неправилно рјешење.

Иако би се из напријед наведеног могло погрешно закључити да се приговори, односно жалбе или тужбе по основу рјешења о утврђеној солидарној одговорности рјешавају у корист лица која су проглашена као солидарно одговорна, „ситуација“ се унутар босанскохерцеговачке управне и судске праксе значајно мијења када је ријеч о пореској обавези у вези са индиректним порезима, који су у БиХ у надлежности УИОБиХ, а рјешавање по жалбама и у првом и другом степену, такође у надлежности УИОБиХ, док је надлежни суд Суд БиХ и, у изузетним случајевима, Уставни суд БиХ.

У предмету[57] који је аутор овог рада анализирао за потребе истог из сфере индиректних пореза, надлежни суд је одбио тужбу као неосновану и потврдио првостепено и другостепено рјешење УИОБиХ, иако је над друштвом – пореским обвезником био покренут стечајни поступак, што је било (или је требало да буде), минимално једна материјално значајна чињеница, те је током пореског поступка, али и управног спора дошло до низа, према мишљењу аутора овог рада,

[57] Више је управних спорова вођених пред Судом БиХ чије су одлуке „ишле“ у корист УИОБиХ, а на штету солидарног дужника.

повреда општих правила поступка и кршења начела материјалне истине, те других материјалних и процесних прописа.

У овом случају, на основу помињаног чл. 22 ЗПИнО физичком лицу – оснивачу и власнику друштва са ограниченом одговорношћу, рјешењем УИОБиХ утврђена је појединачна и солидарна одговорност за измирење дуга главног дужника – пореског обвезника поменутог друштва. Рјешењем УИОБиХ је власника – директора прогласила појединачно и солидарно одговорним за дуг друштва имајући у виду и чл. 18, ст. 1 ЗПИнО, односно уважавајући „проширење круга лица“ која подлијежу обавези плаћања (туђих) пореских обавеза, и то на обвезнике – физичка и правна лица и друге субјекте који немају својство правног лица и који су дужни извршити пореску обавезу. Надаље, истим чланом, ст. 4 је одређено да се под пореским обвезницима сматрају и лица која су, у складу са ЗПИнО, носиоци појединачне, солидарне или супсидијарне одговорности за измирење обавеза индиректног пореза, док је ст. 5 одређено да су лица која су одговорна за исту обавезу индиректног пореза појединачно и солидарно одговорна УИОБиХ за измирење обавеза.

Иако је и током првостепеног и другостепеног пореског поступка, али и у тужби против надлежног пореског органа солидарни дужник, као и у раду раније наведеном спору који је вођен пред надлежним кантоналним судом, тврдио да није доказано да се порески обвезник „нашао“ у проблему вршења редовног пословања због активности које је предузимао директор са циљем да онемогући обвезнику да редовно и у цијелости измири свој порески дуг или учешћем директора у било којој активности која би довела до кршења било ког законског акта у вези са индиректним порезима, што би представљало услов да лице буде проглашено као солидарно дужник.[58] Штавише, директор је тврдила и да је друштво постало неликвидно, а касније и несолвентно, а у коначници је над истим проглашен и стечај, највише због накнадно разрезаног пореза од стране УИОБиХ који друштво није на вријеме измирило због (лоше) ситуације проузроковане економском кризом. Након што није измирило пореске обавезе о доспјелости, УИОБиХ је покренула поступак принудне наплате, што је довело до блокаде жиро рачуна друштва због чега оно није било у могућности да извршава обавезе према својим добављачима (те посљедично и купцима), што је довело до мултипликације проблема у вези са вршењем редовног пословања друштва. Управо платежна неспособност проузрокована опадањем нивоа пословних активности и профитабилности обвезника – главног дужника и јесте била разлог

[58] ЗПИнО чл. 22, ст. 1, тач. 1.

подношења захтјева да се над пореским обвезником – дужником проведе стечајни поступак, што је и учињено, али након првостепеног рјешења. Према важећој босанскохерцеговачкој легислативи, ако је над пореским обвезником отворен стечај, наплата дуговања се неће вршити принудним путем сходно одредбама Закона о индиректном опорезивању већ ће тада примијењују одредбе Закона о стечају.[59] Одредбом чл. 112, ст. 1 посљедње поменутог Закона прописано је да стечајни повјериоци, након отварања стечајног поступка, не могу против стечајног дужника тражити принудно извршење, нити тражити осигурање на дијеловима имовине која улази у стечајну масу. Даљим одредбама истог члана, прописано је и да се поступци дефинисани његовим првим ставом прекидају у вријеме отварања (и трајања) стечајног поступка. Са стечајем у вези, потребно је нагласити и да је чл. 44, ст. 2 ЗПИнО прописано да се у случају стечаја дуговања по основу индиректних пореза која су угрожена намиривањем повјериоца у стечајном поступку третирају у складу с важећим прописима о стечају.

Осим указивања током поступка и спора на кршење одредби Закона о стечају, те као и у претходна два у раду приказана случаја из сфере директних пореза, и у овом случају је указивано и на колизију и грубо кршење одредби, конкретно чл. 99, ст. 2 Закона о привредним друштвима,[60] који и у Републици Српској, представља *lex generalis* закон у смислу заштите права оснивача друштва на уживање личне имовине. Но, без обзира на све наведене приговоре у смислу кршења начела материјалне истине, те с тим у вези, погрешној примјени материјалних и процесних прописа, затим приговору на грубо кршење одредаба претходно поменута два Закона, Суд БиХ је заузео ставове да „су у оспореном рјешењу садржани ваљани разлози о одлучним чињеницама, које разлоге у цјелости уважава и ово вијеће, те с обзиром да се оспорено рјешење темељи на правилно и потпуно утврђеном чињеничном стању, правилној примјени правила поступка, који је претходио доношењу побијаног коначног управног акта и правилној примјени закона, тужба је неоснована“[61] и у цијелости одбио тужбу. Након одбијања тужбе, и захтјев за преиспитивање судске одлуке *prima facie* је одбило Апелационо управно вијеће Суда БиХ.[62]

[59] Закон о стечају, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 16/16.

[60] Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19.

[61] Пресуда Суда БиХ бр. С1 3 У 036098 20 У од 26. 4. 2022. године.

[62] Пресуда Апелационог управног вијећа Суда БиХ бр. С1 3 У 036098 22 У од 19. 7. 2022. године.

## 4. ЗАКЉУЧАК

У овом раду аутор наводи да увођењем института пореског јемца порески орган, осим пореског обвезника, „добија“ још једног дужника – јемца за исти порески дуг чиме се пореска обавеза додатно снажи и чиме се повећава вјероватноћа за наплату пореског дуга о доспјелости и у цијелости, што је свакако позитивно.

Такође, аутор наводи и чињеницу да се, иако су институти супсидијарне и солидарне пореске обавезе нормирани у босанскохерцеговачким пореским законима већ петнаестак година, тек посљедњу годину-двије дана, уз мање изузетке, првостепени порески поступци окончавају одлучивањем о пореској управној ствари доношењем рјешења којим се пореска обавеза примарног пореског дужника треба измирити (или би требало да се измири) из имовине супсидијарног или солидарног пореског дужника.

Надаље, аутор у овом раду наводи и примјере неријетко различитих одлучивања у другом степену по жалбама изјављених против првостепених рјешења, али и наводи примјере различитих судских одлука, и то, најчешће, у зависности од тога да ли се ради о пореској ствари у вези са обавезама насталим по основу директних или индиректних пореза.

С тим у вези, аутор овог рада сматра да би законодавац(ци) у цијелој БиХ морали јасније (јасно) да пропишу учеснике у пореско-дужничком односу; да на недвосмислен начин утврде критеријуме (претходне и кумулативне) под којима солидарни и/или супсидијарни порески дужник може (треба) да буде позван да сноси туђу пореску обавезу; да се обавезно као један од критеријума на позивање на солидарну одговорност уврсти „лоша вјера“ солидарног пореског дужника и која се, током пореског поступка и/или управног спора мора доказати; да се изврши усаглашавање материјалних прописа (због сигурности пореског, али и правног система уопште); те да се изврши додатна едукација из сфере пореског, али и управног права, како представника органа управе, тако и представника различитих правосудних институција.

Уколико било која од предложених мјера изостане, према мишљењу аутора овог рада, *ad hoc* рјешавања пореских ствари, тј. њихова значајна различита рјешавања у зависности од тога да ли је ријеч о обавезама по основу директних или индиректних пореза ће, извјесно, довести до додатне правне несигурности у БиХ. Ваљало би се посебно фокусирати на досљедну (али не и неприкосновену) примјену начела материјалне истине у оба аспекта, и то како у прикупљању доказа, тако и њиховој оцјени. Осим тога, поменуто начело је потреб-

но досљедно примјењивати не само кад чињенице и докази „говоре“ у корист пореског органа, већ и када „иду“ у корист пореског обвезника, односно солидарног дужника.

„Критеријуме“, односно околности које је потребно претходно и кумулативно испунити како би се порески дуг могао наплатити од солидарног и/или супсидијарнг пореског дужника је неопходно усагласити на начин да права пореских обвезника буду заштићена и да исти не могу бити неограничено порески изложени. Посебну пажњу је потребно обратити на нормирање „лоше вјере“ лица које би требало да буде проглашено за солидарног и/или супсидијарног дужника, јер као што је у раду наведено, „лоша вјера“ у поређењу са упоредноправним системима, једино није нормирана у босанскохерцеговачком пореском законодавству.

Имајући у виду да је основни циљ прикупљања јавних прихода, у ма којој земљи, обезбјеђење потребних и довољних средстава за задовољење што ширег круга јавних потреба, односно финансирање општедруштвених и заједничких потреба, те имајући у виду да се институтом пореског јемства, додатно снажи потраживање пореског органа за пореске обавезе, аутор овог рада снажно подржава конкретизацију института пореског јемства у правном животу. Истовремено, подсјећа и на чињеницу да би материјални и процесни прописи требало да јемче и правну сигурност свих учесника у правном (у конкретном случају пореском) животу. Данас, аналогно нормама и тумачењу норми пореског јемца у БиХ свједочимо, према мишљењу аутора, пореској легислативи која омогућава правну неизвијесност и несигурност, како пореских обвезника, тако и пореског повјериоца, оставља простора за *ad hoc* и арбитрарна рјешавања, тј. доношење одлука о конкретној пореској ствари, што у коначници, иако постоји формална и објективна законитост, доводи до, *grosso modo*, урушавања правне сигурности.

Коначно, аутор вјерује да ће, имајући у виду да је БиХ у децембру мјесецу 2022. године стекла кандидатски статус за чланство у ЕУ, ако ни због једног другог разлога, онда због потребе за хармонизацијом домаћег и пореског законодавства ЕУ, босанскохерцеговачки законодавци у најскоријој будућности отклонити у раду наведене мањкавости, чиме би се дјелимично унаприједила правна, тј. пореска сигурност унутар БиХ.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Ђерђа, Дарио, Антић, Теодор, „Израда правних прописа у Хрватској – студија случаја”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 38, 1/2017;
2. Endresen, Clement, “The European Convention for the Protection of Human Rights – Taxation: No Tax- No Society”, *IATJ*, Madrid 2016;
3. Жунић-Ковачевић, Наташа, Гаџо, Стјепан, „Институт законског порезног јамства након новеле Општег порезног закона 2012: Пробој правне особности трговачких друштава у случају злопорабе права“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 34, 1/2013;
4. Јелчић, Божидар, Лончарић Хорват, Оливера, Шимовић, Јуре, Арбутина, Хрвоје, Мијатовић, Никола, *Финанцијско право и финанцијска знаност*, Народне новине, Загреб 2008;
5. Лончарић-Хорват, Оливера, „Порезно јамство“, *РРиФ* 7/2001;
6. Милошевић, Горан, Васиљевић-Пољашевић, Бојана, Кулић, Мирко, *Финансијско право*, Правни факултет, Бања Лука 2018;
7. Рихтер, Ана, „Порезно јамство“, *Порезни вјесник* 1/2016;
8. Taxation and the European Convention on Human Rights, ECHR, Factsheet 2023;
9. Шинковић, Зоран, „Начело господарског приступа чињеницама битнима за опорезивање“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2018, vol. 1, год. 55.

Правни прописи

1. Директива 2017/1371 Европског парламента и Вијећа од 5. јула 2017. године о сузбијању превара почињених против финансијских интереса Уније криовичноправним средствима, Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, *Official Journal* L 2017, 198;
2. Директива Вијећа 112/2006 од 28. новембра 2006. године о заједничком систему пореза на додатну вриједност. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal* L 347, 11. 12. 2006, 1–118;
3. Закон о јавним предузећима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 8/05, 81/08, 22/09 и 109/12;
4. Закон о општем управном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 13/02, 87/07 - испр, 50/10 и 66/18;
5. Закон о порезу на доходак грађана Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 24/01-1, 80/02-27, 80/02-1 (др. закон), 135/04-44, 62/06-3, 65/06-16 (исправка), 31/09-90, 44/09-4, 18/10-45, 50/11-6, 91/11-205 (УС), 93/12-16, 114/12-189 (УС), 47/13-18, 48/13-3 (исправка), 108/13-4, 57/14-3, 68/14-3 (др. закон), 112/15-10, 113/17-185, 95/18-252, 86/19-6, 153/20-38, 44/21-3, 118/21-4, 138/22-281;
6. Закон о порезима на имовину Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 26/01, 45/02 - УС, *Сл. лист СРЈ*, бр. 42/02 -

УС, *Сл. гласник РС*, бр. 80/02, 80/02 - др. закон, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 - УС, 47/13, 68/14 - др. закон, 95/18, 99/18 - УС, 86/19, 144/20, 118/21 и 138/22;

7. Закон о порезној управи ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 29/11 - одлука УС, 27/12, 7/13, 71/14, 91/15 и 44/22;
8. Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 78/20 и 37/22;
9. Закон о пореском поступку и пореској администрацији Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 80/02, 84/02 (исправка), 23/03 (исправка), 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 (др. законик), 62/06 (др. закон), 61/07-8, 20/09, 72/09 (др. закон), 53/10, 101/11, 2/12 (исправка), 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15 (Аутентично тумачење), 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20, 96/21, 138/22;
10. Закон о поступку индиректног опорезивања БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 89/05 и 100/13;
11. Закон о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19;
12. Закон о привредним друштвима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, 88/08, 7/09 и 75/13;
13. Закон о стечају Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 16/16;
14. Закон о управном поступку БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16;
15. Закон о управном поступку ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 2/98, 48/99 и 61/22;
16. Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.1950, as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15 supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16;
17. Конвенција састављена на основу члана К.3 Уговора о Европској унији о заштити финансијских интереса Европских заједница, Convention Drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the protection of the European Communities' financial interests, *Official Journal of the European Communities*, C 316 Volume 38, 27 November 1995;
18. Општи порезни закон Републике Хрватске, пречишћени текст, *Народне новине*, бр. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20 и 114/22;
19. Правно обавезујуће мишљење Министарства финансија Републике Србије бр, 430-00-254/2019-04 од 13. 5. 2019. године.

Судска пракса

1. *ALT OOD vs Direktor na Direktsia ‘Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika’ Plovdiv pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite*, случај C-4/20, пресуда од 20. 5. 2021;
2. *Vlaamse Oliemaatschappij NV vs FOD Financiën*, пресуда од 21. 12. 2011. године, случај C-499/10;
3. *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v Netherlands*, пресуда од 23. 2. 1995. године, захтјев бр. 15375/89;
4. *Grupa Warzywna Sp. z o.o. vs Dyrektor Izby Administracji Skarbowej we Wrocławiu*, пресуда од 15. 4. 2021. године, C 935/19;
5. *Federation of Technological Industries and Others vs Commissioners of Customs and Excise*, пресуда од 11. 5. 2006. године, случај C-384/04;
6. *Fortunata Silvia Fontana vs Agenzia delle Entrate - Direzione provinciale di Reggio Calabria*, пресуда од 21. 11. 2018, C 648/16;
7. *Ferrazzini vs Italy*, пресуда од 12. јула 2001. године, захтјев бр. 44759/98;
8. *MC vs Direktor na Direktsia ‘Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika’ Veliko Tarnovo pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite*, пресуда од 13. 10. 2022. године, случај C-1/21;
9. Пресуда Апелационог управног вијећа Суда БиХ бр. С1 3 У 036098 22 У од 19. 7. 2022. године;
10. Пресуда Суда БиХ бр. С1 3 У 036098 20 У од 26. 4. 2022. године;
11. Пресуда УС ФБиХ бр. 14/10, *Службене новине ФБиХ*, бр. 29/11;
12. Пресуда бр. 06 0 У 011805 18 У од 9. 10. 2018. године, Кантонални суд у Новом Травнику.

*Associate Professor Bojana Vasiljević Poljašević, LL.D.*

Faculty of Law, University of Banja Luka

## SPECIFIC CASES OF TAX LIABILITY WITH REFERENCE TO JOINT AND SEVERAL LIABILITY IN DOMESTIC AND COMPARATIVE LEGISLATION

*Summary*

The paper will analyze specific tax liability cases with reference to secondary tax liability of joint and several debtors in domestic and comparative legislation.

The aim of the paper is to analyze tax laws within BiH which regulate matters of joint and several debtors. The further aim of the paper is to point to the collision between tax laws and some laws that prescribe other rights, such as the Companies Act, which guarantees a right to the founder or a legal representative to freely use its personal property, depending on the

type of business entity. The same right is guaranteed by constitutions and the European Convention on Human Rights. Also, the paper will point out examples from administrative and court practices within BiH regarding joint and several tax liability.

Finally, the paper will discuss the normative solutions of the institute of joint and several tax debtors from comparative tax legal systems to find the most suitable solutions that could provide guidelines for amending the existing tax laws in BiH. It would lead to greater legal certainty of tax systems, grosso modo, and greater legal certainty for taxpayers and debtors, which is increasingly highlighted as one of the basic postulates on which modern tax system should rest in any country.

**Key words:** *Tax liability; Secondary tax liability; Subsidiary tax debtor; Joint and several tax debtors*.

UDC/УДК 336.226.11
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Associate Professor Elena Neshovska Kjoseva, LL.D.*

Iustinianus Primus Faculty of Law,
Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, North Macedonia

# TAXES AND THE RISE OF NEW WORK ARRANGMENTS

*The year 2020 will be memorized as the beginning of the "new normality". Soon after the spread of the COVID-19 pandemic, governments worldwide introduced a number of economic legislative adjustments, mainly in the area of labor law and taxation, to protect citizens and ensure their health and safety at work. Besides health, social and economic difficulties, the question of taxation of the workers has arisen. This situation forced both workers and employers to start changing the traditional view of what was previously understood as working space, working hours and routine.*

*Although the concept of teleworking has slowly but surely gained importance over the years, the COVID-19 pandemic has brought remote working to the forefront of working life. Additionally, the intensive digitalization of everyday life has facilitated work from home or alternative worksites outside the employer's premises. The impacts of increased remote work can be substantial and remote work has the potential to fundamentally revolutionize where, how, when and why people work.*

*Regarding taxes, countries have a right to tax within their borders. However, the new work arrangements fundamentally sever the geographic link between the locations of the employer and the employee. As a result, countries may disagree about whether remote work occurs "within" their borders for tax purposes, concerning either the employer's location or the worker's place where the economic activity takes place.*

*This indicates that traditional tax rules, which assume that people work on the employers' premises, are outdated and no longer applicable.*

*There is a clear need for structural tax reforms in order to adapt tax systems to the changing world of work. However, countries should keep in mind that a "one-size-fits-all" tax system does not exist, so country-specific circumstances should be considered when adjusting the tax rules to contemporary work arrangements.*

**Key words:** Remote work; Teleworking; Work-from-home; Freelancers; Income tax; Tax policy.

Elena Neshovska Kjoseva, *e.neshovska@pf.ukim.edu.mk*.

## 1. INTRODUCTION

In the last decade, labour has been really "on the move". As a result, the world has been facing number of challenges, whether workers move between different locations within the same country or across borders, or between different job patterns or through the acquisition of new skills. This intensive labour mobility is going hand in hand with diverse issues and changes.

For a long period of time, especially during the 20th century, dominant form of employment was the "standard employment relationship", based on a type of work that is continuous, full time and involves a subordinate and direct relationship between the employer and the employee. However, globalization, technological advances and new entrepreneurial models have all led to a shift from standard employment toward non-standard forms of employment, such as home office work, nonstandard forms of employment, digital nomadism, and decentralization of jobs. Today`s modern technological solutions (internet, smart devices, conferencing platforms, cloud-based collaboration, file sharing etc.) create possibility for employees to work from other places different to their employer's premises. Moreover, the COVID-19 pandemic taught us that many jobs that were previously considered as requiring a fixed location can be (and are) performed remotely in the long term. Nowadays, teleworking and other remote work arrangements have, in many sectors, become standard practice.

Even the world is leaving the health pandemic behind, relevant international surveys record a growing number of employees that have an appetite to work remotely, not only from home but from other locations too. According the Flexjobs, a job search site in the US, 65% of more than 4,000 respondents wanted to become full-time remote employees post-pandemic, while 31% prefer hybrid arrangements with some days in the office and some days working remotely. Cisco Systems surveyed 10,000 people across 12 markets in Europe, the Middle East and Russia of which 87% responded that they wanted the ability to choose where, how and when they work, even though only 5 percent of those surveyed worked from home most of the time before the lockdown.[1]

In several occasions the International Labour Organization investigated the pros and cons of remote working. The researches have shown that companies which implemented flexible work experienced lower costs due to more efficient use of the office space, higher time efficiency, increased employee's productivity due to increased working hours (no time is spent on commuting and employees are more likely to work overtime) and im-

[1] KPMG, *Current trends in remote working*, 2022.

proved concentration due to no office life distractions.[2] Other studies show that the availability of flexible working modes would attract more people into the workforce: women, single parents, elderly, people with disabilities.[3] And finally, less frequent usage of transport due to decreased commute can also lead to reduction in costs both for people and for the government, as negative environmental effects will be limited.[4]

However, the new work arrangements do not bring only advantages for all parties involved (employees, employers, governments). Countries developed the corresponding rules (tax, social security, labor law) not having in mind these arrangements. Governments are adjusting to this new reality and tax might be a critical factor in long-term solutions. The problem of taxing the contemporary work arrangements is not temporary because the pandemic drastically reshaped where and how people work. These types of remote working arrangements raise the question of *where* the economic activity "actually" takes place and which jurisdiction(s) have the right to tax that activity. The way this question is resolved, could have important implication for the future of the tax landscape. Otherwise, taxes could be the biggest obstacle to realizing the full potential of remote working.

The main aim of this paper is to analyze to what extent the traditional tax rules are relevant to the new work arrangements and how they should be adjusted in near future. The added value of the paper are author`s proposals and suggestions given in the last chapter (Final Remarks).

## 2. TRADITIONAL RULES FOR TAXATION OF INCOME FROM EMPLOYMENT: RESIDENT VERSUS SOURCE TAXATION

One dimension of state's legitimacy is its autonomous right to tax. Countries realize this right based on two traditional principles: principle of worldwide taxation and principle of source taxation.

Under the resident-based taxation, the residence state has the right to tax the entire resident's income, regardless of its source, including income from sources outside of the state. The justification for the resident-based taxation is that taxpayers should contribute to the country they live in since it is the state that provides them with public goods and services. In order to establish residency for tax purposes, different jurisdictions are using different factors. Most states define a "resident" for income tax purposes as

[2] International Labour Organization, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond: A practical guide*, International Labour Office, Geneva 2020.

[3] ILO, *Non-standard Forms of Employment*, Report for Discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment, Geneva 2015.

[4] APEC Economic Committee, *Economic Effects of the Flexible Work Arrangements: APEC Practices and Recommendations,* 2021.

someone who is "domiciled" in the state. Generally, domicile is defined as the place an individual considers to be their home. A home is a place to which an individual intends to return when absent from a state for a period of time. In addition to the "domicile" test, many states also apply more objective tests for determining an individual's residency status. One common test is the 183-day rule. If an individual spends in the aggregate 183 days or more of the taxable year in a given state, they are considered residents of that state for tax purposes. Other factors are also considered. Some include a subjective factor, while some include more objective factors, such as whether an individual votes in a state for an election, obtains a driver license in the state or many others.

The second approach a state may exercise its taxing power is the source taxation, which is more relevant to teleworkers. It is based on where an individual's income is generated. In other words, state imposes taxes on a nonresidents' income only for the work performed while physically within that state. Source taxation is justified partially by the theory that the state providing the opportunity for an individual to generate income should have the right to tax that income even if that individual does not live in that state.

Many states use both principles to exercise their income taxation powers. There are no tax problems when the employee's home and hers/his work are located within the borders of the same tax jurisdiction. However, complications arise when two or more jurisdictions have a right to tax the same income. As remote work arrangements increase, so does the possibility that an individual may reside in one jurisdiction and live in another. Anytime an individual is subject to the competing rights of source and residence states, double taxation (if the home state and the work state both assert taxing rights over the same income) or non-taxation (if parties adjust work or living arrangements to shift income to low or no tax jurisdictions) may occur.[5]

In order to eliminate and/or prevent double taxation, countries apply unilateral and bilateral measures. In respect to unilateral measures, most resident states provide a credit for taxes paid by their residents to other source states. Additionally, countries sign bilateral tax treaties as a way to agree on the division of the right to tax the income from employment. According the relevant distributive rule established by the OECD Model Tax Convention (Article 15) and introduced in most of the bilateral tax treaties, the employee`s income is taxable in the place of activity, i.e. where the

[5] D. R. Agrawal, K. J. Stark, "Will the Remote Work Revolution Undermine Progressive State Income Taxes?", *GLO Discussion Paper*, No. 1119, Global Labor Organization (GLO), Essen 2022, 1–82.

work is performed. In case of several places of employment, the income is sourced in the territory of each country where the activity is exercised, thereby providing the legal basis for wage splitting between different states.[6] The work state cannot exert taxing rights over employment income from activities carried out outside its territory, i.e. in the employee's residence state or a third country. In such an event, the so-called *lex loci laboris* or place-of-work principle does not apply, and taxing rights are allocated only to the residence state.[7]

Physical exercise of employment in the work state is, by itself, insufficient to assign the primary right to tax to the work state. Set of three conditions must be cumulatively met. Remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State shall be taxable only in the first-mentioned State if: a) the recipient is present in the other State for a period or periods not exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period commencing or ending in the fiscal year concerned, and b) the remuneration is paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State, and

c) the remuneration is not borne by a permanent establishment which the employer has in the other State.

This rule with its three-pronged, cumulative and negatively formulated test is an exception to the general rule for attributing taxing rights over cross-border income from private employment. If all the three negative tests are fulfilled, the residence state would have exclusive taxing rights over the income from private employment. Thus, the third rule of article 15(2) of the OECD Model Tax Convention can be seen as a *de minimis* rule, which (re)assigns taxing rights over remuneration paid in respect of private employment exclusively to the residence state if the connection with the work state is not sufficiently strict.[8]

## 3. TAXING THE NEW WORK ARRANGEMENTS: ISSUES AND CHALLENGES

In 2021, teleworking concerned more than 41 million people in the European Union. Remote working has been principally acknowledged by employees whose employer is situated in a country other than their own

[6] P. Baert, *Tax challenges of cross-border teleworking*, European Parliament Research Centre, 2022.

[7] E. Jackson, A. Looney, S. Ramnath, "The Rise of Alternative Work Arrangements: Evidence and Implications for Tax Filing and Benefit Coverage", *Office of Tax Analysis, Working Paper 114*, Washington, January 2017.

[8] E. Neshovska Kjoseva, *Tax Treatment of Cross-border Activities According Double Tax Treaties,* Stobi trejd dooel, Skopje 2016.

resident country.[9] This new trend of work arrangement, in a transnational context, is a real challenge to the applicable rules for determining the place of taxation for income tax purposes.

In the past, cross-border work arrangements were limited or constrained to activities where individuals physically crossed national borders. Today, the situation is far divergent. Since teleworking entails virtual labor undertaken from afar, it requires no physical connection between the worker and the jurisdiction where the benefit of her services is received.[10] Physical distance between home and work no longer requires hours traveling between the two locations; indeed, the distance between the two becomes nearly meaningless.

The opportunity of a greater geographic/physical separation between the state where the remote work is performed and the state where the employer's premises are located intensifies the already difficult problem of clarifying how to tax the income generated from cross-border employment arrangements.[11] Ultimately, the current "physical presence" criterion of article 15 of the OECD Model is complicated to adjust to the post-pandemic "work-from-anywhere" reality.

### 3.1. Tax problems arising from teleworking / remote work

The era of telecommuting has brought some new tax concerns regarding the source of income and residence of taxpayers. From a tax perspective, remote working or e-working involves:[12] (1) working for substantial periods outside the employee's normal place of work; (2) logging onto the employer's computer system remotely; (3) sending and receiving email, data or files remotely, and (4) developing ideas, products and services remotely. Employees who, in the normal course of employment, choose to bring some work home in the evening or at weekends are specifically excluded from the telework concept.

It is important to note that teleworkers present different dilemmas than mobile workers. A teleworker is someone who works for an employer in a state they do not live in and lacks physical presence but earns income from their employer in that state. Teleworkers, such as web developers, computer programmers, and software engineers, "commute" to work through electronic means. On the other hand, mobile workers are different. They are

[9] Productivity Commission, *Working from home*, Research paper, Canberra 2021.

[10] Deloitte, *The Future of Work, Tax and Legal Perspective*, Ireland 2020.

[11] C. Behrendt, Q. Anh Nguyen, "Innovative approaches for ensuring universal social protection for the future of work", *ILO Future of work, Research paper series*, Geneva 2018.

[12] PwC, *Remote Working – tax and legal consequences*, New Zealand 2022, 1–5.

employees who earn/generate income from multiple states because they have a physical presence in each state during a taxable year. Consequently, states have a right to tax a mobile worker for the days where the mobile worker is physically present in the state performing work. In essence, a mobile worker's income is apportioned according to their physical presence in a given state.[13]

In respect to those who purely telework, they raise an interesting dilemma since they only have a physical presence in their resident state. Usually, if teleworkers are considered nonresidents of a source state, then the source state imposes taxes on that nonresident's income only for work performed while physically in the source state. Contrastingly, residence states exercise their power to tax the personal income of residents regardless of its source.[14] Theoretically, teleworkers should not need to worry about double taxation since they do not have a physical presence in the source state, disqualifying source taxation of their income.

The key alternative to sourcing income from employment according to the physical presence of the employee is to base taxing rights on the location of the employer. The strongest argument in favor of this approach is that it is the state of employment that makes possible the economic opportunity from which the employee is benefitting. As a substitute to sourcing income from employment to the employer's state, second option would be to rely on payroll taxes imposed at the company's level. Shifting the tax burden from the employee to the employer arguably strengthens the argument in favor of the source state's taxing power.[15] Partially, this can be perceived as the business paying the state for any public services it received from establishing its premises in that state.

A third option for sourcing the income of cross-border workers proposes sharing the tax base between the employee's physical workplace and the location of the employer. This approach would signify a compromise solution to this current tax problem. Taxes should be "fairly related to services provided by that state". In economic language, this view is in line with the "benefits received" principle, meaning those who benefit from services provided by a certain government should pay for the cost of providing such services.[16] Ultimately, both states, the employee's state of

[13] K. Young Ran (Christine), "Taxing Teleworkers", *UC Davis Law Review*, Vol. 55, 2021, 1149–1225.

[14] V. Pendovska *et. al*., *Tax Law*, Faculty of Law Iustinianus Primus – Skopje, Skopje 2021, 394.

[15] D. R. Agrawal, J. K. Brueckner, "Taxes and Telework: The Incidence of State Income Taxes in a Work-from-Home Economy", *Virginia Tax Review*, 42 (1), 2022.

[16] R. D. Ebel, J. Mak. *Taxing Income in the New World of Teleworking*, Economic Research Organization, University of Hawaii, 2021, 1–9.

residence and the source state, have the legitimate right to tax the worker`s income. As this approach gains more and more importance, number of remote workers have started to turn on location-tracking apps on their smart phones such as TaxBird, TaxDay and Monaeo, which use location services to track employees at all times. While each tax app has different features and levels of precision, they all satisfy the crucial need to verify a remote worker's location to a tax authority.[17]

Taxing remote workers as if they live and work in states they neither live nor work in hinders interstate trade relations and extends a state's taxing authority well beyond national borders. Moreover, many teleworkers are already feeling frustrated with source states taxing their income when they have no physical presence there. Alternatively, taxing teleworkers in the resident state where they can see and feel the benefits from the taxes paid, may have a positive impact on the voluntary tax compliance.[18]

### 3.2. Tax treatment of the *work from home* concept

The "Home Work Convention" of the International Labour Organization contains legal definition of the "home work" format. According to article 1 of the ILO's Convention, "home work is a work carried out by a person, to be referred to as a homeworker, (i) in his or her home or in other premises of his or her choice, other than the workplace of the employer; (ii) for remuneration; (iii) which results in a product or service as specified by the employer, irrespective of who provides the equipment, materials or other inputs used". This definition encompasses all workers who do not have "the degree of autonomy and of economic independence necessary to be considered an independent worker". As a result, self-employed workers and entrepreneurs are not included within the Home Work Convention. The Convention is also applicable to employees who perform their work at home on a regular basis, while occasional teleworkers remain out of scope.[19]

Although less explored, cross-border teleworking can also have an impact on the distribution of corporate tax revenue. An employee who is engaged in performing telework may inadvertently create a permanent establishment for its company, i.e. the employee's home office is considered a

[17] SEILER, *Tax Implications of Teleworking and Remote Working for Employers and Their Employees*, 2021, 1–4.

[18] E. Neshovska Kjoseva, "The Concept of Tax Culture in Contemporary Times", *Proceedings of the 2022 Annual International Conference, "Contemporary Aspects of Legal Culture – Contents and Discontents"*, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, 2022.

[19] G. Beretta, "Work on the Move: Rethinking Taxation of Labour Income under Tax Treaties", *International Tax Studies* 2/2022, 1–32.

fixed place of business. The OECD recognized the fact that companies rightly might be concerned that employees dislocated to jurisdictions other than the one in which they regularly work could create a "permanent establishment" (PE) in those jurisdictions, triggering new filing requirements and tax obligations for those businesses in various additional countries. Regarding this issue, OECD published Guidance back in April 2020, which was updated in January 2021. According the OECD position, a place must have a certain degree of permanency and be at the disposal of an enterprise for it to be considered a fixed place of business through which the business of that enterprise is wholly or partly carried on. A temporary change due to extraordinary circumstances (such as the pandemic) should not create a PE for the business/employer, either because such activity lacks a sufficient degree of permanency or continuity or because the home office is not at the disposal of the enterprise.

However, it should be stressed out that the OECD guidance is relevant only to circumstances arising during the COVID-19 pandemic. In the case of long-term or permanent cross-border home office scenarios, if and when the pandemic is already over, working from home does not necessarily trigger a permanent establishment for the employer. An important feature is whether the company requires home working or whether it only offers the possibility to work from home while maintaining office space for its employees in another country. "Voluntary" home office by the employee should not be considered a PE for the employer and, therefore, should not trigger additional tax and compliance burdens.[20]

Some tax authorities (for example, the Hungarian tax authority) to assess the permanent establishment risk, carry out a case-by-case analysis taking into consideration the following cumulative criteria:[21] (i) frequency of the use of teleworking (i.e. occasionally or regularly); (ii) contractual framework governing teleworking (i.e. optional or mandatory for the employee); (iii) the employee's functions and responsibilities (e.g. administrative/support functions or management position, marketing role); (iv) scope of the activities carried out by the employee working from home (e.g. activities limited to administrative tasks or regular professional activity, negotiating/concluding contracts on behalf of the company), and (v) material organization of the teleworking (e.g. possible right of access of the employer, fixed/mobile equipment provided by the employer). Among these criteria, it seems in practice that the voluntary/compulsory nature of tele-

[20] B. Zsoldos, *Cross-border Teleworking and Permanent Establishment Risks*, Special Report, 14/3, 2022.

[21] UEL, *Taxation: Cross-Border Teleworking*, Luxemburg 2022.

work and the type of functions performed are generally regarded as decisive in the analysis; however, a case-by-case analysis is still required.

The future will show how the post – COVID increase of teleworking will be perceived by national authorities for tax purposes in the long term. If a permanent establishment is considered to have been created, it would not only result in a series of tax reporting obligations, it would also indicate allocating a certain share of the business's income from the "usual" office country to the teleworker's home office country. However, this could present a potential threaten to the growth of "work from home" arrangements. Facing a risk of accidentally creating a permanent establishment, employers may decide to disallow teleworking.

## 4. FINAL REMARKS

As the time goes by, governments, employers and employees are becoming more and more aware of the shift from the traditional work arrangements toward more flexible and virtual one. In such circumstances, employees may find better balance between their professional and personal aspirations, while employers may benefit from a bigger talent pool, the ability to deploy talent wherever it's needed, as well as cost and carbon savings. If it is expected telework to become a permanent feature in our working society, adapted and sustainable tax rules must be adopted on national and international level in order to prevent hindering and restricting this new way of working.

In such circumstances, physical presence as a sourcing criterion for taxing income from employment should be reduced. States should have in mind the possibility to implement residence-based taxation for nonresident teleworkers' income. As a result, governments could face increased voluntary tax compliance supported by consent and benefit. It is worth mentioning that this approach does not stand for 100% of teleworkers' income should always be taxed by the residence state. Moreover, workers' income earned by remote work should be taxed by the residence state, whereas income earned by (physical) commute should be taxed by the source state provided that the number of days working in the source state exceeds certain thresholds. Considering that many teleworkers may have a hybrid work arrangement (sometimes they commute, and sometimes they work from home), income from the former would be taxed by the source state and income from the latter would be taxed by the residence state.

The current tax arrangements for remote working are managed by tax authorities on an administrative basis. In order to encourage telework/remote working, governments should make some changes in the tax regulations. This would guarantee certainty and predictability to both em-

ployees and employers. For example, expenses such as additional heating, electricity and broadband costs could be allowed as a deduction for income tax purposes. However, for the purposes of claiming income tax relief for expenses incurred in working from home, some conditions could be prescribed, such as a formal agreement in place between the employer and the employee under which the employee is required to work from home to perform substantive duties of the employment for substantial periods.

On the other hand, the governments should consider signing bilateral tax agreements between countries in order to ease the cross-border work. The first agreement of this kind, which can serve as a model for implementation of similar rules, is the one adopted between France and Switzerland. On 22 December 2022, France and Switzerland announced that they had found definitive rules to govern teleworking between the two countries. These rules are effective as from 1 January 2023.[22] According the agreement, there is a distinction between border workers and "other workers" or "cross-border workers". Both categories of worker target employees who are tax residents of one country and who have an employer and place of work in the other country, however, the former benefit from a special tax regime contrary to the latter. It will be interesting to see how this agreement will work in practice and what impact it will have on the future development of this type of tax treaties.

Additionally, the international tax regime is also challenged by the "digital nomads" as individuals who work remotely, but not from the same place, instead electing to work while engaging in extended travel to different states or locations. The world has already experienced increases in the number of extreme digit nomads who work as they travel the world. Digital nomads raise two questions relevant for their tax treatment: (1) where is the employee located if she/he has no home, and (2) where is the employer located if it has no office? It is likely to expect that this category of workers will pose new and unpredictable challenges to the national tax rules.

It seems like we are at the beginning of the journey towards new work arrangements based on the concept of "work from anywhere". These challenges require thinking out of the box and process of adaptation of tax systems to globalization, technological changes and the transforming nature of where, how, when and why people work. However, countries should have in mind that a "one-size-fits-all" tax system does not exist and country-specific circumstances should be taken into account in adjusting the tax rules to the contemporary work arrangements.

[22] A. Frede, E. de Raismes, *New rules on the income taxing of border and cross-border commuters who telework, The Franco-Swiss example*, 2023.

## LIST OF REFERENCES

### Scientific works


1. Agrawal, David R., Brueckner, Jan K., "Taxes and Telework: The Incidence of State Income Taxes in a Work-from-Home Economy", *Virginia Tax Review*, 42 (1), 2022;
2. Agrawal, David R., Stark, Kirk J., "Will the Remote Work Revolution Undermine Progressive State Income Taxes?", *GLO Discussion Paper*, No. 1119, Global Labor Organization (GLO), Essen 2022;
3. APEC Economic Committee, *Economic Effects of the Flexible Work Arrangements: APEC Practices and Recommendations*, 2021;
4. Baert, Pieter, *Tax challenges of cross-border teleworking*, European Parliament Research Centre, 2022;
5. Behrendt, Christina, Anh Nguyen, Quynh, "Innovative approaches for ensuring universal social protection for the future of work", *ILO Future of work, Research paper series*, Geneva 2018;
6. Beretta, Giorgio, "Work on the Move: Rethinking Taxation of Labour Income under Tax Treaties", *International Tax Studies* 2/2022;
7. Deloitte, *The Future of Work, Tax and Legal Perspective*, Ireland 2020;
8. Ebel, Robert D., Mak, James, *Taxing Income in the New World of Teleworking*, Economic Research Organization, University of Hawaii, 2021;
9. Frede, Anne, de Raismes, Edouard, *New rules on the income taxing of border and cross-border commuters who telework, The Franco-Swiss example*, 2023;
10. ILO, *Non-standard Forms of Employment*, Report for Discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment, Geneva, 2015;
11. International Labour Organization, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond: A practical guide*, International Labour Office, Geneva 2020;
12. Jackson, Emilie, Looney, Adam, Shanthi, Ramnath, "The Rise of Alternative Work Arrangements: Evidence and Implications for Tax Filing and Benefit Coverage", *Office of Tax Analysis, Working Paper 114*, Washington, January 2017;
13. KPMG, *Current trends in remote working*, 2022;
14. Neshovska Kjoseva, Elena, "The Concept of Tax Culture in Contemporary Times", *Proceedings of the 2022 Annual International Conference, "Contemporary Aspects of Legal Culture – Contents and Discontents*, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje 2022;
15. Neshovska Kjoseva, Elena, *Tax Treatment of Cross-border Activities According Double Tax Treaties*, Stobi trejd dooel, Skopje 2016;
16. Pendovska, Vesna, Maksimovska Stojkova, Aleksandra, Zafiroski, Jovan, Neshovska Kjoseva, Elena, *Tax Law*, Faculty of Law Iustinianus Primus, Skopje 2021;

17. Productivity Commission, *Working from home*, Research paper, Canberra 2021;
18. PwC, *Remote Working – tax and legal consequences*, New Zealand 2022;
19. SEILER, *Tax Implications of Teleworking and Remote Working for Employers and Their Employees*, 2021;
20. UEL, *Taxation: Cross-Border Teleworking*, Luxemburg 2022;
21. Young Ran (Christine) Kim, "Taxing Teleworkers", *UC Davis Law Review*, Vol. 55, 2021;
22. Zsoldos, Bálint, *Cross-border Teleworking and Permanent Establishment Risks*, Special Report, No. 14/3, 2022.

*Проф. др Елена Нешовска Кјосева*

Правни факултет Јустинијан Први,
Универзитет Ћирило и Методије, Скопље

## ПОРЕЗИ И УСПОН НОВИХ РАДНИХ ОДНОСА

*Сажетак*

Година 2020. биће запамћена као почетак „новог нормалног". Убрзо по ширењу COVID-19 пандемије, власти широм свијета увеле су бројне законодавне измјене, углавном у области радног права и опорезивања, како би заштитиле грађане и обезбиједиле њихово здравље и сигурност на послу. Поред здравствених, друштвених и економских тешкоћа, постало је упитно и опорезивање радника. Ове околности приморале су како раднике тако и послодавце да почну да мијењају устаљене погледе на оно што се раније подразумијевало као мјесто рада, радни сати и устаљен распоред.

Иако је појам рада на даљину полако али сигурно годинама добијао на значају, COVID-19 пандемија истакла је рад на даљину на прочеље радног живота. Поред тога, нагла дигитализација у свакодневном животу допринијела је раду од куће или других мјеста изван просторија послодавца. Посљедице повећаног рада на даљину могу бити значајне, а рад на даљину може да темељно промијени гдје, како, када и зашто људи раде.

У погледу пореза, државе имају право на опорезивање унутар својих граница. Међутим, нови видови рада суштински прекидају географску везу између мјеста послодавца и запосленог. Усљед тога, може доћи до неслагања између држава поводом тога да ли се рад на даљину одвија „унутар" њихових граница, у сврху опорезивања,

имајући у виду било мјесто послодавца или мјесто радника гдје се одвија економско дјеловање. Ово указује на то да традиционална пореска правила, која претпостављају да људи раде у просторијама послодавца, јесу застарјела и нису више примјењива.

Постоји јасна потреба за структурним пореским реформама како би се порески системи прилагодили промјенљивом свијету рада. Државе, ипак, треба да имају на уму да не постоји рјешење које би одговарало свима, те би требало узети у обзир околности својствене датој држави приликом прилагођавања пореских правила савременим радним односима.

**Кључне ријечи:** *Рад на даљину; Рад од куће; Фриленсер; Порез на доходак; Пореска политика.*

УДК/UDC 338.43.02(497.6)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

*Доц. др Предраг Млинаревић*
*Доц. др Горан Балотић*

Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву

# ПРИОРИТЕТИ ПОЉОПРИВРЕДНЕ ПОЛИТИКЕ БИХ КАО ОДГОВОР НА ОЧЕКИВАНУ МЕГАЕКОНОМСКУ КРИЗУ

*У изазовном времену пандемије, као и непосредно након ње, догодиле су се радикалне промјене које су додатно усложњене актуелним ратним сукобом на тлу Европе и свим посљедицама које из њега проистичу. Оне намећу императив другачијег промишљања и редефинисања друштвених и економских приоритета. Актуелна криза и изазови који су пред нама захтијевају да се на свим нивоима, од макро до микро нивоа, идентификују кључни стратешки циљеви и правци дјеловања. Чини се да свака привреда, и субјекти који је сачињавају, морају више него икад да се ослоне на властите производне способности и да своје расположиве ресурсе алоцирају ка оним гранама и дјелатностима које су кључне за очување одрживости националне економије и прихватљивог друштвеног стандарда. У овоме раду, фокус ће бити на пољопривреди која је уз енергетику кључна област у времену неизвјесности, нестабилности и несташице. Кроз анализу ће се настојати указати на неопходне правце и приоритете у пољопривредној политици БиХ с циљем достизања њене прехрамбене суверености.*

**Кључне ријечи:** Криза; Пољопривреда; Прехрамбена сувереност; Стратегија.

## 1. УВОД

Према посљедњим истраживањима међународних економских институција у земљама Западног Балкана живи око 10% популације која се налази испод границе сиромаштва, а додатних 40% популације

Предраг Млинаревић, *mlinarevic.predrag@gmail.com.*
Горан Балотић, *goran.balotic@gmail.com*.

изложено је директној пријетњи од сиромаштва. Ријеч је о оним домаћинствима која припадају нижем средњем слоју са ниским просјечним расположивим дохотком, без штедње способне да амортизује ударе од економских шокова, који су изазвани различитим поремећајима на глобалном нивоу. Ако се има у виду податак Свјетске банке да око 60% домаћинстава свој доходак троше само на храну, енергенте и комуналне услуге, јасно је да постоји опасност да услијед раста цијена дође до радикалног погоршања њиховог животног стандарда.

Антиципација потенцијалних екстерних шокова који се рефлектују на надолазеће економске проблеме представља важан инпут за структуирање ефикаснијих јавних политика које би заштитиле овај слој становништва од трајног погоршања животног стандарда. Имајући у виду споменуту структуру потрошње просјечног домаћинства у нашем региону у периоду постпандемијске кризе, као и оне изазване актуелним ратом на тлу Европе, два посебна изазова долазе до изражаја. Први се односи на раст базичне инфлације која укључује раст цијена хране и енергената, а други на несташицу ових производа. Несташице се јављају као посљедица претјеране ослоњености на увоз пољопривредно-прехрамбених производа и енергената и дисрупције ланаца снабдијевања узроковане одлукама влада већине земаља о забрани или ограничењу извоза појединих производа. То додатно актуелизује питање прехрамбене и енергетске суверености земаља и њихових материјалних капацитета да је осигурају.

## 2. ПОЉОПРИВРЕДА – СТАЊЕ, ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Босна и Херцеговина и остале земље Западног Балкана налазе се у различитим фазама претприступног процеса интеграције у Европску унију. Овај процес има за крајњи циљ обезбјеђење пуноправног чланства сваке од земаља, што ће довести не само до преузимања правне стечевине ЕУ у домаће законодавство него и потпуне интеграције у заједничко европско тржиште. С циљем постизања веће спремности до формалног окончања процеса приступања у ЕУ, земље Западног Балкана БиХ, Србија, Црна Гора, Македонија и Албанија, као и Молдавија, укључене су у зону слободне трговине на бази оквирног Централноевропског споразума о слободној трговини познатијег под називом ЦЕФТА. Овај Споразум има за циљ да обезбједи даљну либерализацију трговине између чланица са тежњом да се у будућности у потпуности укину све трговинске баријере. Споразум је имао у виду природну повезаност ових земаља од којих је већина произашла из заједничке државе СФРЈ, чије су економије комплементарне и које су деценијама дијелиле јединствен тржишни простор. Свакој од поменутих земаља главни трговински партнер након ЕУ је управо

ЦЕФТА. Ради се о перспективном тржишту гдје је уз минималне баријере могуће пласирати производе и генерисати доходак. Што су привреде и предузећа у овим земљама спремнији да нуде конкурентније производе, позитивни ефекти регионалне интеграције ће бити већи и обрнуто. Са друге стране, велики је изазов када се говори о секторима који немају развијене производне капацитете и када су земље принуђене на увоз дефицитарних производа. Тада критичари ЦЕФТА-е, у свакој од земаља чланица, говоре о негативним ефектима споразума по националну економију. Ипак, у духу интеграција намеће се императив да земље своју привредну структуру унаприједе, да кроз секторске политике и инвестиције на макро и микро нивоу обезбиједе већу конкурентност, нарочито у оним дјелатностима које су кључне за економску стабилност и сувереност сваке чланице, примарно у домену одрживости животног стандарда њихових грађана. У природи сваког интегративног процеса је суочавање са ризицима, нарочито оним економске природе, који се на лак начин преливају из једне у другу земљу. Проблем је утолико већи уколико су ти ризици индуковани садејством фактора на глобалном или ширем регионалном нивоу. Примјери таквих ризика најбоље се огледају у условима свјетске економске кризе изазване пандемијом и додатно продубљене актуелним ратом у Украјини. У таквим ситуацијама државе постају „себичније“ јер су принуђене да се окрећу себи како би се одупрле том таласу негативних промјена који пријети да дестабилизује читав економски систем и социјално угрози најшири слој локалног становништва.

Имајући у виду да су економије земаља ЦЕФТА-е и прије пандемије биле слабашне, са никад довршеном транзицијом, са неефикасном економском структуром, неразвијеним производним снагама и нефункционалним државним апаратима, криза услијед пандемије и актуелног рата додатно је освијетлила њихову рањивост, избацујући на површину посљедице деценијске запуштености, неефикасности и одсуства стратешке визије. То се најбоље рефлектује на подручјима пољопривреде и енергетике која су кључна за осигурање базичне стабилности и нормалног функционисања читавих економија, као и друштава у цјелости.

Када се говори о пољопривреди земаља ЦЕФТА-е важно је нагласити да оне у одређеној мјери имају аграрну традицију и да су по својој „физиономији“ претежно руралне земље. Природне предиспозиције у виду расположивих природних ресурса постоје, али су обично у недовољној мјери или на неадекватан начин искориштене. Низак ниво приноса и посљедично низак обим производње директна је посљедица ниског нивоа улагања у знање, иновације и нове технологије

које би се користиле у пољопривреди, уз хроничне недостатке као што су лоша механизација, неадекватна инфраструктура и уситњеност парцела. Истовремено, систем организованог откупа је неразвијен и спорадичан, као и ниво субвенција из државног буџета, што економски слабашним пољопривредним произвођачима отежава да, у тржишној борби гдје су препуштени сами себи, конкуришу произвођачима из земаља који имају неупоредиво боље услове у наведеним сегментима и који су додатно ојачани снажним приливом субвенција.

Заједничка пољопривредна политика (ЗПП) ЕУ представља адекватан оквир који би сходно изазову с којим се суочавају земље региона могао да послужи као модел за нову пољопривредну политику земаља западног Балкана. Уколико имамо у виду да је и ЕУ своју заједничку пољопривредну политику развијала под императивом производне самодовољности, онда постпандемијски изазови с којима се суочавају земље регије захтијева идентичан приступ. Еволуција ЗПП ЕУ се кретала од политике цјеновних минимума до политике подршке дохотку пољопривредним произвођачима. И једна и друга политика као исходиште су имале осигуравање дохотка пољопривредног произвођача који би осигурао одрживост пољопривредне производње. У условима у којима земље Западног Балкана, које се спрам процента обрадивог земљишта у односу на укупну површину сврставају у групу аграрних земаља, имају висок степен неискориштености обрадивог пољопривредног земљишта, политика која подупире одрживост пољопривредне производње представља економску насушну потребу.[1] Ургентност заокрета у вођењу пољопривредне политике посебно наглашава актуелни тренутак у међународним економским односима гдје је слободна трговина пољопривредно-прехрамбеним производима све више идеал, а све мање реалност. Доба јефтине хране на међународном тржишту дјелује да је иза нас. Из тих разлога политика у овом сектору одговара народној мудрости „како сијеш, тако жањеш“. Другим ријечима, оријентисаност на сопствену производњу је ствар нужности, а не ствар избора. Разлог за то лежи у чињеници што ће већина земаља, суочена са недовољном количином пољопривредно-прехрамбених производа, ограничавати или забрањивати свој извоз, те проблем набавке ових производа неће бити проблематичан само због све веће цијене, него и просте немогућности да се кроз међународну размјену поменути производи набаве. Тиме отварамо проблематику суверености сваке од земаља Западног Балкана у домену пољопривредно-прехрамбене обскрбе.

[1] Подаци се могу пронаћи на сајту Свјетске банке, *https://databank.worldbank.org/*.

Два највећа појединачна тржишта из ЦЕФТА региона су Србија и Босна и Херцеговина. Ово су уједно и земље са највећим ресурсима и предиспозицијама за пољопривредну производњу, који, међутим, нису у довољној мјери искориштени. Ипак је потребно нагласити да постоји и значајна разлика у резултатима које пољопривредно-прехрамбени сектор остварује у поменуте двије земље. Један од индикатора ефикасности производње овог сектора у споменутим земљама представља биланс њихове трговинске размјене са остатком свијета. Нарочито је то важно посматрати на нивоу прехрамбене индустрије која представља мјеру валоризације компаративних предности у домену производње примарних пољопривредних производа.

Подаци о спољнотрговинској размјени Србије са иностранством указују на висок обим размјене, што је наведено и у табели 1.

Табела 1. Биланс размјене прехрамбених производа Републике Србије (у УСД)

| Година | Извоз | Увоз | Салдо / суфицит |
|---|---|---|---|
| 2018 | 1 849 000 000 | 1 162 000 000 | 687 000 000 |
| 2019 | 1 900 000 000 | 1 209 000 000 | 691 000 000 |
| 2020 | 2 043 000 000 | 1 419 000 000 | 624 000 000 |

*Извор: Прилагођено према Заводу за статистику Републике Србије*[2]

Када је ријеч о билансу размјене прехрамбених производа у периоду од 2018. до пандемијске 2020. године Република Србија је биљежила раст извоза, тако да је он у 2020. години премашио износ од 2 милијарде УСД. Са друге стране, исту динамику региструјемо и код увоза ових производа, за исти посматрани период. У 2020. години вриједност увоза је достигла износ од преко 1,4 милијарде УСД. Значајне вриједности извоза и увоза у категорији прехрамбених производа су показатељ високог степена интраиндустријске трговине овим производима. Другим ријечима, Србија и извози и увози у значајном обиму производе исте категорије. То указује на релативно ниску конкурентност српског прехрамбено-индустријског сектора. Суфицит који је остварен у 2019. години у износу од око 687 милиона УСД, смањен је двије године касније за приближно 10% и износио је 622 милиона УСД. Ово указује да предузећа из овог комплекса послују у ризичној зони ниске конкурентности. У дугом року, то обесхрабрује инвестиције у овај сектор, што резултира смањењем производње.

Ако посматрамо обим размјене примарне пољопривредне производње може се уочити сличан тренд раста извоза и увоза. Међутим, за разлику од финалних прехрамбених производа, у размјени примарних пољопривредних Србија биљежи раст суфицита. То указује на недовољан ниво финализације производа који Србија има у цјелокупном агроиндустријском сектору. Податак који илуструје наведено јесте да

[2] Републички завод за статистику Србије, *https://www.stat.gov.rs*.

је Србија у 2020. години увезла финалних пољопривредних производа у дупло већој вриједности у односу на примарне пољопривредне сировине, док се са друге стране то не може рећи за извоз.

Табела 2. Биланс размјене примарне пољопривредне производње Републике Србије (у УСД)

| Година | Извоз | Увоз | Салдо / суфицит |
|---|---|---|---|
| 2018 | 1 044 000 000 | 676 000 000 | 368 000 000 |
| 2019 | 1 200 000 000 | 692 000 000 | 508 000 000 |
| 2020 | 1 467 000 000 | 717 000 000 | 750 000 000 |

*Извор: Прилагођено према Заводу за статистику Републике Србије*

За разлику од Србије, када је ријеч о размјени производа прехрамбене индустрије, БиХ у истом раздобљу 2018–2020 биљежи висок дефицит од скоро 750 милиона УСД. Вриједност увоза ових производа је скоро 3 пута већа од вриједности извоза. Овај податак најбоље илуструје огромну зависност тржишта БиХ од увоза прехрамбених производа, тако да је немогуће говорити о његовој самодовољности.

Табела 3. Биланс размјене прехрамбених производа БиХ (у УСД)

| Година | Извоз | Увоз | Салдо / дефицит |
|---|---|---|---|
| 2018 | 424 835 000 | 1 165 880 000 | 741 045 000 |
| 2019 | 373 939 000 | 1 167 023 000 | 793 084 000 |
| 2020 | 403 771 000 | 1 136 614 000 | 732 843 000 |

*Извор: Прилагођено према Агенцији за статистику БиХ*[3]

Такође, и у области примарне пољопривредне производње остварује се дефицит од преко 300 милиона УСД, са тенденцијом пораста у периоду 2018–2020, што је приказано у табели 4.

Табела 4. Биланс размјене примарне пољопривредне производње БиХ (у УСД)

| Година | Извоз | Увоз | Салдо / дефицит |
|---|---|---|---|
| 2018 | 151 327 000 | 452 825 000 | 301 498 000 |
| 2019 | 132 377 000 | 431 407 000 | 299 030 000 |
| 2020 | 132 580 000 | 448 162 000 | 315 582 000 |

*Извор: Прилагођено према Агенцији за статистику БиХ / Робна размјена БиХ са иностранством 2020.*

Поред раста дефицита у размјени пољопривредних производа БиХ са иностранством, евидентиран је и раст цијена. Цијене пољопривредних производа у 2021. години у односу на просјек цијена из 2015. године више су за 26,9%. У 2021. години, у односу на цијене из 2015. године, забиљежен је раст цијена биљне производње за 37,5% и раст цијена сточне производње за 16,4%. Цијене добара и услуга за текућу потрошњу (инпута у пољопривредној производњи) у 2021. години у односу на просјек цијена из 2015. године више су за 12,1%.

[3] Агенција за статистику Босне и Херцеговине / Робна размјена БиХ са иностранством 2020. година.

Тренд раста цијена у овој области настављен је и у текућој 2022. години. Према индексу потрошачких цијена, цијене хране и безалкохолних пића увећане су у 2020. години у односу на 2015. за 2,7 (индекс 102,7).

## 3. ПАРАДИГМЕ РАЗВОЈА ПОЉОПРИВРЕДЕ И ПРЕХРАМБЕНОГ СИСТЕМА У СВИЈЕТУ

Данас су у свијету заступљене двије, суштински дијаметрално супротне, парадигме које се баве проблематиком прехрамбеног система. То су прехрамбена сигурност и прехрамбени суверенитет.

### 3.1. Прехрамбена сигурност

Концепт прехрамбене сигурности представља доктрину владајућег глобалног естаблишмента који чине ФАО (Свјетска организација за храну и пољопривреду при Уједињеним нацијама), ММФ (Међународни монетарни фонд) и Свјетска банка. Суштина овога концепта је у томе да је најважније осигурати приносе и количине хране, не улазећи у питања: ко, шта, на који начин и под којим условима и посљедицама производи. У том смислу, акценат је на технологији и економији обима које би требало да обезбиједе што је могуће веће приносе, затим ефикасност и продуктивност фактора, без нарочитог осврта на еколошке и социо-економске аспекте. Управо у томе и лежи проблем овога концепта.

Са еколошког становишта проблем овога концепта се огледа у простој чињеници да већи приноси претпостављају прекомјерну употребу хемијских препарата који загађују животну средину, испуштајући токсичне материје у земљиште и водотокове, што је еколошки неодрживо. Осим загађености животне средине, јавља се и проблем загађености атмосфере, као и унос пестицида садржаних у намирницама које се потом користе у свакодневној исхрани људи.[4]

Са социо-економског аспекта проблем се јавља услијед недопустиво велике концентрације моћи, богатства и ресурса свега неколико мултинационалних корпорација које имају потпуну контролу над ресурсима, производњом и дистрибуцијом прехрамбених и пољопривредних производа. Сматра се да данас мање од 50 мултинационалних корпорација управљају читавим ланцима производње хране,

[4] S. J. Vermeulen, B. M Campbell, J. S. Ingram, “Climate change and food system”, *Annual Review* of *Environment and Resources* 37/2012, 195–222.

укључујући и дистрибуцију.[5] Истовремено, 75% укупног тржишта агрохемијских инпута, који се користе у пољопривредној производњи, снабдјева свега 6 мултинационалних компанија, које услијед олигополске структуре тржишта, али и власништва над патентима, директно утичу на висину цијена инпута.[6] То неминовно повећава трошкове производње, што се на крају преваљује на крајње потрошаче прехрамбених производа, који су приморани плаћати све већу цијену.

Јачање мултинационалних корпорација у области производње хране и све већа концентрација њихове моћи директно иде на штету малих локалних произвођача и ситних пољопривредних газдинстава што је уочљив тренд, не само на простору региона Западног Балкана, него и у самој ЕУ. Резултат таквих процеса је да храна постаје све скупља, све мање доступна и све мањег квалитета.

У покушају да се пронађе рјешење за поменуте проблеме, све више се говори о потреби корекције концепта прехрамбене сигурности и проналажења модела производње хране који ће је учинити доступном свима без изазивања нежељених негативних екстерналија и поштујући савремене принципе правичности и демократичности. Тиме долазимо до друге парадигме назване прехрамбени суверенитет, која се у данашњем динамичном и непредвидљивом глобалном окружењу чини потребнијом него икад. Идејни творац овога концепта је глобална платформа сељака и произвођача хране под називом *La Via Campesina,* чија је главна идеја да се само кроз синергију четири принципа, социјалног, економског, еколошког и културног, долази до одрживе пољопривреде.[7] Овај модел је „социјално и економски праведан, поштује идентитет и знање локалне заједнице, даје приоритет локалним тржиштима, те оснажује аутономију људи и заједнице“.[8]

Због актуелног тренутка у којем живимо, те сасвим оправданим ризицима од недостатка хране, њених неприхватљиво високих цијена и недопустиво ниских квалитета, детаљније ћемо се у раду осврнути на овај концепт прехрамбене сувереност.

---

[5] C. Alliot *et al.*, *Agrifood Atlas,* Rosa Luxemburg Stiftung, Heinrich Boll, Friends of the food, Brussels 2017.

[6] ETC Group, Putting the Cartel before the Horse and Farm, 4, 2013, *https://www.etcgroup.org/files/CartelBeforeHorse11Sep2013.pdf*.

[7] *La Via Campesina* као глобална алијанса сељака данас окупља 182 удружења широм свијета заступајући интересе преко 200 милиона сељака у борби против корпоративног прехрамбеног режима који на одређене начине узурпира њихова права и слободе.

[8] *https: //viacampesina.org*.

### 3.2. Концепт прехрамбеног суверенитета

Право на храну, поред већ етаблираних права на рад, образовање, социјалну сигурност и здравље за све грађане, без дискриминације, постаје један од приоритета који препознаје законодавство све већег броја земаља у свијету. Релативно нов појам који је посљедњих година све чешће у оптицају јесте појам прехрамбеног суверенитета. У питању је концепт који је настао на платформи одрживог економског развоја и који има за циљ да осигура право локалним произвођачима хране и руралном становништву да активно учествују у доношењу одлука о свом прехрамбеном и цјелокупном аграрном систему. Како је наглашено од стране *La Via Campesina*: Прехрамбени суверенитет захтијева системску промјену која ће људима омогућити да имају директну и демократску контролу над најважнијим елементима у нашем друштву: како се хранимо, како користимо и одржавамо земљу, воду и остале ресурсе за добробит садашњих и будућих покољења, те какве односе стварамо једни међу другима. Јер, храна није роба већ људско право, док су производња и дистрибуција хране питање опстанка људи, а уједно и питање друштвеног и националног суверенитета.[9]

Прехрамбени суверенитет је најчешће дефинисан као право народа да одреди сопствене одрживе политике и стратегије производње, дистрибуције и потрошње хране на начин да се гарантује право на храну цјелокупном становништву, поштујући сопствену културу и разноликост аутохтоних начина производње. Концепт је такође промовисан од стране Уједињених нација које су 2018. године усвојиле „Декларацију о правима сељака и других људи који раде у руралним областима“.[10] Концепт је произашао из чињенице да у данашњем свијету управо они који непосредно учествују у процесу производње хране, исте немају довољно ни за сопствене потребе, што је својеврстан парадокс на глобалном нивоу. Концепт прехрамбене суверености постаје инкорпорисан у законодавство све већег броја земаља, прије свега у земљама Латинске Америке које су погођене неједнакошћу расподјеле, експлоатацијом од стране искључиво профитно оријентисаних мултинационалних компанија науштрб еколошког, социјалног и културног окружења, уз продубљивање економских неједнакости. Упоредном анализом представљања праксе интегрисања прехрамбене

[9] *https: //viacampesina.org/en/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/Food-Souvereignty-A-guide-Low-Res-Version.pdf.*

[10] Декларација Уједињених нација о правима сељака и других људи који раде у руралним подручјима, *UNGA Resolution – Universal Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas of 17 December 2018,* UN Doc. A/RES/73/165.

стварности у правни систем у латиноамеричким државама бавила се ауторка Мирјана С. Докмановић.[11] Заједничка карактеристика свих закона о прехрамбеној суверености латиноамеричких земаља је заштита и подстицање домаће аграрне производње ради обезбјеђења здраве и нутриционистички квалитетне хране цијелом становништву.[12] Тако нпр. еквадорски Закон о прехрамбеној суверености обавезује државу да унапређује одрживу аграрну производњу, установи подстицаје за продуктивно коришћење земљишта, обезбједи боље услове рада у овом сектору и подстиче потрошњу здравих и хранљивих намирница органског и агроеколошког поријекла. Принципи коришћења и приступа земљишту укључују обезбјеђење правичне расподјеле прихода, продуктивност, одрживост, очување биодиверзитета и сл.[13] Слично претходном, венецуелански Закон о пољопривредној и прехрамбеној сигурности и суверенитету јемчи права произвођача хране, као и права свих грађана да се хране првенствено домаћим производима и уживају право на прехрамбени суверенитет. Закон усмјерава државу да унапређује истраживање, развој и трансфер технологије у свим фазама ланаца производње хране како би се побољшала њена производња, складиштење, обрада, транспорт, размјена, дистрибуција и анализа, уз заштиту традиционалног знања локалних произвођача.[14] Државе су преузеле кључну улогу у регулацији пољопривредне производње и дистрибуцији хране, уз обезбјеђење партиципације локалних заједница и пољопривредних произвођача у одлучивању. Тиме су направиле корјенит заокрет од, до тада, преовлађујућег модела, заснованог на отвореном тржишту и корпоративној производњи, дистрибуцији, трговини и маркетизацији хране, ка моделу који би почивао на солидарности, правичности и партиципацији.[15]

## 4. ЈАВНЕ И СЕКТОРСКЕ ПОЛИТИКЕ

С обзиром на то да је свака од чланица ЦЕФТА-е у одређеној фази ЕУ интеграција, у том контексту је неопходно посматрати и њихове пољопривредне политике. Наиме, пољопривредне стратегије

[11] М. С. Докмановић, „Прехрамбена сувереност (*Food Sovereignty*) у упоредном праву”, *Страни правни живот* 2/2020, 43–59.

[12] *Ibid.*, 52.

[13] Ecuador, Ley organica del Regimen de la Soberania Alimentaria, *Registro Oficial Suplemento* 583, 5. 5. 2009, *http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu88076.pdf*, 20. 9. 2022.

[14] Republica Bolivariana de Venezuela, Ley Organica de Seguridad y Soberania Agroalimentaria, *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela*, No 5.891 de fecha 31 de julio de 2008, *http://www.fao.org/pgrfa_gpa-archive/ven/ley_soberania.pdf*, 20. 9. 2022.

[15] М. С. Докмановић, 53.

и политике сваке од ЦЕФТА земаља креиране су по устројству ЕУ, односно по узору на Заједничку пољопривредну политику (ЗПП).

### 4.1. Заједничка пољопривредна политика ЕУ

Свака држава чланица ЕУ има своју специфичну пољопривредну стратегију која директно произилази из ЗПП-а као кровна стратегија ЕУ представљајући „скуп мјера и програма којима се пружа подршка пољопривредницима како би повећали продуктивност свога рада, а становништво ЕУ добило храну по ниским цијенама“.[16]

Заједничка пољопривредна политика ЕУ једна је од најдуговјечнијих пољопривредних политика Европске Уније успостављена још давне 1962. године од стране тадашњих 6 земаља оснивача. Односи се на низ закона које је ЕУ донијела ради успоставе заједничке и јединствене политике у подручју пољопривреде (члан 38, став 4, Уговор о функционисању ЕУ). Њен циљ је: 1) осигурати цјеновно приступачну, сигурну и висококвалитетну храну за грађане ЕУ; 2) осигурати примјерени животни стандард пољопривредника у ЕУ и 3) очувати природне ресурсе уз поштовање животне средине.[17]

ЗПП је подијељена у два стуба. Први се односи на директну подршку пољопривредним произвођачима и на регулисање функционисања тржишта пољопривредних производа. Други стуб је усмјерен на подстицање руралног развоја. Када је ријеч о директној подршци пољопривредницима она се односи прије свега на праксу да пољопривредници примају доходовну подршку када се брину о својим пољопривредним посједима и испуњавају стандарде у погледу сигурности хране и намирница, животне средине и добробити животиња. Када је ријеч о регулацији тржишта, кроз ЗПП дефинишу се смјернице и правила за функционисање заједничког тржишта, утврђују параметри за интервенцију и пружање секторске подршке, правила тржишног надметања, као и правила стављања пољопривредних производа на тржиште.

Напослијетку, када је ријеч о руралном развоју, мјерама дефинисаним у оквиру ЗПП настоји се подстаћи:

- модернизација пољопривредних газдинстава кроз примјену савременије технологије и иновације;
- повезивање произвођача;

[16] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0392&from=BG*, 25. 9. 2022.

[17] И. П. Поповић, П. Бјелић, *Европска трговинска интеграција*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 193–194.

- повећање конкурентности читавог пољопривредно-прехрамбеног сектора;
- заштита животне средине и посљедица климатских промјена;
- повећање виталности руралних заједница;
- осигурање генерацијске обнове у пољопривреди.

ЕУ је у духу актуелних промјена и тенденција на глобалном нивоу креирала нову ЗПП 2023–2027. Ова политика дефинише три основна циља:

1. повећање доприноса пољопривреде заштити и очувању животне средине;
2. пружање директније подршке мањим пољопривредним газдинствима, укључујући и потребне интервенције у подручју руралног развоја;
3. омогућавање веће флексибилности државама чланицама ЕУ у прилагођавању мјера локалним условима.

Нова ЗПП ЕУ ступа на снагу 1. јануара 2023. и све до 2027. за њу ће се издвојити око трећине укупних буџетских средстава ЕУ у настојању да се постигну 3 глобална циља:

1. пружити сигурну храну грађанима ЕУ по приступачним цијенама;
2. осигурати примјерен животни стандард пољопривредника;
3. очувати природне ресурсе и здраву животну средину.

### 4.2. Политика стабилизације и подстицаја пољопривредном и прехрамбеном сектору у БиХ

У Босни и Херцеговини актуелне су двије стратегије пољопривреде и руралног развоја. Прва је на нивоу Републике Српске, која је усвојена крајем 2021. године,[18] док је друга на нивоу Федерације БиХ у процедури и чека усвајање од стране надлежног парламента.[19] Обје стратегије захватају период до 2027. године по узору на ЗПП 2023–2027 и њима се настоје преузети нова рјешења из релевантних уредби Европске уније. Основна идеја твораца поменутих стратегија у БиХ јесте да сви актери, од произвођача до прерађивача, добију сигурнији

[18] Стратегија развоја пољопривреде и руралних подручја Републике Српске 2021–2027, *https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/mps/Documents/Strategija%-20razvoja%20poljoprivrede%20i%20ruralnih%20podru%C4%8Dja%20RS%202021-2027.pdf.*

[19] Стратегија пољопривреде и руралног развоја Федерације БиХ за период 2021–2027.

и предвидљивији амбијент који би им значајно олакшао процесе планирања, пласмана и инвестирања. Тиме би најзад била постигнута извјесност која је кључна за успјех пословања сваког економског субјекта, па тако и пољопривредног произвођача. У ишчекивању имплементације усвојених ентитетских стратегија и очекиваних позитивних помака, важно је подвући да се пољопривреда БиХ у досадашњем периоду суочавала са проблемима структурне, институционалне и финансијске природе, па је у том смислу потребно радити на унапређењу у наведеним подручјима.

Имајући у виду досадашње недостатке, али и позитивне праксе на нивоу ЕУ, као и нове развојне парадигме у пољопривреди данашњице, у догледном периоду у БиХ неопходан је снажан заокрет у правцу јачања локалних пољопривредних капацитета, оснаживања и подизања пољопривредно-прехрамбеног сектора, како би се барем на овом пољу осигурала већа извјесност, стабилност и смањила зависност од увоза.

Поред веће извјесности за све учеснике, важно је адекватним мјерама подупријети повезивање између пољопривредних произвођача, откупљивача и прерађивача. Снажније везе између учесника у ланцу производње и дистрибуције пољопривредних производа важан су предуслов оснаживања домаће понуде и унапређења њене конкурентности у односу на међународне ривале, често подржане и од стране домаћих увозних лобија. У вези са тим, неопходно је подстаћи трендове оснивања и ширења локалних или регионалних пољопривредних задруга, као и пољопривредно-туристичких кластера у оним срединама које имају перспективу раста туристичке тражње. Будућност пољопривреде на овим просторима лежи управо у чврстој конекцији између малих локалних произвођача и локалних потрошача, јер та веза може да осигура ниже трошкове, а тиме и финалне цијене, стабилност испоруке и пласмана, препознатљива својства и квалитете производа који би били плод дугогодишњег искуства и традиције нашег поднебља. Уједно, то је и прилика да се развијају аутохтони производи са заштићеним географским поријеклом, који ће несумњиво имати преимућство у односу на индустријске производе глобалних корпорација из пољопривредно-прехрамбеног сектора.

Сљедећи важан корак је обезбиједити већи буџет за подршку локалним пољопривредним произвођачима кроз један транспарентан систем директне подршке који би по унапријед познатој шеми пласирао буџетска средства ка регистрованим пољопривредним газдинствима, пропорционално величини, врсти, квалитету и значају њихове производње. Таква политика била би у складу са позитивном праксом ЗПП ЕУ, прије свега у домену бриге о стандарду пољопривредника.

Такође, била би и у духу поменутог концепта пољопривредног суверенитета, јер би у том случају индивидуални пољопривредни произвођачи били протежирани у односу на међународне ривале, док би у условима редукције увоза значајно надомјестили тржишне мањкове. Овим кораком би се пољопривредни сектор учинио исплативијим и довољно актрактивним, нарочито када имамо у виду праксе честог одустајања од производње код наших домаћих произвођача, као и негативне трендове миграција из села у град, које су плод вишедеценијске неуспјешне политике на подручју пољопривреде и руралног развоја. Стабилан доходак пољопривредника који се обезбјеђује трансферима из буџета, минимизирао би њихов пословни и тржишни ризик тиме што би их заштитио од посљедица флуктуација тржишних цијена.

Поред наведених мјера, важно је и осигурати континуирану подршку пољопривредницима у сфери јачања инфраструктуре (физичке и комуникационе), затим институција које би вршиле мониторинг и стручни консалтинг, те кроз пројекте јачања иновационих капацитета.

## 5. ЗАКЉУЧАК

У времену кризе, коју многи аутори називају мегаекономском кризом, свијет ће добити сасвим другачије обрисе. На економском удару ће нарочито бити просјечна домаћинства на Западном Балкану, што ће у условима њихових ниских расположивих доходака и текуће структуре потрошње постати озбиљна пријетња по њихову егзистенцију, али и функционисање друштва у цјелини. Прије свега, ако се имају у виду базична инфлација, као и несташице производа на тржишту које су посљедица претјеране ослоњености на увоз пољопривредно-прехрамбених производа и прекида ланаца снабдијевања узроковане одлукама већине земаља о забрани или ограничењу извоза појединих производа, отуда се намеће императив да се државе ослоне на властите ресурсе, али и властите производне капацитете, бар у оним дјелатностима које су кључне за одрживост националне економије и прихватљивог друштвеног стандарда. Једна од тих области је свакако пољопривреда, као и читав прехрамбени сектор. Отуда је важно структуирање ефикаснијих јавних политика које би заштитиле овај слој становништва од трајног погоршања животног стандарда. Данас, у свијету, заступљене су двије суштински дијаметрално супротне парадигме које се баве проблематиком прехрамбеног система. То су прехрамбена сигурност и прехрамбени суверенитет. Концепт прехрамбене сигурности довео је до јачања мултинационалних корпорација у области производње хране и све веће концентрације њихове

моћи, што директно иде на штету малих локалних произвођача и ситних пољопривредних газдинстава, не само на простору региона Западног Балкана, него и у самој ЕУ. Резултат таквих процеса је да храна постаје све скупља, све мање доступна и све мањег квалитета. У покушају да се пронађе рјешење за поменуте проблеме, све више се говори о потреби корекције концепта прехрамбене сигурности и проналажења модела производње хране који ће је учинити доступном свима, без изазивања нежељених негативних екстерналија. У том смислу, концепт прехрамбеног суверенитета говори о праву народа да одреди сопствене одрживе политике и стратегије производње, дистрибуције и потрошње хране на начин који ће гарантовати право на храну цјелокупном становништву, уз уважавање властитог идентитета и разноликости аутохтоних начина производње. Имајући у виду досадашње недостатке, али и позитивне праксе на нивоу ЕУ, као и нове развојне парадигме у пољопривреди данашњице у догледном периоду, у БиХ неопходан је снажан заокрет у правцу јачања локалних пољопривредних капацитета, оснаживања и подизања пољопривредно-прехрамбеног сектора, како би се барем на овом пољу осигурала већа извјесност, стабилност и смањила зависност. Поред веће извјесности за све учеснике, важно је адекватним мјерама подупријети повезивање између локалних пољопривредних произвођача, откупљивача и прерађивача. Такође, неопходно је обезбиједити већи буџет за подршку домаћим пољопривредним произвођачима кроз један транспарентан систем директне подршке који би по унапријед познатој формули пласирао буџетска средства ка регистрованим пољопривредним газдинствима сходно њиховој величини, те врсти, квалитету и значају њихове производње. Овим кораком би се пољопривредни сектор учинио дугорочно исплативим и довољно актрактивним. Стабилан доходак пољопривредника који се обезбјеђује трансферима из буџета минимизирао би пословни и тржишни ризик пољопривредних произвођача тиме што би их заштитио од посљедица флуктуација тржишних цијена пољопривредно-прехрамбених производа.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Alliot, Christophe *et al*., *Agrifood Atlas*, Rosa Luxemburg Stiftung, Heinrich Boll, Friends of the food, Brussels 2017;
2. Vermeulen, Sonja J., Campbell, Bruce M., Ingram, John, S., “Climate change and food system”, *Annual Review of Environment and Resources* 37/2012;

3. Докмановић, Мирјана С., „Прехрамбена сувереност (*Food Sovereignty*) у упоредном праву“, *Страни правни живот* 2/2020;
4. Поповић, Ивана, Бјелић, Предраг, *Европска трговинска интеграција*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2018.

Правни прописи

1. Декларација Уједињених нација о правима сељака и других људи који раде у руралним подручјима, *UNGA Resolution – Universal Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas of 17 December 2018*, UN Doc. A/RES/73/165;
2. Стратегија развоја пољопривреде и руралних подручја Републике Српске 2021–2027;
3. Стратегија пољопривреде и руралног развоја Федерације БиХ за период 2021–2027.

Интернет извори

1. Агенција за статистику БиХ, *https://bhas.gov.ba*;
2. *Via Campesina*, *https://viacampesina.org/en/wp-content/uploads/sites/2/-2018/02/Food-Souvereignty-A-guide-Low-Res-Version.pdf*;
3. ETC Group, Putting the Cartel before the Horse and Farm, 4, 2013, *https://www.etcgroup.org/files/CartelBeforeHorse11Sep2013.pdf*;
4. Ecuador, Ley organica del Regimen de la Soberania Alimentaria, *Registro Oficial Suplemento* 583, 5. 5. 2009, *http://extwprlegs1.fao.org/-docs/pdf/ecu88076.pdf*;
5. Republica Bolivariana de Venezuela, Ley Organica de Seguridad y Soberania Agroalimentaria, *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela*, No 5.891 de fecha 31 de julio de 2008, *http://www.fao.org/-pgrfa_gpa-archive/ven/ley_soberania.pdf*;
6. Републички завод за статистику Србије, *https://www.stat.gov.rs*;
7. Свјетска банка, *https://databank.worldbank.org*;
8. *https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/mps/Documents/Strategija%20razvoja%20poljoprivrede%20i%20ruralnih%20podru%C4%8Dja%20RS%202021-2027.pdf*;
9. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0392&from=BG*.

*Assistant Professor Predrag Mlinarević, LL.D.*
*Assistant Professor Goran Balotić, LL.D.*

Faculty of Economy, University of East Sarajevo

## PRIORITY SECTORAL POLICIES IN WESTERN BALKAN COUNTRIES AS A RESPONSE TO POST-PANDEMIC ECONOMIC CHALLENGES

*Summary*

In the challenging time of the pandemic and immediately after it, radical changes were further complicated by the current war conflict in Europe and all the consequences arising from it. They impose obligation to think differently and redefine social and economic priorities. The current crisis and the challenges ahead require that fundamental strategic goals and action directions be identified at both macro and micro levels. It seems that every economy and the entities that make it up have to rely more than ever on their production capabilities and allocate their available resources to those branches and activities that are key to preserving the sustainability of the national economy and an acceptable social standard. The paper focuses on agriculture and energy as two pivotal branches in a time of uncertainty, instability and scarcity. The analysis will focus on pointing out the necessary directions and priorities in the sectoral policies of the Western Balkans countries.

**Key words:** *Pandemic; Crisis; Agriculture; Energy; Strategy*.

UDC/УДК 336.14:34
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

*Assistant Professor Đorđe Marilović, LL.D.*

Faculty of Law, University of East Sarajevo

# LEGALITY IN BUDGETARY LAW

*Legality in Budgetary Law is a principle of great importance, even though it is not insisted upon in the legal theory and classical legal scientific classifications. In this paper, the author hypothesizes the need to establish a clearly defined principle of legality in connection with all stages of the budget procedure. The premisses on which the research is based are the nature of Budgetary Law as a part of Financial Law and the nature of budget process (procedure) as a special type of legal procedure which, in its various stages, rests equally on the legislative and executive-administrative function of the government. The classical division of budget principles recognizes some features of the budget that can be viewed within the framework of the principle of legality, namely the publicity and authorisation. However, the principle of legality should also be observed in other areas, one of which is legal form of the budget, the formal versus substantial nature of the budget, legal interpretation, etc. The author cites examples from domestic budget law, after which he verifies the proposed hypothesis, and in particular examines the conditioning of the budget by other legal and planning acts.*

**Key words:** Budget; Legality; Principle; Procedure; Law.

## 1. INTRODUCTION

Legality is one of the fundamental legal principles, derived from the very essence of universal human struggle for freedom, equality and protection. It represents the idea that any government should be subject to previously established rules and control regarding the application and compliance with the rules. These rules are often manifested in statutory, law provisions. When it comes to importance and hierarch of control in comparative legal systems, legality review of legal acts is second only to review of constitutionality. Given the fact that budgetary procedure reflects the legislative procedure, and that budget is formally passed as a law or statute, the

Đorđe Marilović, *djordje.marilovic@pravni.ues.rs.ba.*

question rises if budget could be reviewed on the basis of its legality. The specific nature of budget as a political, economic and social act dictates certain differences – budget is not an ordinary law or statute, and its preparation is more than just that of a law. Budget is sometimes predetermined by a general plan, strategy or policy, concerning major economic background, macroeconomic situation, political priorities and participation of numerous stakeholders. Even those legal systems which have only one level, one type of laws, where there are no "higher" organic or systematic laws, face the challenge of determining the hierarchy between various formally adopted frameworks, strategies and plans, which dictate not only the principles of budgeting, but the exact scope of revenue and expenditure.

This article addresses the problem of defining what constitutes the legality of a budget and how should other plans and preceding acts be regarded.

## 2. METHODOLOGY

Legality of budget is assessed using brief overview of the relevant legal theory and literature, followed by positive law analysis and finally tested on rather unusual, unique and complex budgetary systems of Bosnia and Herzegovina, in which there are at least three formal steps that precede the budgetary procedure *per se*. Although the legal systems in Bosnia and Hercegovina are not widely known or internationally influential – moreover, almost as a rule, they have rather been recipients of many different legal transplants – they can serve as a testing ground for otherwise rarely implemented legal institutions and solutions. The research is conducted within the limits of Public Finance Law (sometimes referred to as Financial Law). Constitutional, historical or extensive comparative legal analysis is beyond the scope of this research.

Principle of budgetary legality is not mentioned in most of the literature. As one goes further back in history, it is harder and harder to distinguish the idea of budgetary legality from the principle of legality of taxation, which again leads to very roots of modern democratic representation and decision-making in general (*no taxation without representation* principle). Therefore, the first step to understanding legality of budget is to define modern general concept of legality, while the next step would be to recognise if there are some aspects of the general principle of legality already immanent within existing and widely accepted budgetary principles. Anything besides that, any element of legality which could not be recognised within existing budgetary principles, should be consolidated, integrated and defined under one budgetary principle of legality. The main

hypothesis of this article is that there are certain and important elements of the general principle of legality which are not recognised or mentioned in literature, and which are sufficient for defining a separate budgetary principle – budgetary legality.

## 3. THEORETICAL AND HISTORICAL CONTEXT OF LEGALITY PRINCIPLE IN BUDGETARY LAW

Legality, as a general principle in modern law, is seen as a first and an integral element of the rule of law, especially in Europe where "the concept of the 'Rule of Law', along with democracy and human rights, makes up the three pillars of the Council of Europe and is endorsed in the Preamble to the European Convention on Human Rights".[1] Although there are similar concepts, such as *Etat de droit* (foreseen in the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 in France) or *Der Rechsstaat* (constitutional protection against absolutism defined mostly during XIX century in German theory), and in spite of the existing conceptual relativism regarding this principle in theory[2] the Rule of law principle may be described as a well-established and well-defined legal principle, nationally and internationally.[3]

Principle of legality, which also includes an accountable, transparent and democratic process for enacting law, and implies supremacy of the law, has a prominent place in defining the rule of law principle.[4] It would, therefore, be expected and commonplace to find the legality principle listed amongst other budgetary principles. Nevertheless, this is not the case. Legality in general is not easily defined, and there can be multiple

[1] *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session* (*Venice, 25–26 March 2011*) *on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori*, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e*, 9 January 2023. The Report offers extensive review of different offered definitions of the rule of law in national and international law and in the writings of scholars, judges and others.

[2] This does not necessarily equal negation or degradation of the principle – "the contestation between rival conceptions deepens and enriches all sides' understanding of the area of value that the contested concept marks out". J. Waldron, "The Rule of Law as an Essentially Contested Concept", *The Cambridge Companion to the Rule of Law* (eds. J. Meierhenrich, M. Loughlin), Cambridge University Press, 2021, 134.

[3] L. Pech, "The Rule of Law as a Well–Established and Well–Defined Principle of EU Law", *Hague Journal on the Rule of Law* 14/2022, 107–138, *https://doi.org/10.1007/s-40803-022-00176-8*, 9 May 2023.

[4] *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session* (*Venice, 25–26 March 2011*) *on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori*, 10.

variants of this principle in one judicial and legal system.[5] Legality can be defined as the supremacy of law, and offers legal certainty. In other words, legality prevents exertion of arbitrary power. While legality has traditionally been presented as a characteristic or principle of national law, this is no longer the case. For instance, there are authors who recognise three overlapping, colluding, competing and mutually anchored legal orders in Europe that impose requirements regarding legislation and legality – national constitutional legal order, legal order of the EU and the "European public order" or human rights standards contained in the European Convention of Human Rights.[6] Moreover, the way in which international law expresses the principle of legality is the principle *pacta sunt servanda*.[7]

Budgetary Law, and budgetary procedure and control rest upon several widely recognized budgetary principles. Those usually include unity, budgetary accuracy, annuality, equilibrium, unit of account, universality, specification, sound financial management and transparency,[8] sustainability, realistic planning, responsibility, publicity, (previous) authorisation etc.[9] Legality is usually not explicitly mentioned, but it does not mean it is completely missing. After all, budgets (at least central budgets at state level) are usually laws, adopted and proclaimed by legislature. It is important to point out that not all of the mentioned principles should be equally noted. "Budgetary principles are not universally applied in the same manner: it all depends on historical, political and economically social

[5] Such as the principle of legality in UK jurisprudence and law, which has often been treated as a unitary principle by both courts and commentators, but "deeper doctrinal analysis reveals that several different variants exist". J. Varuhas, "The Principle of Legality", *Cambridge Law Journal* 3/2020, 579, 613.

[6] L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal, "Introduction: Legality in Multiple Legal Orders", *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (eds. L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal), Kluwer Law International, 2011, 4–5.

[7] *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session* (*Venice, 25–26 March 2011*) *on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori*, 10.

[8] These principles have been explicitly mentioned in EU annual budgets – Definitive adoption (EU, Euratom) 2023/278 of the European Union's annual budget for the financial year 2023, *Official Journal of the European Union* L 58, 23.2.2023, Introduction to the Union's Annual Budget.

[9] Yugoslav, Serbian and Croatian scholars and theory of budgetary law list more or less the same principles, with minor differences: J. Lovčević, *Institucije javnih finansija*, Službeni list, Beograd 1997, 225–247; I. Dautbašić, *Finansije i finansijsko pravo*, "Svjetlost" OOUR Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Sarajevo 1983, 127–133; B. Jelčić, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb 1998, 492–505; B. Jelčić, *Javne financije*, RRiF-plus d.o.o. za nakladništvo i poslovne usluge, Zagreb 2001, 510–522; M. Anđelković, *Budžetsko pravo*, Pravni fakultet Niš, Centar za publikacije, Niš 2010, 45–61; N. D. Tošić, *Budžetska kontrola*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2013, 27–39.

conditions under which they are manifested."[10] Pragmatic reasons dictate the application of certain *technical* principles, that are not eternal social laws or truths, but rather well known, tested and trusted, agreed upon constants which enable smooth and generally predictable budgeting.[11]

If there is any budgetary principle that should be distinguished as a genuine and universal principle, and not just a technical *know-how* of budgeting, it is the principle of budgetary legality. Meaning and roots of budgetary legality can be traced back in history of budgeting. There are two parts of any budget, or two sides of the budgeting phenomena, revenue and expenditure. These two aspects of budgets have not evolved the same – legality concerning revenue developed differently and mostly separately from the legality of public expenditure. Different societies in different historical moments had diverse ways of creating legal guarantees regarding revenue side and expenditure side of the budget. One thing which they all have in common was the emerging and eventually growing role of the representative body, the parliament or assembly.[12] The nature of the representation has changed, from feudal class-based councils and predecessors of parliaments that we now know of, along and with the evolution of parliamentarianism, all the way to modern role of parliament in deciding and voting on budget. Even the right to vote has sometimes been associated with taxpayer status (taxpayer suffrage), therefore significantly effecting the budget cycle.[13]

The beginning of the development of a national budget was tied to the age of feudal dualism, when, unlike during the era of patrimonial reign and the period of absolute monarchy, "the income from the royal estate is still significant, however, the significance of other income forms was increasing (e.g. jus regalium, levy)."[14] On the expenditure side, during the same

[10] "Буџетска начела нису примењена свуда истоветно: све зависи од историјских, политичких и економско – социјалних услова у којима се јављају. Иста држава, под измењеним политичким или економским условима, може нека начела усвојити, док у исто време друга напустити. Уопште узев, технички принципи буџета немају снагу неких вечних друштвених закона, него су у дугим периодима јавног газдовања опробане и праксом проверене константе." J. Lovčević, 223.

[11] *Ibid.*

[12] There are certain difficulties when it comes to budgetary or general legal terminology comparison, especially when comparing European, continental legal systems with Common law. See: A. Guigue, *Les origines et l'évolution du vote du budget de l'Etat en France et en Angleterre,* Droit. Université de Savoie, 2005, *https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/tel-01131633*, 28 February 2023, 10–22.

[13] T. S. Aidt, G. Mooney, "Voting suffrage and the political budget cycle: Evidence from the London Metropolitan Boroughs 1902–1937", *Journal of Public Economics* 112/2014, 68, 70.

[14] Z. Pfeffer, "The Development of Modern Budgetary Law in the European Legal Culture", *Journal on European History of Law* 2/2020, 89.

era expenditures began to lose their private law nature, and aristocrats had to acquire permission to levy taxes.[15] Further evolution of budget was not merely a financial or economic phenomenon, but a crucial factor for the emergence end establishment of constitutionalism. "Many studies have found that the modern constitutional polity emerged in early modern Europe when monarchs in England, France and the Austro–Hungary Empire were forced to surrender part of their absolute power to parliamentary institutions most of all in exchange for the agreement to impose new taxes."[16] The fundamental importance of the budget with regard to the dominant role of the parliament over the executive, has been so profound that it led some scholars to believe that superiority of the parliament over the executive "is only a survival of the Revolution and once the executive has become representative, the vote of the budget by the parliament should no longer be imposed".[17]

On the revenue side, the role of taxation was not the same in comparative legal history. Unlike taxation in China, for instance, where taxation did not lead to development of constitutionalism, the legal history of the West demonstrates the opposite – "constitutional government arises from the efforts of citizens to constrain an absolute monarch's tax–raising powers".[18] The role of the Parliament should not be idealised or seen as necessarily optimal – the legislature often values short-term effects, it is prone to maximizing budget spending.[19] "It is generally assumed that if parliament has much power to change the proposed budget, it is likely that budget deficits will be higher than proposed by the government".[20] While the role of the Parliament has mostly been to constrain, limit taxation, it also turns out to be one of the factors that boost spending. Disparities in tendencies between the legislator and the executive, regarding the budget, tend to exist not only within short-term planning, but also with regard to long-term planning – "Congress and the executive branch of the federal government

[15] *Ibid.*

[16] Y. Xu, "No Taxation without Representation: China's Taxation History and its Political–Legal Development", *Hong Kong Law Journal* 39/2009, 516–517.

[17] M.-J. Redor, *De l'état légal à l'état de droit: L'évolution des conceptions de la doctrine publicist française 1879-1914*, Thèse d'Etat soutenue en juillet 1988 à l'Université Paris, *https://normandie-univ.hal.science/tel-03366507/document*, 22 April 2023, 133.

[18] Yan Xu, 517.

[19] I. Lienert, "Role of the Legislature in Budget Processes", *The International Handbook of Public Financial Management* (eds. R. Allen, R. Hemming, B. H. Potter), Palgrave Macmillan, London 2013, 116.

[20] J. d. Haan, W. Moessen, B. Volkerink, "Budgetary Procedures – Aspects and Changes: New Evidence for Some European Countries", *Fiscal Institutions and Fiscal Performance* (eds. J. M. Poterba, J. v. Hagen), University of Chicago Press, Chicago 1999, 268.

cannot even agree on what economic assumptions should underlie projections of the budget surplus or deficit over periods of up to seven years."[21]

"The power of the purse" should therefore be regulated in order to maximise the effects of beneficial control, and to prevent bringing budgetary cycle to a standstill. Regulation of the budgeting process, for the purpose of this research, can be observed with regard to *formal concept of budgeting* (exact legal form of the budget, form of other relevant acts, hierarchy between different formal budgeting or budget-related acts, etc.) and with regard to different phases of budgetary cycle, various other acts and institutions that are formally separate, but essentially constitute a legal, social, economic, political and historical fundamentals of what we know as *substantial (material) concept of budgeting*.

## 4. IN SEARCH OF THE DEFINITION OF LEGALITY PRINCIPLE IN BUDGETARY LAW

Legal regulation of public finances in general has been historically modelled in the context of political competition between the legislative and executive power and its manifestations are the rules at different levels, which are the part of public finances.[22] Therefore, the principle of legality should be analysed with respect to both the legislature and the executive, and regarding different steps of budgetary procedure (preparation, adoption, execution, control). Nonetheless, one could argue if the two main aspects of the budget – revenue and expenditure – should be both considered in the same manner for the purpose of the definition of this budgetary principle. With regard to which of those two main parts of the budget should exactly the principle of budgetary legality be defined? Similarly, the legality principle may be manifested differently depending on exact phase of the budgetary cycle – preparatory, legislative, executive or control.

The main reason against equal consideration of both revenue and expenditure aspect of budgeting for the purpose of defining legality in budgetary law could be a specific feature of tax law, a characteristic derived from the general legality principle. "Tax law is considered as 'hard law', because unlike many other areas of law, particularly in common law coun-

[21] H. H. Ulbrich, *Public Finance in Theory and Practice*, Routledge, Oxon 2011, 319.

[22] M. Kozieł, "Public Finances as Integral Part of Financial Law", *System of Financial Law: General Part: Conference Proceedings* (ed. P. Mrkývka), Masaryk University, Faculty of Law, Brno 2015, 97.

tries, it is statutory or regulatory law and not based on case law".[23] On the one hand, overall "hardness" of tax law made tax law unresistant to the abuse of law, since it is easier to manipulate a rigid law, while on the other hand the complexity of tax law contributes to tax non-compliance. Principle of legality, in terms of "hard law" fosters restrictive legal interpretation on the tax legislator's and tax administrator's side, which makes room for tax abuse on the taxpayers' end.[24]

Although budget consists of a revenue plan or projection, it does not really affect tax procedure and revenue collection. For instance, if the parliament fails to vote on budget in time, tax law enforcement and tax collection will not be affected. Therefore, essential part of the budget is expenditure planning and allocation, and the principle of legality developed specifically for this purpose in the budgetary law. Legality of taxation is assessed and evaluated in the sphere of tax law, tax procedure, tax regulation and specific tax acts. Although it is not possible to contain all tax rules in one law, all the relevant laws will nevertheless be tax laws, and not a budgetary act.[25] If the principle of the legality of taxation is to be defined as "the rule according to which no tax can be levied on a person without that tax having been provided for by statute, that is to say by an act adopted by the legislative power",[26] and if the act should adequately determine the subject of the tax (the taxable person) – the object of the tax, the tax base and the tax rate, as well as the safeguards for taxpayers, the recipient of the tax, and also the payment procedure and the date on which the tax is due, with the possibility of detailing the tax obligations by means of acts of lower status than the law, on the basis of an express delegation contained in a law[27] – then there is not much, if anything at all, that could be defined taxwise in a budgetary statute, law or other act, except for expected gross tax revenue. However, legality of the revenue can indirectly affect the legality of the budget. "What maintains the normative structure of the public budget is a 'balance law', from which it is extracted that for given expense there

[23] F. Vanistendael, "The Role of (Legal) Principles in EU Tax Law", *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law* (ed. C. Brokelind), IBFD Publications BV, 2014, 30.

[24] Đ. Marilović, "Justice in Tax Matters", *Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović*, Belgrade 2022, 305.

[25] *Scope of the principle of the legality of taxation, particularly in relation to value added tax*, Court of Justice of the European Union, Directorate-General for Research and Documentation, *https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-11/ndr-2018-005_neutralisee_synthese_en.pdf*, 9 May 2023, 7.

[26] *Scope of the principle of the legality of taxation, particularly in relation to value added tax*, 1.

[27] *Ibid.*, 7–8.

must be a correlative source of resources."[28] The existence of public revenue has a role, in this case, of a condition for adoption and execution of the public budget.

Legality of budget can be observed regarding the exact form, or act of the budget. This is the formal aspect of budget legality. At the same time, budget is a phenomenon consisting of several overlapping legal, social, economic, political and historical elements. This is a substantive (material) aspect of the budget. The budgetary legality can be traced and analysed more easily in its formal context.

If a budget for the central level of government is adopted in the form of law, although there are "very different constitutional arrangements, legal constraints on parliaments, political factors and budgetary traditions",[29] the legislative process itself offers certain guarantees for the legality of procedure and adopted act. If, on the other hand, the budgetary procedure ends in something else, and not a law or statute adopted, the importance of budget itself could dictate a worthy form, analogue to what legal from stands for. It depends on the exact provisions of a constitution or at least some general law on budgeting procedure, to specify criteria and key elements which would reflect those of a legislative process. The principle of legality could be realised no matter what the exact legal form of the budget is, as long as the process has the qualities of accountability, transparency and democracy. The exact level of government at which the budget is adopted makes a difference concerning legality. The central level of government is expected to adopt a law or a similar legal form on particular budget. The local government does not have such a power, and it is quite common for the local assembly or parliament to enact a decision or other formal general legal act containing the budget.

If the budget is associated with other plans or acts, what would be legal significance of such acts? For instance, economic and financial planning document for a multiannual financial framework may set forth the scope of planned revenue and expenditure, and therefore define criteria for the budgeting process and elements of a budget. Although documents of this kind can be seen as "a first step in a real planning of state revenue and expenditure",[30] they usually stipulate economic expectations for the medium-term, and "offer certain benefits of numerical rules without the costs

[28] F. C. Bernardes, P. A. C. Gontijo, "Budgetary Legal Rule Theory", *Journal of Law and Criminal Justice* 1/2019, *http://jlcjnet.com/journals/jlcj/Vol_7_No_1_June_2019/5.pdf*, 9 May 2023, 60.

[29] I. Lienert, 117.

[30] G. Paović-Jeknić, "The Italian Budgetary Law", *Collection of Papers*, Faculty of Law Niš 53/2009, 147.

related to excessive rigidity".[31] In addition, these medium-term acts have to be reviewed and adopted yearly, and therefore are susceptible to change.

Associated legal acts, when it comes to budgeting in federal and decentralised context, can be in the form of approval or other conditional act of a higher instance. Such an act (approval, indorsement) may be a regulated element of the legal form of budget.

In addition to the framework and multiannual documents, and associated legal acts, the budget can be directly influenced by fixed pre-existing expenditure (e. g. debt).[32] This type of expenditure is already existent at the moment of passing the budgetary act (law, bill, statute, decision or else). This is why some scholars argued that the budget does not contain any legal significance when it comes not only to the revenue, but also to pre-existing expenses.[33]

Attempts to understand and define budgetary legality in terms of the *formal* meaning of the budget have been futile. Instead, the only adequate answer, and maybe the only possible solution, is to define the principle of legality as for *substantial* concept of the budget. Otherwise, uncertainties and endless exceptions would create an illusion of the budget, the budget deprived of legal significance, the simulacrum of once significant legal institution, now remnant of old glory. Quite the contrary, budgetary procedure still has a potential to unite or destabilise any society. It affects countless aspects of modern democracies. Without inherent need for legality, the budgeting would be a source of tormenting disagreements and conflicts. It is a complex system of interdependent, yet formally separate acts, laws and institutions that make the budget. The individual *legal act* named "budget" is just an exponent of a much more *complex institution* of budget. The principle of legality in budgetary law can be defined as the accountable, transparent and democratic process for enacting budgetary laws and other budget-related acts, which prevents exertion of arbitrary power of public revenue allocation and budget (expenditure) execution. Certain aspects of this principle are recognised in traditional scholarly classifications of principles of budget. Nonetheless, only systematic examination of legality of the budget can reward with true understanding of the conceptual and practical implications of this principle.

[31] *The State of State Reforms in Latin America* (ed. E. Lora), Stanford University Press, The World Bank, The Inter-American Development Bank, 165.

[32] F. C. Bernardes, P. A. C. Gontijo, 59.

[33] *Ibid.*

## 5. CONUNDRUM OF BUDGETARY SYSTEMS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

The Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina (SRBH) had been one of the federal units in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY). During the dissolution of Yugoslavia in the last decade of 20th century, on the territory of SRBH three de facto states have been created, on the national basis (for Serbs, Croats and Muslims, who were officially renamed to Bosniaks as of 1994[34]). The Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina, renamed to the Republic of Srpska (Literal translation would be The Serbian Republic, or in Serbian: Republika Srpska – RS), declaratively still part of Yugoslavia, was proclaimed on 9 January 1992.[35] Muslim and Croat population organized a referendum on the independence of Bosnia and Herzegovina, proclaimed independence of the Republic of Bosnia and Herzegovina (RBH) in April 1992, and gained international recognition from USA and European states, as well as admission of the RBH to membership in the UN. Croats proclaimed Croatian Community Herzeg Bosna on 18 November 1991 (Croatian Republic Herzeg Bosna as of 28 August 1993).[36] Under the auspices of The US State Department, Bosniaks and Croats agreed in 1994 to a framework for a federation of Croat and Bosniak majority areas in Bosnia and Herzegovina – Federation of Bosnia and Herzegovina.[37]

General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Dayton Peace Agreement, also: Paris Protocol, Dayton Accords or Dayton-Paris Agreement) was reached at Wright-Patterson Air Force Base near Dayton, Ohio, United States, in November 1995, and signed formally in Paris on 14 December 1995, which ended the war. The Constitution of

---

[34] The noun Muslim (Serbo-Croatian: *Musliman*) had been used in SRBH Constitution and later in RBH Constitution up until 30 March 1994 – Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina (*Ustav Republike Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst*), *Official Journal of the Republic of Bosnia and Herzegovina – O. J. RBH*, No. 5/93; Change from Muslim to Bosniak was later officially recognised (Serbo-Croatian: *Bošnjak*) – Constitutional Law Ammending the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina (*Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava Republike Bosne i Hercegovine*), Art. 7, *O. J. RBH*, No. 8/94. The official language mentioned it the SRBH Constitution and RBH Constitution at the time was Serbo-Croatian or Croato-Serbian.

[35] Declaration on the Proclamation of the Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina (*Декларација о проглашењу Републике Српског народа Босне и Херцеговине*), *Official Gazette of the Republic of Srpska – O. G. RS*, No. 2/92.

[36] "Herceg Bosna", *Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje*. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021. *http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=25102*, 16 December 2021.

[37] Washington Agreement, United States Institute of Peace, *http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/washagree_03011994.pdf*, 9 January 2022.

Bosnia and Herzegovina was stipulated in Annex 4 of the Agreement, and consists of 12 articles and 2 annexes.[38] It has only had one Amendment since 1995 and is still in force. Bosnia and Herzegovina (BH), according to the BH Constitution, consists of the two Entities, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska.[39]

BH Constitution proclaimed that – "The Republic of Bosnia and Herzegovina, the official name of which shall henceforth be 'Bosnia and Herzegovina', shall continue its legal existence under international law as a state, with its internal structure modified as provided herein and with its present internationally recognized borders."[40] Nevertheless, it also stipulates the principle of continuation of laws: "All laws, regulations, and judicial rules of procedure in effect within the territory of Bosnia and Herzegovina when the Constitution enters into force shall remain in effect to the extent not inconsistent with the Constitution, until otherwise determined by a competent governmental body of Bosnia and Herzegovina."[41]

According to these provisions, the original articles 61, 62, 70, 90 and 102 of the Republic of Srpska Constitution regarding budgeting principles have not been changed since its creation (1992) in spite of the new B&H Constitution (1995). These articles are constitutional legal grounds for the existence of the Budgetary system of the Republic of Srpska, currently the oldest in Bosnia and Herzegovina.[42] Budgetary system of Federation of Bosnia and Herzegovina was created in 1994. Unlike most budgets in European legal tradition and Yugoslav legal history, the Budget covering the expenditures required to carry out the responsibilities of the Institutions of Bosnia and Herzegovina and the international obligations of Bosnia and Herzegovina had been financed by the means of The Federation (two-thirds of the revenues required by the budget) and the Republic of Srpska

[38] The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina – Dayton Peace Agreement, Paris 1995, Annex 4 – Constitution of Bosnia and Herzegovina – BH Constitution, *https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf* , 16 December 2021. Neither the Dayton Peace Agreement nor the BH Constitution *per se* have ever been published in official journals and gazettes in Bosnia and Herzegovina.

[39] B&H Constitution, I 3.

[40] B&H Constitution, Art. I 1.

[41] B&H Constitution, Annex II, Art. 2.

[42] The understanding of fiscal and budgetary relations in Bosnia and Herzegovina can be a demanding task. More on the evolution of fiscal systems in Bosnia and Herzegovina: Đ. Marilović, "Joint audits from Bosnia and Herzegovina's perspective: Should domestic relations be arranged first", *Collection of Papers "Controversies of The contemporary Law"*, Faculty of Law, University of East Sarajevo, East Sarajevo 2022, 411–419, 428–431.

(one-third of the revenues required by the budget).[43] In 2003, the Entities transferred the constitutional power, or responsibility, concerning indirect taxation, to the B&H Institutions, what was the way to creating the Indirect Taxation System, and directly securing all the revenue needed for covering the expenditures required to carry out the responsibilities of the institutions and of the international obligations of Bosnia and Herzegovina.

The changes with regard to financing of the Bosnia and Herzegovina institutions were carried out under strong external political pressure and highly questionable legality. "Nevertheless, consensual decision-making made a significant impact on these changes, which is reflected not only in the agreed transfer of responsibilities in the field of indirect taxation, but also in the harmonization of fiscal policies in B&H through the work of the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina."[44]

There is multitude of topics concerning budgets in Bosnia and Herzegovina that could be analyzed and studied with regard to principle of legality in budgetary law – the Budget of the institutions of Bosnia and Herzegovina has been timely adopted for only five out of the last 23 years,[45] there are certain regulations adopted contrary to the relevant legal framework,[46] some budgetary and fiscal instruments of central control over the local communities of self-governance are contrary to the constitutional principle of local autonomy,[47] there are examples of budget planning and reporting contrary to the principle of institutional autonomy,[48] etc. One topic stands out. The main premise for the adoption of budgets of the Entities, and the budget of the institutions of Bosnia and Herzegovina and the international obligations of Bosnia and Herzegovina, is previous conclu-

[43] B&H Constitution, Art. VIII 3.

[44] Đ. Marilović, "Financing of the Institutions of Bosnia and Herzegovina", *Collection of papers "Constitutionalization of Bosnia and Herzegovina", Collection of Papers "Controversies of the Contemporary Law",* Faculty of Law, University of East Sarajevo, East Sarajevo 2021, 252, 253–255.

[45] Budget, Ministry of Finance and Treasury of Bosnia and Herzegovina, *https://www.mft.gov.ba/Content/Read/usvojeni-budzet?lang=sr*, 22 April 2023.

[46] Обавјештење о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости, Уставни суд Републике Српске, Бања Лука, децембар 2022.

[47] For instance, the adoption of the budget of local communities of self-governance is conditioned upon admission from the central Government of Republic of Srpska, what is contrary to the constitutional principle of self-governance and financial autonomy – Law on Fiscal Responsibility in the Republic of Srpska, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, No. 94/15, 62/18, art. 10; Law on Local Self-Governance, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, No. 97/16, 36/19, 61/21, art. 18.

[48] E.g. recent inclusion of Fund 02 budgetary classification (public revenue realized under special regulations, such as associated income of different units) into centralised planning and approval – see recent changes in Regulation on Financial Reporting of Budgetary Units, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, No. 15/17, 17/22, art. 14–15.

sion of the special fiscal framework agreement. After an initial decade of overdue adoption of Budget for the institutions of Bosnia and Herzegovina and the international obligations of Bosnia and Herzegovina, Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina was adopted in 2008.[49] It established the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina, tasked with coordinating the fiscal policy in Bosnia and Herzegovina with the aim of promoting the overall macroeconomic stability and fiscal sustainability. Fiscal Council is made of six members (Chair of the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina, President of the Republic of Srpska Government, Prime Minister of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Minister of Finance and Treasury of Bosnia and Herzegovina, Minister of Finance of the Republic of Srpska and Minister of Finance of the Federation of Bosnia and Herzegovina), where each constituent people in Bosnia and Herzegovina has at least one representative. In addition, Governor of the Central Bank of Bosnia and Herzegovina and President of the Brcko District Government may attend the sessions of the Fiscal Council as observers without the voting right.[50]

The main instrument of the coordination is Agreement on the Adoption of the Global Framework of Fiscal Balance and Policies in Bosnia and Herzegovina, which is adopted and signed annually between the Government of the Federation of Bosnia and Herzegovina, the Government of the Republic of Srpska and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina for a three year period. "The Fiscal Council of B&H became operational in 2008 and submitted budgets for B&H institutions. It was the first time since the Dayton Agreement that the following year's budget was submitted for adoption before December 31. The B&H Parliamentary Assembly approved the budget in January 2009. According to the EC Progress Report, B&H made progress toward 'improving fiscal sustainability and entrenching the rule of law'."[51] Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina stipulates that the executive (the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina, the Government of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska Government) shall, firstly, respectively adopt their Framework Budget Documents (FBDs), and secondly, propose and forward to the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, or to the Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina, or to the Republic of Srpska National Assembly as appropriate,

[49] Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of BiH*, 63/08.

[50] *Ibid.*, Art. 3.

[51] The Republic of Srpska 2nd Report to the UNSC, Government of the Republic of Srpska, *https://www.vladars.net/eng/Documents/Letter%20Report%20Annex%5B1%5D.pdf*, 22 April 2023, para. 33.

into the relevant procedure the Budget for the coming year for adoption in accordance with the budgetary calendar.[52] Furthermore, the Law states that in the event that any of the parties have violated the Agreement or the Law, the violating party shall be sanctioned, by depositing an amount of 10% out of the amount of downward departure below the established fiscal objective to its own escrow account.[53]

The legality principle of budgetary might be challenged if the above-mentioned provisions of the Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina are not understood correctly. The three executives agree upon the budgetary limits and propose and forward the drafted budgets to the relevant parliaments or assemblies. However, the legislature does not fall under the scope of the Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina. Therefore, it should not be surprising if some of the legislatures decide not to follow the Agreement strictly, especially in case of socio-economic destabilization or major market volatility.

In 2011, the Republic of Srpska adopted the Law on Execution of the Budget of the Republic of Srpska for 2011, *Official Gazette of the Republic of Srpska* No. 1/11 and the Decision on Adoption of the Budget of the Republic of Srpska for 2011, *Official Gazette of the Republic of Srpska* No. 1/11, that were challenged before the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, with reference to the Law on Fiscal Council in Bosnia and Herzegovina.[54] The Constitutional Court dismissed the request as ill-founded, since "the adoption of the law on Entity budget is indisputably within the competence of the legislative body of the Entity. In the particular case the National Assembly of the Republika Srpska passed the law of the budget of that Entity in which the Constitutional Court does not see anything controversial."[55] Without further constitutional analysis, is should

[52] Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina, Art. 7–8.

[53] Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina, Art. 13.

[54] The Law and Decision were challenged "due to the fact that the National Assembly of the Republika Srpska, in the absence of an agreement on global framework of fiscal balance and policies in Bosnia and Herzegovina stipulated by Article 6 of the Law on Fiscal Council in Bosnia and Herzegovina, instead of proposing a decision on interim financing in accordance with Article 12(2) of the same Law, adopted the challenged law and the challenged decision, thereby 'violating the principles of a coherent process of enactment of the budget in Bosnia and Herzegovina, violating also the principles of the fiscal policy as established by the regulations of Bosnia and Herzegovina, i.e. it did not comply with the procedure prescribed by the Law on Fiscal Council in Bosnia and Herzegovina, adopted by the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, thereby slipping into the framework of the powers previously transferred by the Agreement in the Field of Indirect Taxation to the authority of the state of Bosnia and Herzegovina'." Decision on Admissibility and Merits in case no. U 2/11, The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_en/U-2-11-437009.pdf*, 22 April 2023.

[55] Decision on Admissibility and Merits in case no. U 2/11, Para. 54.

be stated that, in this case, the Constitutional Court considered if the National Assembly of the Republic of Srpska adopted the Budget in the same nominal amount as for the previous year, mentioning what is prescribed by Article 12(3) of the Law on Fiscal Council. Notwithstanding, the mentioned provision stipulates only the obligation of the executive. The Republic of Srpska Constitution, on the other hand, stipulates that National Assembly, the legislature, adopts the Budget, which the Government proposes and forwards. The principle of legality in this case transposes into the realm of constitutionality. If the National Assembly does not support the Government's proposal, it would be hard to imagine that anyone would argue that members of the parliament could be ordered by law to support any Draft Budget just because the executive forwarded the Draft. In contrast to that, the situation regarding the Bosnia and Hercegovina's Parliamentary Assembly would be quite different. The Constitution of Bosnia and Herzegovina gives the Entities, as well as the three constituent peoples, certain instruments and influence that can be exerted if the vital interest of the Entity or any people is not met. In that case, the analysis of the budgetary legality would take a completely different turn.

Specific, contractual nature of the Global Framework of Fiscal Balance and Policies in Bosnia and Herzegovina would, in some degree, allow for application of the internationally orientated aspect of the budgetary legality principle. "The principle *pacta sunt servanda* is the way in which international law expresses the principle of legality".[56] It is worth mentioning that the Global Framework of Fiscal Balance and Policies in Bosnia and Herzegovina is adopted in the form of contract, and more importantly, between three equal parties. Two of three parties are the Entities which constitute Bosnia and Herzegovina, and the third represents the Institutions of Bosnia and Herzegovina. The application of *pacta sunt servanda* aspect of the legality principle in the internal law in Bosnia and Herzegovina would maybe contribute to understanding of the principles of budgetary legality and legality in general, but it would require a separate research altogether.

## 6. CONCLUSION

The principle of legality in budgetary law can be defined as a need for an accountable, transparent and democratic process for enacting budgetary laws and other budget-related acts, which prevents exertion of arbitrary power of public revenue allocation and budget (expenditure) execution.

[56] *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session* (*Venice, 25–26 March 2011*) *on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori*, 10.

The principle should be applied to a budget in the broad sense, i.e. to a substantial (material) meaning of budget, and not only to formal meaning. This way, legality is to be observed as a universal principle and a part of a more general principle of the rule of law. Budgetary law is impossible to reduce or contain in any specific legal act. On the contrary, positive budgetary law is a rather complex system of legal acts, one of which is law, decision or any other act on a specific budget. The principle of legality should be applied to that exact system, and only then will the individual budgetary legal acts be in accordance with the principle of legality. The definition given here can be tested on the example of budgetary systems in Bosnia and Herzegovina. The test shows that little can be done to understand the legality of a single budgetary legal act if no systematic approach is taken. Moreover, it confirms the idea that a single budget depends on various political and economic plans and preparatory processes. Principles that are usually mentioned in the relevant literature are insufficient for the success of the effort to understand end explain legality of a budget system of such a complexity and uniqueness.

The analysis, we believe, confirms the hypothesis that there are certain and important elements of the general principle of legality which are not recognised or mentioned in literature, and which are sufficient for defining a separate budgetary principle – budgetary legality. This article is aimed at recognising and explaining those important elements, for which the dedicated definition of legality in budgetary law is offered.

## LIST OF REFERENCES

### Scientific works

1. Aidt, Toke S., Mooney, Graham, "Voting suffrage and the political budget cycle: Evidence from the London Metropolitan Boroughs 1902–1937", *Journal of Public Economics* 112/2014;
2. Anđelković, Mileva, *Budžetsko pravo*, Pravni fakultet Niš, Centar za publikacije, Niš 2010;
3. Besselink, Leonard, Pennings, Frans, Prechal, Sacha, "Introduction: Legality in Multiple Legal Orders", *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (eds. L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal), Kluwer Law International, 2011;
4. Dautbašić, Ismet, *Finansije i finansijsko pravo*, "Svjetlost" OOUR Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Sarajevo 1983;
5. Haan, Jakob de, Moessen, Wim, Volkerink, Bjorn, "Budgetary Procedures – Aspects and Changes: New Evidence for Some European Countries", *Fiscal Institutions and Fiscal Performance* (eds. J. M. Poterba, J. v. Hagen), University of Chicago Press, Chicago 1999;

6. Jelčić, Barbara, *Javne financije*, RRiFplus d.o.o. za nakladništvo i poslovne usluge, Zagreb 2001;
7. Jelčić, Božidar, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb 1998;
8. Kozieł, Michal, "Public Finances as Integral Part of Financial Law", *System of Financial Law: General Part: Conference Proceedings* (ed. P. Mrkývka), Masaryk University, Faculty of Law, Brno 2015;
9. Lienert, Ian, "Role of the Legislature in Budget Processes", *The International Handbook of Public Financial Management* (eds. R. Allen, R. Hemming, B.H. Potter), Palgrave Macmillan, London 2013;
10. Lovčević, Jovan, *Institucije javnih finansija*, Službeni list, Beograd 1997;
11. Marilović, Đorđe, "Financing of the Institutions of Bosnia and Herzegovina", *Collection of papers "Constitutionalization of Bosnia and Herzegovina"*, Faculty of Law, University of East Sarajevo, East Sarajevo 2021;
12. Marilović, Đorđe, "Joint audits from Bosnia and Herzegovina's perspective: Should domestic relations be arranged first", *Collection of Papers "Controversies of the Contemporary Law*", Faculty of Law, University of East Sarajevo, East Sarajevo 2022;
13. Marilović, Đorđe, "Justice in Tax Matters", *Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović*, Belgrade 2022;
14. Paović-Jeknić, Gordana, "The Italian Budgetary Law", *Collection of Papers*, Faculty of Law Niš 53/2009;
15. Pfeffer, Zsolt, "The Development of Modern Budgetary Law in the European Legal Culture", *Journal on European History of Law* 2/2020;
16. *The State of State Reforms in Latin America* (ed. Eduardo Lora), Stanford University Press, The World Bank, The Inter-American Development Bank;
17. Tošić, Nadežda D., *Budžetska kontrola*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2013;
18. Ulbrich, Holley H., *Public Finance in Theory and Practice*, Routledge, Oxon 2011;
19. Vanistendael, Frans, "The Role of (Legal) Principles in EU Tax Law", *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law* (ed. C. Brokelind), IBFD Publications BV, 2014;
20. Varuhas, Jason, "The Principle of Legality", *Cambridge Law Journal* 3/2020;
21. Waldron, Jeremy, "The Rule of Law as an Essentially Contested Concept", *The Cambridge Companion to the Rule of Law* (eds. Jens Meierhenrich & Martin Loughlin), Cambridge University Press 2021;
22. Xu, Yan, "No Taxation without Representation: China's Taxation History and its Political-Legal Development", *Hong Kong Law Journal* 39/2009.

Legal documents and internet sources


1. Bernardes, Flávio Couto, Gontijo, Pedro Augusto Costa, "Budgetary Legal Rule Theory", *Journal of Law and Criminal Justice* 1/2019, *http://jlcjnet.com/journals/jlcj/Vol_7_No_1_June_2019/5.pdf*, 9 May 2023;
2. Budget, Ministry of Finance and Treasury of Bosnia and Herzegovina, *https://www.mft.gov.ba/Content/Read/usvojeni-budzet?lang=sr*, 22 April 2023;
3. Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina (Ustav Republike Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst), *Official Journal of the Republic of Bosnia and Herzegovina – O. J. RBH*, No. 5/93;
4. Constitutional Law Ammending the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina (Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava Republike Bosne i Hercegovine) *O. J. RBH*, No. 8/94;
5. Decision on Admissibility and Merits in Case no. U 2/11, The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, *https://www.ustavnisud.ba/-uploads/odluke/_en/U-2-11-437009.pdf*, 22. April 2023;
6. Declaration on the Proclamation of the Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina (*Декларација о проглашењу Републике Српског народа Босне и Херцеговине*), *Official Gazette of the Republic of Srpska – O. G. RS*, No. 2/92;
7. Definitive adoption (EU, Euratom) 2023/278 of the European Union's annual budget for the financial year 2023, *Official Journal of the European Union* L 58;
8. Guigue, Alexandre, *Les origines et l'évolution du vote du budget de l'Etat en France et en Angleterre*, Droit. Université de Savoie, 2005, *https://hal.univgrenoble-alpes.fr/tel-01131633*, 28 February 2023;
9. "Herceg Bosna", Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021. *http://www.enciklopedija.hr/-Natuknica.aspx?ID=25102*, 31 December 2022;
10. Law on Fiscal Responsibility in the Republic of Srpska, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, No. 94/15 & 62/18;
11. Law on Local Self-Governance, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, No. 97/16, 36/19 & 61/21;
12. Law on the Fiscal Council of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of BiH*, 63/08;
13. Pech, Laurent, "The Rule of Law as a Well–Established and Well–Defined Principle of EU Law", *Hague Journal on the Rule of Law* 14/2022, *https://doi.org/10.1007/s40803-022-00176-8*, 9 May 2023;
14. Redor, Marie-Joëlle, *De l'état légal à l'état de droit: L'évolution des conceptions de la doctrine publicist française 1879-1914*, Thèse d'Etat soutenue en juillet 1988 à l'Université Paris, *https://normandie-univ.hal.science/tel-03366507/document*, 22 April 2023;
15. Regulation on Financial Reporting of Budgetary Units, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, No. 15/17 & 17/22;

16. *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori*, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD-(2011)003rev-e*, 9 January 2023;
17. *Scope of the principle of the legality of taxation, particularly in relation to value added tax*, Court of justice of the European Union, Directorate-General for Research and Documentation, *https://curia.europa.eu/jcms/-upload/docs/application/pdf/2020-11/ndr-2018-005_neutralisee_synthese_en.pdf*, 9 May 2023;
18. The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina – Dayton Peace Agreement, Paris 1995, *https://peacemaker.-un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf*, 9 January 2023;
19. The Republic of Srpska 2nd Report to the UNSC, Government of the Republic of Srpska, *https://www.vladars.net/eng/Documents/Letter%-20Report%20Annex%5B1%5D.pdf*, 22 April 2023;
20. Washington Agreement, United States Institute of Peace, *http://www.-usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/washagree_03011994.pdf*, 9 January 2023.

*Доц. др Ђорђе Мариловић*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

## ЗАКОНИТОСТ У БУЏЕТСКОМ ПРАВУ

*Сажетак*

Законитост у буџетском праву има велики значај иако се не наводи изричито међу буџетским начелима у класичним теоријским подјелама и дефиницијама. У овом раду, аутор поставља хипотезу о потреби успостављања јасно одређеног начела законитости у вези са свим фазама буџетског поступка. Претпоставке на којима је засновано истраживање јесу природа буџетског права као дијела финансијског права и природа буџетског поступка као посебне врсте правног поступка који у својим различитим фазама једнако почива на законодавној и извршно-управној функцији власти. Класична подјела буџетских начела препознаје неке одлике буџета које се могу сагледавати и у оквирима начела законитости, а то су првенствено јавност и претходно одобрење. Међутим, начело законитости требало би посматрати и у другим равнима, попут питања правне форме буџета, односа форме и садржине буџета, правног тумачења, и др. Аутор наводи примјере из домаћег буџетског права, спрам чега провјерава понуђену хипотезу, а посебно сагледава условљеност буџета другим правним и планским актима.

**Кључне ријечи:** *Буџет; Законитост; Начело; Поступак; Право*.

# СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У ЗБОРНИКУ РАДОВА „ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА“, У ЧЕТИРИ ТОМА

## СА XI. НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА

**који је одржан 5. новембра 2022. год. на Палама**

(по азбучном реду, са назнаком државе из које су)

1. Амповска, Марија, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев” у Штипу, Сјеверна Македонија;
2. Алихоџић, Јасмина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
3. Бејатовић, Станко, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
4. Беванда, Марко, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
5. Благић, Драган, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
6. Боланча, Драган, редовни професор Правног факултета Универзитета у Сплиту, Република Хрватска;
7. Боранијашевић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
8. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
9. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
10. Бановић, Божидар, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
11. Васиљевић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
12. Васиљевић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, , Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Вековић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
14. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
15. Вујовић, Огњен, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
16. Вуковић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;

17. Вучић, Михајло, виши научни сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
18. Говедарица, Младенка, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
19. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
20. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
21. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
22. Дајовић, Горан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
23. Дамјановић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
24. Дамјановић, Јелена, ванредни професор Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
25. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета и Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
26. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
27. Димитријевић, Душко, научни савјетник Института за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
28. Димитријевић, Марина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
29. Димић, Сузана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
30. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
31. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
32. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
33. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
34. Дураковић, Анита, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
35. Ђерић, Бранко, редовни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;

36. Ђокић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
37. Ђорђевић, Славко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
38. Ђурђић Милошевић, Тамара, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
39. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
40. Ђурић, Владимир, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
41. Етински, Родољуб, редовни професор Правног факултета Универзитета Доња Горица, Црна Гора;
42. Илић Попов, Гордана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
43. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
45. Јовановић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
46. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
47. Јотановић, Раденко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
48. Камбовски, Игор, Редовни професор Правног факултета Универзитета "Гоце Делчев" у Штипу, Сјеверна Македонија;
49. Карбоне, Маријатереза, редовни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
50. Каћаће, Симона, доцент Правног факултета Универзитета у Бреши, Италија;
51. Кнежевић, Марко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија; 1
52. Кнежевић, Саша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија
53. Ковачевић, Дарко, ванредни професор Филозофског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
54. Костић, Милан, редовни професор Економског факултета у Крагујевцу, Република Србија;
55. Краљић, Сузана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору, Република Словенија;
56. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

57. Крешић, Борис, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина;
58. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
59. Кривокапић, Борис, редовни професор, Пословни и Правни факултет Универзитета „МБ“ Београд, Република Србија, Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, Руска Федерација;
60. Крстић, Новак, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
61. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
62. Лалић, Велибор, ванредни професор Факултета безбједности Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
63. Лалић, Срђан, ванредни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
64. Лепетић, Јелена, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
65. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Италија;
66. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
67. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
68. Лукић, Радомир В., редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
69. Мариловић, Ђорђе, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
70. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
71. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
72. Марковић, Сузана, доцент Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
73. Матић Матешковић, Инес, доцент Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
74. Медар, Сузана, доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија;
75. Мезеи, Питер, редовни професор Факултета правних и политичких наука Универзитета у Сегедину, Република Мађарска;
76. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
77. Миладиновић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;

78. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
79. Милотић, Иван, ванредни пофесор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
80. Миљковић, Страхиња, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија
81. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
82. Мишкић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Млинаревић, Предраг, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
84. Мораит, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
85. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;
86. Надаждин Дефтердаревић, Мирјана, редовни професор, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
87. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
88. Новаковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија
89. Онида, Пјетро Паоло, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
90. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
91. Павловић, Гојко, доцент, Истраживачки центар, Бања Лука, Босна и Херцеговина, Република Српска;
92. Палачковић, Душица, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
93. Пена, Урош, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
94. Перић Ковачевић, Слободанка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
95. Перишић Ћеранић, Јелена, научни савјетник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
96. Петковић, Игор, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
97. Петров, Владан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

98. Петровић, Борислав, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина;
99. Петровић, Стојана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
100. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
101. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија
102. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
103. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
104. Прлаиновић Јовић, Олга, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
105. Радивојевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
106. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
107. Радуловић, Срђан, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
108. Радојевић, Мијодраг, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, Република Србија;
109. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
110. Ракић, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
111. Раковић, Ђорђе, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Реублика Српска;
112. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска; 2
113. Ринолфи, Кристијана, доцент Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
114. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
115. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
116. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
117. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;

118. Сакоћио, Антонио, редовни професор Правног факултета Универзитета „Сапјенца“ у Риму, Италија;
119. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
120. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
121. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
122. Станковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
123. Старчевић, Јелена, доцент, Педагошки факултет у Бијељини Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
124. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
125. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
126. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Тешић, Ненад, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
128. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;
129. Тузов, Данил Олегович, ванредни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Виша школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
130. Тупеша, Ненад, Редовни професор Православног богословског факултета „Свети Василије Острошки“ у Фочи, Универзитта у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
131. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
132. Хаџић, Мехмед, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
133. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
134. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
135. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија
136. Човић, Ана, Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;

137. Чолаковић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
138. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
139. Џафче, Сејдефа, редовни професор Правног факултета и политичких наука Универзитета АУЕ–ФОН, Сјеверна Македонија;
140. Шаула, Валерија, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
141. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
142. Шокињов, Стефан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија.

**LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN PROCEEDINGS "LAW BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION" IN FOUR VOLUMES WITH XI SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE DAY OF THE FACULTY OF LAW**

**which was held on November 5, 2022. at Pale**

**(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)**

1. Academician Full Professor Bejatović, Stanko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
2. Academician Full Professor Petrović, Borislav, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
3. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
4. Full Professor Antonio Saccoccio, PhD, Faculty of Law, University of "Sapienza" Rome, Republic of Italy;
5. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
6. Full Professor Bevanda, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
7. Full Professor Bolanča, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Split, Republic of Croatia;
8. Full Professor Boranijašević, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
9. Full Professor Brković, Radoje, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
10. Full Professor Banović, Božidar, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade, Republic of Serbia;
11. Full Professor Carbone, Mariateresa, PhD, Magna Graecia University of Catanzaro, Republic of Italia;
12. Full Professor Dimitrijević, Marina, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
13. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
14. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
15. Full Professor Đerić, Branko, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
16. Full Professor Đorđević, Slavko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

17. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
18. Full Professor Etinski, Rodoljub, PhD, Faculty of Law, University of Donja Gorica, Montenegro;
19. Full Professor Ilić-Popov, Gordana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
20. Full Professor Jašarević, Senad, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
21. Full Professor Jovanović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
22. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
23. Full Professor Knežević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
24. Full Professor Knežević, Saša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia,
25. Full Professor Kostić, Milan, PhD, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
26. Full Professor Kraljić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Maribor, Republic of Slovenia;
27. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
28. Full Professor Krivokapić, Boris, PhD, Faculty of Business and Law, „MB" University, Belgrade, Republic of Serbia; Law Faculty, Samara National University „S. P. Korolev", Samara, Russian Federation;
29. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
30. Full Professor Lobrano, Giovanni, PhD, Pontifical Catholic University of Peru, University of Sassari, Republic of Italy;
31. Full Professor Lončar, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
32. Full Professor Lukić, Radomir V., PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
33. Full Professor Marković, Goran, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
34. Full Professor Marković, Ivanka, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
35. Full Professor Mezei, Péter, PhD, University of Szeged, Hungary;
36. Full Professor Miladinović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
37. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
38. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

39. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
40. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
41. Full Professor Nadaždin Defterdarević, Mirjana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
42. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
43. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
44. Full Professor Palačković, Dušica, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
45. Full Professor Pena, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
46. Full Professor Perić Kovačević, Slobodanka, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
47. Full Professor Petrov, Vladan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
48. Full Professor Planojević, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
49. Full Professor Popović, Dušan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
50. Full Professor Prlainović Jović, Olga, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
51. Full Professor Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
52. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Radivojević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
54. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
55. Full Professor Rakić, Branko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
56. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
57. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
58. Full Professor Sejdefa Džafče, PhD, Faculty of Law and Political Science, AUE-FON University, Skopje, Republic of North Macedonia;

59. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
60. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
62. Full Professor Šaula, Valerija, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
63. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
64. Full Professor Šokinjov, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia.
65. Full Professor Tupeša, Nenad, PhD, St. Vasilije Ostroški Faculty of Orthodox Theology in Foča, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
66. Full Professor Veković, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
68. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
69. Full Professor, Principal Research Fellow Ćeranić Perišić, Jelena, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
70. Associate Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
71. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
72. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
73. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
74. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Dajović, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
76. Associate Professor Damjanović, Jelena, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
77. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

78. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
79. Associate Professor Dimić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
80. Associate Professor Dragan Gocevski, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Nort Macedonia;
81. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
82. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duraković, Anita, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Govedarica, Mladenka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
86. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
87. Associate Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
88. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
89. Associate Professor Jotanović, Radenko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
90. Associate Professor Kovačević, Darko, PhD, Faculty of Philosophy, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
91. Associate Professor Krstić, Novak, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic Of Serbia,
92. Associate Professor Krešić, Boris, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
93. Associate Professor Lalić, Srđan, PhD, Faculty of Economics Brčko, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
94. Associate Professor Lalić, Velibor, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

95. Associate Professor Lepetić, Jelena, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
96. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
97. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
98. Associate Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
99. Associate Professor Miljković, Strahinja, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
100. Associate Professor Mlinarević, Predrag, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
101. Associate Professor Novaković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
102. Associate Professor Onida, Pietro Paolo, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy;
103. Associate Professor Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
104. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
105. Associate Professor Raković, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
109. Associate Professor Stanković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
110. Associate Professor Tešić, Nenad; PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
111. Associate Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
112. Associate Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
113. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

114. Associate Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
115. Associate Professor Vuković, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
116. Senior Research Fellow Čović, Ana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
117. Senior Research Fellow Dimitrijević, Duško, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Đurić, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
120. 119. Senior Research Radojević, Mijodrag, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
121. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
122. Assistant Professor Cacace, Simona, Faculty of Law, University of Brescia, Italy;
123. Assistant Professor Čelić, Duško, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
124. Assistant Professor Damjanović, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
125. Assistant Professor Đurđić Milošević, Tamara, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
126. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant Professor Kreštalica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
128. Assistant Professor Marilović, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
129. Assistant Professor Marković, Suzana, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
130. Assistant Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
131. Assistant Professor Medar, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
132. Assistant Professor Miškić, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
133. Assistant Professor Pavlović, Gojko, PhD, Research Center, Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Petković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

135. Assistant Professor Petrović, Stojana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
136. Assistant Professor Radulović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
137. Assistant professor Rinolfi, Cristiana, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy
138. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
139. Assistant Professor Tot, David, PhD, Faculty of Law, University of of Pécs, Hungary;
140. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
141. Assistant Professor Vasiljević, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
142. Research Fellow Stjepanović, Bogdana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Право између стварања и тумачења" (11 ; Пале ; 2022)
Зборник радова "Право између стварања и тумачења" = Collection of papers "Law Between Creation and Interpretation". Том IV = Vol. IV / XI Научни скуп поводом Дана Правног факултета, Међународни научни скуп одржан 5. новембра 2022. год. на Палама ; [организатор] Универзитет у Источном Сарајеву, Правни факултет и [суорганизатори] Европска организација за јавно право, Међународни савез правника, Институт за упоредно право, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Институт за криминолошка и социолошка истраживања ; [коуредници Димитрије Ђеранић ... и [др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2023 (Лакташи : Графомарк). - XVII, 408 стр. ; 25 cm

На спор. насл. стр.: Collection of papers "Law Between Creation and Interpretation". - Текст на срп., итал. и енгл. језику. - Текст ћир. и лат. - Тираж 80. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-99938-57-76-1

COBISS.RS-ID 139230721