

Zgodovinski časopis

HISTORICAL REVIEW

ZČ | Ljubljana | 77 | 2023 | št. 3-4 (168) | str. 239–491



Vid Žepič, *Ius publicum in iure privato. Javnopravne prvine v rimskem zasebnem pravu* • Dušan Mlacović, *Kartuzija Bistra in Koper v 14. stoletju* • Ādám Novák, *Seals of John and Ladislaus Hunyadi as the Counts of Bistrița (Beszterce) from the Archives of the Republic of Slovenia* • Anja Dular, *Frankfurtski knjižni sejmi in naši kraji* • Robert Devetak, *Razvoj slovenske prisotnosti v goriškem javnem prostoru pred prvo svetovno vojno* • Nade Proeva, *On rulers' titles and the names of Balkan peoples from the Middle Ages to modern times – Bulgari (Bulgarians), Bulgarini/Bulgareis (Bulgarinians/Bulgareians)* • Biljana Vankovska, *Historical Science in Chains: The Impact of the Bilateral Agreement Between Skopje and Sofia on Freedom of Academic Work*

Zgodovinski časopis

HISTORICAL REVIEW

ZČ | Ljubljana | 77 | 2023 | št. 3-4 (168) | str. 239–491



Izdaja
ZVEZA ZGODOVINSKIH DRUŠTEV SLOVENIJE
Ljubljana

GLASILO ZVEZE ZGODOVINSKIH DRUŠTEV SLOVENIJE

Mednarodni uredniški odbor: dr. Kornelija Ajlec (SI), dr. Tina Bahovec (SI),
dr. Bojan Balkovec (SI) (tehnični urednik), dr. Rajko Bratož (SI),
dr. Ernst Bruckmüller (AT), dr. Liliana Ferrari (IT), dr. Ivo Goldstein (HR),
dr. Žarko Lazarevič (SI), dr. Dušan Mlacović (SI) (namestnik odgovornega
urednika), dr. Božo Repe (SI), dr. Franc Rozman (SI), Janez Stergar (SI),
dr. Imre Szilágyi (H), dr. Peter Štih (SI) (odgovorni urednik), dr. Marta
Verginella (SI), dr. Peter Vodopivec (SI), dr. Marija Wakounig (AT)

Za vsebino prispevkov so odgovorni avtorji, prav tako morajo poskrbeti za avtorske pravice za objavljeno slikovno in drugo gradivo, v kolikor je to potrebno. Ponatis člankov in slik je mogoč samo z dovoljenjem uredništva in navedbo vira.



Redakcija tega zvezka je bila zaključena 10. oktober 2023.

Oblikovanje in oprema: Vesna Vidmar

Sedež uredništva in uprave: Oddelek za zgodovino Filozofske fakultete v Ljubljani,
Aškerčeva 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, tel.: (01) 241-1200,
e-pošta: info@zgodovinskicasopis.si; <http://www.zgodovinskicasopis.si>

Letna naročnina: za leto/letnik 2023: za nečlane in zavode 32 €, za društvene člane 24 €,
za društvene člane – upokoјence 18 €, za društvene člane – študente 12 €.
Cena tega zvezka v prosti prodaji je 16 € (z vključenim DDV).

Naročnina za tujino znaša za ustanove 45 €, za posameznike 35 €
in za študente 25 €.

Plačuje se na transakcijski račun: SI 56020 1 000 12083935
Zveza Zgodovinskih društev Slovenije, Aškerčeva 2, 1000 Ljubljana,
Slovenija
Nova Ljubljanska banka, d.d., Trg Republike 2, 1520 Ljubljana LJBAS12X

Sofinancirajo: Publikacija izhaja s finančno pomočjo Javne agencije za raziskovalno
dejavnost RS

Prelom: ABO grafika d.o.o. – zanjo Igor Kogelnik

Tisk: ABO grafika d.o.o., Ljubljana, december 2023

Naklada: 500 izvodov

Zgodovinski časopis je evidentiran v naslednjih mednarodnih podatkovnih
bazah: Scopus, European Reference Index for the Humanities (ERIH),
Historical Abstracts, International Bibliography of the Social Sciences,
ABC CLIO, America: History and Life, Bibliography of the History of Art,
Ulrich's Periodicals Directory, Russian Academy of Sciences Bibliographies.

<http://www.zgodovinskicasopis.si>
info@zgodovinskicasopis.si



ISSN 0350-5774	
UDK	949.712(05)
UDC	

BULLETIN OF THE HISTORICAL ASSOCIATION OF SLOVENIA (HAS)

International Editorial Board: Kornelija Ajlec, PhD, (SI), Tina Bahovec, PhD, (SI), Bojan Balkovec, PhD, (SI) (Technical Editor), Rajko Bratož, PhD, (SI), Ernst Bruckmüller, PhD, (AT), Liliana Ferrari, PhD, (IT), Ivo Goldstein, PhD, (HR), Žarko Lazarević, PhD, (SI), Dušan Mlacović, PhD, (SI) (Deputy Editor-in-Charge), Božo Repe, PhD, (SI), Franc Rozman, PhD, (SI), Janez Stergar (SI), Imre Szilágyi, PhD, (H), Peter Štih, PhD, (SI) (Editor-in-Chief), Marta Verginella, PhD, (SI), Peter Vodopivec, PhD, (SI), Marija Wakounig, PhD, (AT)

The authors are responsible for the contents of their articles, they must also secure copyrights for the published photographs and figures when necessary. Reprints of articles, photographs, and graphic material are only allowed with explicit permission of the editorial office and must be cited as sources.



The editing of this issue was completed on October 10, 2023.

Design: Vesna Vidmar

Headquarters and Mailing Address: Oddelek za zgodovino Filozofske fakultete v Ljubljani, Aškerčeva 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, phone: +386 1 241-1200, e-mail: info@zgodovinskicasopis.si; <http://www.zgodovinskicasopis.si>

Annual Subscription Fee (for 2023): non-members and institutions 32 €, HAS members 24 €, retired HAS members 18 €, student HAS members 12 €.

Price: 16 € (VAT included).

Subscription Fee: foreign institutions 45 €, individual subscription 35 €, student subscription 25 €
Transaction Account Number: SI 56020 1 000 12083935
Zveza Zgodovinskih društev Slovenije, Aškerčeva 2, 1000 Ljubljana,
Nova Ljubljanska banka, d.d., Trg Republike 2,
1520 Ljubljana LJBASI2X

Co-Financed by: Slovenian Research Agency

Printed by: ABO grafika d.o.o., Ljubljana, December 2023

Print Run: 500 copies

Historical Review is included in the following international databases: Scopus, European Reference Index for the Humanities (ERIH), Historical Abstracts, International Bibliography of the Social Sciences, ABC CLIO, America: History and Life, Bibliography of the History of Art, Ulrich's Periodicals Directory, Russian Academy of Sciences Bibliographies.

<http://www.zgodovinskicasopis.si>
info@zgodovinskicasopis.si



ISSN 0350-5774	
UDK	949.712(05)
UDC	

KAZALO – CONTENTS

Razprave – Studies

- Vid **Žepič**, *Ius publicum in iure privato*.
Javnopravne prvine v rimskem zasebnem pravu246–296
Ius publicum in iure privato. Public Elements in Roman Private Law
- Dušan **Mlacović**, Kartuzija Bistra in Koper v 14. stoletju298–346
The Bistra Carthusian Monastery and Koper in the 14th Century
- Ádám **Novák**, Seals of John and Ladislaus Hunyadi
as the Counts of Bistrița (Beszterce) from the Archives
of the Republic of Slovenia.....348–358
Pečata Ivana in Ladislava Hunyadija, grofov Bistriških
(romun. Bistrița) v Arhivu Republike Slovenije
- Anja **Dular**, Frankfurtski knjižni sejmi in naši kraji360–378
Frankfurt Book Fair and Slovene Territory
- Robert **Devetak**, Razvoj slovenske prisotnosti v goriškem
javnem prostoru pred prvo svetovno vojno.....380–404
The Development of the Slovenian Presence in Gorizia's
Public Space before the First World War
- Nade **Proeva**, On rulers' titles and the names of Balkan peoples
from the Middle Ages to modern times – *Bulgari* (Bulgarians),
Bulgarini/Bulgareis (Bulgarinians/Bulgareians)406–433
O vladarskih nazivih in imenih balkanskih ljudstev
od srednjega veka do današnjega časa
- Biljana **Vankovska**, Historical Science in Chains: The Impact
of the Bilateral Agreement Between Skopje and Sofia
on Freedom of Academic Work434–456
Zgodovinska znanost v verigah: Vpliv dvostranskega sporazuma
med Skopjem in Sofijo na svobodo akademskega dela

V spomin – In memoriam

- Janez Marolt (Milan Lovenjak)458–459

Kongresi in simpoziji – Congresses, Symposia

40. zborovanje Zveze zgodovinskih društev Slovenije
(Aljaž Sekne, Barbara Šatej, Oskar Opassi)462–467

Ocene in poročila – Reviews and Reports

- Klaas Van Gelder (ur.), More than Mere Spectacle: Coronations and
Inaugurations in the Habsburg Monarchy during the Eighteenth
and Nineteenth Centuries (Filip Draženović)470–472
- Mateja Čoh Kladnik, Koširjevi in Matjaževa vojska v Sevnici
(Petra Gabrovec)473–475
- Aleksander Lorenčič: Od sanj o ‘drugi Švici’ v kapitalizem brez
človeškega obraza. Pot gospodarske osamosvojitve in
tranzicija slovenskega gospodarstva (Žiga Smolič).....476–479
- Dejan Pacek (ur.), Ljubljanski nadškof in metropolit dr. Jožef Pogačnik
(Aleš Gabrič).....480–483

* * *

- Navodila avtorjem prispevkov za Zgodovinski časopis484–487
Instructions for Authors
- Letno kazalo Zgodovinskega časopisa 77, 2023488–491
Annual Content of Zgodovinski časopis – Historical Review 77, 2023

Razprave

Vid Žepič
Ius publicum in iure privato.
Javnopravne prvine v
rimskem zasebnem pravu

ŽEPIČ, Vid, mag., asistent, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, SI-1000 Ljubljana, Poljanski nasip 2, vid.zepic@pf.uni-lj.si.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7526-1545>

***Ius publicum in iure privato*. Javnopravne prvine v rimskem zasebnem pravu**

Zgodovinski časopis, Ljubljana 77/2023 (168),

št. 3–4, str. 246–296, cit. 267

1.01 izvorni znanstveni članek: jezik Sn. (En., Sn., En.)

Razprava obravnava javnopravne prvine rimskega zasebnega prava, pri čemer predstavlja vključenost pravne osebe javnega prava v razmerja s subjekti zasebnega prava kriterij za izbor analiziranih institutov. Pravne osebe javnega prava so v izhodiščno zasebnopravnih razmerjih nastopale v oblastni vlogi, v vlogi nadzornika in pravnoposlovnega partnerja. Cilj razprave je ugotoviti, ali in na kakšen način je rimsko pravo zaradi udeležbe pravne osebe javnega prava odstopilo od svojih temeljnih postulatov in po tej poti izoblikovalo posebna »mešana« javno-zasebna pravna razmerja.

Ključne besede: rimsko javno pravo, pravne osebe javnega prava, zgodovina upravnega prava, birokratizacija, delitev prava.

ŽEPIČ, Vid, Master of Law, Teaching and Research Assistant, University of Ljubljana, Faculty of Law, SI-1000 Ljubljana, Poljanski nasip 2, vid.zepic@pf.uni-lj.si .

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7526-1545>

***Ius publicum in iure privato*. Public Elements in Roman Private Law**

Zgodovinski časopis (Historical Review), Ljubljana 77/2023 (168), No. 3–4, pp. 246–296, 267 notes

Language: Sn. (En., Sn., En.)

The aim of this article is to provide an analysis of the public law elements embedded within the fabric of Roman private law. The article focuses on legal relationships regulating private law subjects which were characterised by a particularly large degree of involvement by legal entities governed by public law. Public legal entities performed a threefold role in these seemingly private law relationships: they exercised authority, acted as supervisors, and served as business partners. By virtue of its attempts to accommodate the participation of legal entities subject to public law, Roman law created a distinct category of public-private legal relationships. The central goal of this article is to describe the form and extent to which these relationships deviated from the foundational tenets of the Roman private law.

Keywords: Roman public law, legal entities governed by public law, history of administrative law, bureaucratization, division of law.

1 *Ius publicum*: razpetost med pravom in politiko

1.1 *Summa divisio iuris*

Med idejnozgodovinsko najvplivnejšimi, a vse do danes tudi najspornejšimi delitvami prava, se že vsaj od časov, ko so ustvarjali rimski klasični juristi, pojavlja dvojica zasebnega prava (*ius privatum*) in javnega prava (*ius publicum*).¹ Kot izhodiščno dihotomijo pravnega študija (*studii duae positiones*) jo je prvi izpostavil jurist Ulpijan v zgodnjem 3. stol. po Kr., kasneje pa jo je na začetek Digest in Institucij² v 6. stoletju postavil tudi cesar Justinijan:

D. 1, 1, 1, 2 Ulp. libro 1 institutionum: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

Ulp. D. 1, 1, 1, 2 (Ulpijan v 1. knjigi spisa *Institutiones*): »Študij [prava] obsega dve področji: javno in zasebno pravo. Javno pravo se nanaša na ureditev rimske države, zasebno pravo pa obravnava koristi posameznika: nekatere zadeve se namreč nanašajo na javne, nekatere pa na zasebne koristi. Javno pravo ureja sakralne stvari, svečeništva in magistrature. Zasebno pravo je trodelno: sestavljeno je iz načel naravnega prava (*ius naturale*), prava ljudstev (*ius gentium*) in prava državljanov (*ius civile*).«

Ulpijan za sestavne dele javnega prava izrecno šteje zgolj sakralno in pravo, ki ureja magistrature.³ Njegovo naštevaje, ki je bilo najverjetneje eksemplifika-

* Prispevek je nastal v okviru raziskovalnega programa Vključevanje pravnega izrazja evropskega prava v slovenski pravni sistem (P5-0217), ki ga financirata Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije in Univerza v Ljubljani.

¹ Sistemski prikazi rimskega javnega prava so Lange, *Römische Altertümer* (1.–3. del) (1867); Serrigny, *Droit public et administratif romain* (1.–2. del) (1887); Mommsen, *Römisches Staatsrecht* (1.–3. del) (1887–1888); Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts* (1893); Willems, *Le droit public romain* (1883); Costa, *Storia del diritto romano pubblico* (1920); Burdese, *Manuale di Diritto Pubblico Romano* (1987). Literatura 19. stoletja je javnopravne teme uvrščala med starinoslovje (*antiquitates iuris*, *Staatsaltertümer*), torej zgodovinsko gradivo, ki ločeno od sistema »sodobnega« rimskega prava ni bilo deležno recepcije in je bilo osrednjega pomena za zgodovinarje, manj pa za pravnike. O tem Wenger, *Von der Staatskunst der Römer*, str. 15 ss.

² Inst. 1, 1, 4.

³ Ehrlich (*Beiträge*, str. 159) govori o »Behördenrecht«, kar bi v sodobni delitvi pravnih panog pomenilo v prvi vrsti pravo javne uprave, širše pa bi lahko govorili tudi o upravnem (materialnem) pravu.

tivne narave, bi lahko razumeli širše. Pravila, ki so urejala magistrature, so bila ne nazadnje le eno od oglišč t. i. ustavnega trikotnika licinijsko-sekstijske ustave. Ulpianova opredelitev javnega prava bi potemtakem *tacite* uokvirjala tudi pravila, ki so urejala pristojnosti in poslovanje senata na eni ter komicijev in plebejskega zbora na drugi strani.

Ulpianova delitev pravnih področij ni povsem izvirna. Smiselno jo omenja že Livij, ko pravi, da je bil Zakonik XII. plošč vir vsega javnega in zasebnega prava.⁴ Še slabi dve stoletji starejša je omemba delitve v Terencijevi komediji *Phormio*.⁵ Zаметke zavesti o obstoju dveh oblik posameznikove vpetosti v družbeno življenje je nakazal že Demosten, ki je v 4. stol. pr. Kr. pojasnjeval razliko med državljan-skimi dolžnostmi do kolektivne politične skupnosti na eni in do posameznega sodržavljana na drugi strani:

Demostenes, *In Timocratem* 24, 192: ἔστιν, ὃ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, δὴ εἶδη περὶ ὧν εἰσιν οἱ νόμοι κατὰ πάσας τὰς πόλεις· ὧν τὸ μὲν ἔστιν, δι' ὧν χρῶμεθ' ἀλλήλοις καὶ συναλλάττομεν καὶ περὶ τῶν ἰδίων ἢ χρῆ ποιεῖν διορίσμεθα καὶ ζῶμεν ὅλως τὰ πρὸς ἡμᾶς αὐτούς, τὸ δέ, ὃν τρόπον δεῖ τῷ κοινῷ τῆς πόλεως ἔν' ἕκαστον ἡμῶν χρῆσθαι, ἂν πολιτεύεσθαι βούληται καὶ φῆ κήδεσθαι τῆς πόλεως.

Demosten, *Proti Timokratu* 24, 192: »Atenski možje, obstajata dve obliki zadev, ki jih urejajo običaji vseh polis (οἱ νόμοι κατὰ πάσας τὰς πόλεις). Prvič, kaj so tisti običaji, po katerih se družimo drug z drugim, sklepamo pogodbe o zasebnih zadevah (περὶ τῶν ἰδίων)? Drugič, kaj so tiste obveznosti, ki jih vsakdo od nas dolguje polis, če želi nekdo sodelovati v javnem življenju in izkazuje skrb za polis?«

Kljub sorazmerno izoliranemu, a še vedno izpričanemu, razlikovanju v grških govorniški tradiciji, bi lahko rekli, da so bili šele rimski juristi tisti, ki so dualizmu javnega in zasebnega prava nadeli specifično pravni pomen. Po prevladujočem stališču naj bi bila dihotomija zasebnega in javnega prava rimski dosežek, ki naj bi bil grški filozofski misli načeloma tuj. Gierke in Jellinek sta celo trdila, da Grki niso razlikovali med javnim in zasebnim pravom.⁶ V helenistično okolje naj bi se to razlikovanje razširilo šele v zgodnjem 4. stoletju po Kr. pod odločilnimi vplivi rimske jurisprudence.⁷

⁴ Liv. *Ab urbe condita*, 3, 34, 6: [F]ons omnis publici privatique iuris.

⁵ Ter. *Phorm.* 412: *An ne hoc quidem ego adipiscar quod ius publicumst?* (»Mar mi to ne pripada po javnem pravu?«)

⁶ Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht III*, str. 35, in Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, str. 58 in 383. Michelet, *Des Vernunftrechts zweiter Theil*, str. 270, trdi: »In Griechenland ist alles Recht ein öffentliches – *jus publicum*.« Prim. Taylor, *Elements of the Civil Law*, str. 58 ss.

⁷ Aphthonius, *Progymnasmata*, cap. 14, 4: τῶν δὲ νόμων οἱ μὲν εἰσι κοινοὶ, οἱ δὲ ἴδιοι· κοινοὶ μὲν, οἱ περὶ τῶν τῆς πόλεως καθόλου· ἴδιοι δὲ, οἱ περὶ τῶν πρὸς ἀλλήλους συμβολαίων· (»Nekateri zakoni so javni (κοινοὶ), drugi zasebni (ἴδιοι); javni so tisti, ki urejajo zadeve celotne polis, zasebni pa tisti, ki urejajo medsebojne pogodbe.«). Walz, *Rhetores Graeci II*.

1.2 Večpomenskost pojma *ius publicum*

Besedna zveza *ius publicum* v rimskih pravnih virih nastopa v dveh temeljnih pomenih. Pridevnik *publicus, publica, publicum* označuje nekaj, kar je skupno vsem državljanom.⁸ Rimski državljani so kolektivne interese zasledovali v državno in pravno organizirani tvorbi, imenovani *res publica*.⁹

Cicero, *De re publica* 1, 39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*

Cicero, O državi 1, 39: »Država pa je, kot pravi Afrikan, stvar ljudstva; ljudstvo pa ni skupnost ljudi, ki je na poljuben način zbrana skupaj, temveč skupnost velikega števila ljudi, ki so soglasno združeni z ozirom na pravo in skupno korist.«

V najširšem pomenu sestavlja javno pravo po rimskem pojmovanju vsaka norma, ki izhaja od države (in ne od posameznika),¹⁰ njena emanacija pa je komercialni zakon (*lex publica*), senatov sklep (*senatus consultum*), magistratov edikt (*edictum*) ali cesarska konstitucija (*constitutio principis*).¹¹ Jurist Papinijan je javni zakon (*lex publica*) kot *pars pro toto* državne norme opredelil takole:

D. 1, 3, 1 Pap. libro 1 definitionum: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio.*

Pap. D. 1, 3, 1 (Papinijan v 1. knjigi spisa *Definitiones*): »Zakon je skupna zapoved, sklep učenih mož; omejitev deliktov, izvršenih bodisi namenoma bodisi v zmoti; skupna sponzija države.«

Iz Papinijanove opredelitve pojma *lex*¹² je razvidna predstava o zakonu kot splošnem aktu, ki vzpostavlja javno pogodbeno razmerje med državljanji, nekakšnimi vzajemnimi poroki njegove veljave in uresničevanja. *Lex publica* pomeni v rimskem izrazoslovju nasprotje dispozitivnemu določilu zasebnopravnega posla, imenovanega

⁸ Jhering, *Geist des römischen Rechts II*, str. 196. Pridevnik *publicus* je preko *poplicod* oziroma *publicai* izšel iz samostalnika *populus*, ta pa iz samostalnika *pubes*, ki označuje dorasle, torej politično aktive osebe. De Vaan, *Etymological Dictionary*, str. 495, s.v. *pubes*. *Populus* je v nasprotju z grškim pojmom ὁ δῆμος, ki označuje le navadno (nižje) ljudstvo (kot nasprotje aristokratov, οἱ ἄριστοι), pravna skupnost vseh rimskih državljanov. Gl. npr. Inst. 1, 2, 4: [A]ppellatione populi universi cives significantur connumeratis etiam patriciis et senatoribus. (»V poimenovanju 'ljudstvo' so zajeti vsi državljani, vključno s patriciji in senatorji.«)

⁹ Besedno zvezo *res publica* v tej razpravi le poenostavljeno prevajam z izrazom »država«.

¹⁰ Ehrlich, *Die Beiträge*, str. 168: »Staatliches Recht«.

¹¹ *Leges* – npr. Pap. D. 35, 2, 15, 1; *senatus consultum* – npr. Ulp. D. 27, 8, 1, 9; magistratov edikt – npr. Pomp. D. 1, 2, 2, 12; cesarske konstitucije – npr. C. 10, 40, 4. O tem Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I*, str. 492 ss; Földi, *Remarks on the Origin*, str. 39 ss.

¹² Beseda *lex* je večpomenka in lahko značuje zakon kot splošni akt, pogodbeno določilo in (zlasti v srednjeveških pravnih besedilih) oznako za odlomek (fragment) v Justinijanovi kodifikaciji, pri čemer predstavlja nasprotje cerkvenega kanona. O tem Žepič, *Corpus iuris canonici*, str. 275.

lex contractus ali *lex privata*.¹³ S takim določilom so stranke urejale zasebnopravna razmerja drugače, kot jih je predvidel (javni) zakon, a še vedno v njegovih mejah.¹⁴

Leges publicae, ki sestavljajo *ius publicum* v širšem pomenu, so pravila, ki jih zasebniki ne smejo urejati drugače, kot predvideva pravni red. Pravimo, da gre vsaj praviloma za prisiljujoče pravo (*ius cogens*). Slednje načeloma dispozitivno ustrojenemu zasebnemu pravu krči polje svobodnega ravnanja.¹⁵

D. 2, 14, 38 pr. Pap. 2 quaestionum: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Pap. D. 2, 14, 38 pr. (Papinijan v 2. knjigi spisa *Quaestiones*): »Javnega prava ni mogoče spremeniti z dogovori zasebnikov.«

Šolski primer kogentnega pravila predstavljajo pravila o aktivni oporočni sposobnosti, tj. o tem, kdo sme napraviti oporoko po rimskem civilnem pravu. Napraviti jo je smela le svojepravna doročena oseba, tj. moški, star štirinajst let, in ženska, stara dvanajst let, pod pogojem, da nad njima ni bilo osebe, ki bi izvrševala očetovsko oblast (*patria potestas*). *Pater familias* ne bi mogel svojemu otroku podeliti sposobnosti, da napravi oporoke pred štirinajstim oziroma dvanajstim letom, saj bi to trčilo ob kogentno (prisilno) pravilo, ki so ga Rimljani razumeli kot javno pravo (*ius publicum*):

D. 28, 1, 3 Pap. 14 quaestionum: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*. Pap. D. 28, 1, 3 (Papinijan v 14. knjigi spisa *Quaestiones*): »Oporočna sposobnost ni vprašanje zasebnega, temveč javnega prava.«

D. 28, 1, 6 pr. Gai. 17 ad edictum provinciale: *Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit*.

Gai. D. 28, 1, 6 pr. (Gaj v 17. knjigi k provincialnemu ediktu): »Tisti, ki so pod očetovsko oblastjo, nimajo pravice napraviti oporoke in, čeprav bi jim to dovolil oče, ne morejo zaradi tega nič bolj veljavno napraviti oporoke.«

Edini v evropsko pravno izrazje recipirani pomen izraza *ius publicum* označuje pravila, ki urejajo ustavni položaj in upravo (rimske) države ter mestnih občin kot tudi razmerje (rimske) države do drugih suverenih političnih skupnosti (meddržavno pravo).¹⁶

¹³ Pap. D. 16, 3, 24 (*lex contractus*); Ulp. D. 8, 4, 13 pr. (*lex privata*).

¹⁴ V zvezi s tem se je sec. Pap. D. 16, 3, 24 uveljavil rek, da pogodba zavezuje pogodbene stranke kot zakon (*Contractus contrahentibus lex esto*). Gl. člen 1102 francoskega Civilnega zakonika (*Code civil*): »Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.«

¹⁵ Ulp. D. 27, 8, 1, 9; Pap. D. 38, 1, 42; Ulp. D. 50, 8, 2, 8; PS 1, 1, 6; Diocl. Max. C. 6, 23, 13: *Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas, non iurisdictionis mutare formam vel iuri publico derogare cuiquam permissum est*. (»Z namenom naprave oporoke glede lastnega denarja obstaja možnost urejanja z jasnimi določili; nikomur pa ni dovoljeno, da bi spremenil sodno pristojnost ali javno pravo.«) V rimskem pravnem korpusu ne manjka primerov, kjer je govor o možnem odklonu od »javnega prava«. Vire navaja Ehrlich, *Die Beiträge*, str. 191, op. 2.

¹⁶ Prim. tudi Cic. *Part. or.* 130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio*. (»Del zapisanega (prava) je zasebno, drugi del pa je javno (pravo): k javnemu pravu štejemo zakon, senatov sklep in mednarodno pogodbo, k zasebnemu pravu pa gospodarsko knjigo, brezoblični dogovor in stipulacijo.«) O Ciceronovem pogledu na razmerje javnega in zasebnega prava gl. Costa, *Cicerone Giureconsulto I*, str. 27 s.

Ehrlich je v zvezi s tem govoril o pojmu »državnega prava« (»Staatsrecht«).¹⁷ V to skupino uvrščajo tudi pregon javnih kaznivih dejanj (*crimina publica*), torej javno kazensko pravo.¹⁸ Čeprav Ulpijan uvršča sakralno pravo (*ius sacrum, ius pontificium, fas*) v okvir javnega prava,¹⁹ se to pravno področje v literarnih spisih izdvojuje iz posvetnega prava:

Quintilian, *Institutio Oratoria* 2, 4, 33: [G]enera sunt tria, sacri, publici, privati iuris. Kvintilijan, *Govorniška izobrazba* 2, 4, 33: »[P]ravo je treh vrst: sakralno, javno in zasebno.«

Pojem javnega prava se v obdobju pozne recepcije rimskega prava med 15. in 19. stoletjem uporablja pravnotehnično zgolj v pomenu »državnega prava«:

*Ius publicum non uno ubique enunciari significatu, sed quandoque proprie, quandoque vero improprie accipi. Improprie tum, quando dicitur esse iuris publici, quod singulorum quidem spectat utilitatem, sed tamen à jure publico ita regitur, & dirigitur, ut in privatorum hominum potestate non sit. Et hoc modo testamenti factio iuris publici [...] tutelaque munus publicum dicitur. Proprie vero, quando definitur, esse illud, quod versatur in iis, quae sunt propria Civitatis & Imperii [...] vel, quod ad statum rei Romanae spectat.*²⁰

»*Ius publicum* nima povsod istega pomena, marveč nastopa ponekod v pravem (*proprie*), drugod v nepravem (*improprie*) pomenu. V nepravem pomenu nastopa, ko se reče, da vprašanje, ki zadeva posameznikovo korist, ureja javno pravo. Toda v tem primeru gre za to, da javno pravo določa neko zadevo, tako da ta ni več v človekovi oblasti. In tako je oporočna sposobnost predmet javnega prava [...], varuštvo pa javno breme. V pravem pomenu pa je [javno pravo] opredeljeno kot nekaj, kar se tiče zadev države in imperija [...] ali kar zadeva položaj rimske države.«

Pravila javnega prava so imela *sedes materiae* v prvi in poslednjih treh knjigah Justinijanovega kodeksa. Šlo je za pravne panoge cerkvenega, postopkovnega, kazenskega in upravnega prava, ki pa so bile z izjemo prve knjige Kodeksa po splošnem stališču občepravnih juristov zaradi spremenjenih družbenopolitičnih okoliščin v srednjem in novem veku deležne šibkejše recepcije²¹ kot civilno pravo:²²

¹⁷ Ehrlich, *Die Beiträge*, str. 188.

¹⁸ O pojmu javnega kazenskega prava gl. Kranjc, *Delicta in crimina*, str. 91 in 94.

¹⁹ Sakralnopravni posli so se sklepali na javnih krajih (*in loco publico*), kar kaže na njihovo javnopravno prvino. Kot primere lahko navedemo arhaično patricijsko obliko slavnostne sklenitve zakonske zveze (*confarreatio*); posinovitev svojepravnega pred kuriatnim komicijem (*arrogatio*); napravo javne oporoke pred zbranim ljudstvom (*testamentum comitiis calatis*) in javno zaobljubo (*votum publicum*). Marquardt, *Römische Staatsverwaltung III*, str. 304 ss.

²⁰ Limnaeus, *Iuris publici Imperii Romano Germanici*, cap. 1: *De definitione*.

²¹ Gl. npr. Thomasius (*Testament gegen Hertzog Augusto*, str. 177, op. 92), ki je ugotavljal, da »die Römischen Gesetze in quaestionibus iuris publici & Politicis in Teutschland gar nich und nicht einmal in subsidium recipiret sind.« Več o tem Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts I*, str. 58–79.

²² O razvoju pojmov *ius publicum* in *ius civile* v obdobju recepcije gl. Ehrlich, *Die Beiträge*, str. 200–236.

*Hodie in scholis fere est receptum, ut ius privatum sive civile tantum explicetur, omisso publico [...] Nos igitur commune hoc institutum scholarum sequentes, praetermissis legibus ad Ius publicum (de quo sunt IV. libri Cod. 1, 10, 11 & 12.) ad eas, quae in reliquis libris sunt & utiliores & difficiliores, de iure privato aut civili interpretandas aggrediemur.*²³

»Danes je v šolah sprejeto, da se poučuje zasebno ali civilno brez javnega prava [...]. Skupaj torej sledimo temu šolskemu običaju, ki spregleduje zakone, ki se nanašajo na javno pravo (ki se nahaja v štirih knjigah h Kodeksu, torej v 1., 10., 11. in 12. knjigi), in se spoprijemamo s tem, kar je uporabnega in težkega v preostalih knjigah, ki govorijo o zasebnem oziroma civilnem pravu.«

1.3 Kriteriji razločevanja med javnim in zasebnim pravom

Ius privatum je po Ulpijanovi opredelitvi področje pravnega študija, ki ureja pravila neposrednega in primarnega zasledovanja zasebnih interesov oziroma koristi (*utilitas singulorum*). To ne pomeni, da se prek zasebnopravnih pravil posredno ni udejanjal tudi javni interes. Cicero ugotavlja, da si skoraj ni mogoče predstavljati, da bi državljanu koristilo nekaj, kar hkrati ne koristi tudi državi.²⁴

Da je bilo razločevanje javnega od zasebnega in svetega od posvetnega svojevrstna modrost, ugotavlja že rimski poet Horacij.²⁵ Njegova ugotovitev ostaja točna še danes,²⁶ saj je vprašanje delitve pravnih pravil na javnopravna (publicistična) in zasebnopravna (civilistična) na nekaterih mejnih primerih težka in celo usodna.²⁷

²³ Giphanius, *Explanatio Difficiliorum & Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, str. 6.

²⁴ Cic. De Off. 3, 101: *potest autem, quod inutile rei publicae sit, id cuiquam civi utile esse?* Rimski juristi so se v respozah, ki so po svoji vsebini pomenile odklon od utrjene pravne tradicije, pogosto sklicevali na to, da je bila rešitev sprejeta *utilitatis causa* ali celo *ex utilitate publica receptum* (Pap. D. 16, 3, 8). Sklicevanje na javni interes v teh odlomkih še ne pomeni, da gre za javnopravno pravilo. Ankum, *The Functions*, str. 5–22.

²⁵ Hor. *Ars poetica*, 396: *Fuit haec sapientia quondam, publica privatis discernere, sacra profanis.*

²⁶ O sodobni delitvi prava na zasebno in javno, vključno z možnimi kriteriji razločevanja gl. Honsell, Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, str. 224 ss; Wolff, Bachof, Stober, *Verwaltungsrecht*, str. 252 ss; Bydlinski, *Kriterien und Sinn*, str. 340 ss. Prim. tudi Pavčnik, *Teorija prava*, str. 473, ki javno pravo opredeljuje takole: »Za javno pravo so značilna pravna razmerja, v katerih so pravni subjekti drug drugemu nad- in podrejeni. Nosilec podrejanja (subordinacije) je država kot organ oblasti, ki pravna razmerja prisilno oklepa in preko njih udejanja splošne (javne) interese. Podrejeni subjekti so naslovljenci pravnih dolžnosti, ki jim ustreza pristojnost države, da se po uradni dolžnosti (*ex officio*) odziva na pravne kršitve ter nato, če so podane vse pravne predpostavke, izreka in po potrebi prisilno izvršuje pravne sankcije.« Sodobna opredelitev javnega prava, ki bolj kot na interesni teoriji izraža iz teorije subordinacije, je nastala v 16. stoletju. Temeljno delo o novoveškem razvoju javnega prava je Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (štiri knjige); sodobno sintezo zgodovine upravnega prava gl. pri Wolff, Bachof, Stober, *Verwaltungsrecht*, str. 91–128.

²⁷ Vprašanje uvrstitve instituta v javno ali zasebno pravo je ključno denimo za razmejitev upravne in sodne pristojnosti. Upravni organi so po 1. členu Zakona o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13 in 175/20 – ZIUOPDVE) pristojni za obravnavo »upravnih zadev«. Če materialni zakon ne določa, kateri postopek (sodni ali upravni) je treba uporabiti pri odločanju o pravici, obveznosti ali pravni koristi, oziroma ni razvidno, kaj je mogoče šteti za upravno zadevo, je

Problematika razmejitve javnopravnih in zasebnopravnih institutov ostaja še danes eno izmed najbolj perečih vprašanj pravne teorije. Pravni filozof Radbruch je, denimo, menil, da pojma »zasebno« in »javno« pravo nista pozitivnopravna pojma in da si »v zvezi z vsakim posameznim pravnim pravilom [...] lahko upravičeno zastavimo vprašanje in nanj terjamo odgovor, ali pripada zasebnemu ali javnemu pravu«. ²⁸ Radbruchovo aprioristično stališče je v sodobni nemški pravni teoriji preseženo, saj naj bi bila razmejitev med javnim in zasebnim pravom pozitivističnega značaja. To pomeni, da je umestitev pravne norme v javno ali zasebno pravo odvisna od vsakokratne zakonodajalčeve odločitve in ne iz »narave stvari«. ²⁹

Pri razvrščanju pravnih institutov na javnopravne in zasebnopravne je bila in ostaja najtežja razmejitev med nekaterimi pravili civilnega na eni in upravnega prava na drugi strani. Problem nastopi, zlasti ko so se v pravna razmerja z zasebniki (tako fizičnimi kot pravnimi osebami) vključevale pravne osebe javnega prava. ³⁰ To vprašanje se je na svojevrsten način postavilo že v antiki, ki je kljub sorazmerno trhli teoretični obdelavi instituta pravne osebe že poznala delitev na pravne osebe zasebnega (korporacije in ustanove) ter javnega prava. Javnopravna subjekta sta bili sprva rimska država in mestna občina. Z ediktom *Cunctos populos* (380) ³¹ pa je položaj pravne osebe javnega prava pridobila tudi Cerkev (*corpus Christianorum*), ³² medtem ko so njeni dostojanstveniki v cesaropapistični politiki (vzhodno)rimskih cesarjev postali jedrni del državne birokracije.

Pravna dejanja oseb javnega prava se niso izčrpala z oblastnimi akti, temveč so vključevale tudi tako imenovane »akte upravnega poslovanja«. ³³ Gre za akte, s katerimi je upravni organ ali drug državni organ pri izvrševanju upravne funkcije upravljal ali razpolagal s svojim premoženjem ter s tem vstopal v civilna razmerja in jih tudi izvrševal. Akti upravnega poslovanja so bili v zgodnjem rimskem razvoju redno ustrojeni po zasebnopravnih pravilih, vendar so se od njih začeli vse bolj odmikati. Odklone, ki so ustvarjali nekakšno mešano javno-zasebno pravo, je mogoče opredeljevati tudi kot privilegije javnopravnih subjektov (*ius singulare*). ³⁴

torej treba ugotoviti, ali pristojnost upravnega organa »zaradi varstva javnega interesa izhaja iz narave zadeve« (2. člen ZUP). Gl. Kerševan, Androjna, *Upravno procesno pravo*, str. 43–61.

²⁸ Radbruch, *Filozofija prava*, str. 161 s.

²⁹ Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht*, str. 332 s.

³⁰ Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, str. 237: »Der Gegensatz zwischen öffentlichen und Privatrecht ist also in der Hauptsache ein solcher zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht.«

³¹ O tem Žepič, *Corpus iuris canonici*, str. 297, zlasti op. 117.

³² Grat. Valent. Th. C. Th. 16, 1, 2; id. C. 1, 1, 1 pr. Hohenlohe, *Einfluß des Christentums*, str. 210 s; Calasso, *Storia e sistema*, str. 154.

³³ V francoski upravnopravni teoriji se je konec 19. stoletja pod Laferrièrejevimi vplivom (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1887), str. 5) ustalilo razločevanje med upravnimi akti oblastne narave (les actes administratifs d'autorité, actes de commandement ali actes de puissance publique, polatinjeno *acta iure imperii*) in upravnimi akti pravnoposlovne narave (les actes administratifs de gestion, polatinjeno: *acta iure gestionis*). Preko prvih uprava enostransko oblastveno odloča o pravicah, obveznostih in pravnih koristih posameznikov, preko drugih pa zasleduje premoženjske cilje. Dualizem obeh oblik ravnanja države je prešel tudi v mednarodno javno pravo. Gl. Shaw, *International Law*, str. 533.

³⁴ Regelsberger, *Streifzüge*, str. 45 ss. Gl. Paul. D. 1, 3, 16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* (»Po-

V preteklosti so pri osmišljanju aktov upravnega poslovanja rimske države in mestnih občin obstajali poskusi projekcije sodobnega pojma »javnopravne pogodbe«, pri kateri je javnopravna stran po svojih pravicah in obveznostih načeloma izenačena z zasebnikom. Že Pernice je menil, da pravil, po katerih so se ravnale rimske pravne osebe javnega prava, če so poslovale v razmerju do zasebnikov, ni mogoče umeščati v čisto zasebno pravo, pač pa gre za področje, ki ga prežemajo tako civilistične kot publicistične prvine.³⁵ To stališče, ki je v sodobni romanistiki večinsko sprejeto,³⁶ se utemeljuje z zahtevo po posebnem varstvu javne koristi oziroma interesa (*publica utilitas*).³⁷

1.4 *Ius publicum* kot predmet proučevanja v rimski pravni literaturi

Presenetljivo je, da so se rimski juristi z javnim pravom ukvarjali le obrobno.³⁸ V pravniški literaturi se je ohranila le peščica naslovov o upravnopravnem položaju magistratov in državne blagajne (fiskusa).³⁹ Najjimenitnejši avtor, ki je opisal rimsko ustanovno ureditev, ni bil jurist, temveč zgodovinar – Polibij.⁴⁰ Celo Cicero je ugotavljal, da so bili pravniki nagnjeni k zanemarjanju javnega prava:

Cicero, *De legibus* 1, 14: *Quamquam est [populo] necessarium, nec vero eos, qui ei muneri praeferunt, universi iuris fuisse expertis existimo, sed hoc civile quod vocant eatenus exercuerunt, quoad populo praestare voluerunt.*

Cicero, O zakonih 1, 14: »Čeprav je poznavanje celotnega prava pomembno za ljudstvo, menim, da so tisti, ki se ukvarjajo s pravom, mnogo bolj pozorni na civilno pravo, ker želijo koristiti ljudstvu.«

Pri tem ni šlo za zapostavljanje zgolj »čistega« javnega prava, temveč tudi področja, ki bi po svoji strukturi spadala v zasebno pravo, a jih je zaradi političnih razlogov bremenil specifični »politični« moment. Najboljši primer je ureditev prav-samično pravilo je nekaj, kar je v nasprotju s splošnim pravnim načelom uvedeno z namenom uresničevanja koristi neke avtoritete.«

³⁵ Pernice, *Beziehungen*, str. 1 ss: »[D]as staatliche Vermögens- und Verkehrsrecht überhaupt nicht unter den Regeln des Privatrechts steht, sondern seinen eigenen Normen folgt. Diese Normen aber sind die des öffentlichen Rechtes.« Podobno Mitteis, *Römisches Privatrecht*, str. 365: »[V]on einer vollständigen Unterwerfung des Fiskus unter die Normen des Privatrechts und Prozesses kann keine Rede sein.«

³⁶ Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 66: »[J]egliche Rechtsbeziehung des römischen Staatesgrundsätzlich *ius publicum* darstellte und für sie auch nur *ius publicum* anwendbar war. Die Verträge des Staates mit Privaten sind davon eingeschlossen [...]«

³⁷ Gaudemet, *Utilitas publica*, str. 465–499; Honsell, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse*; Kaser, '*Ius publicum*' und '*ius privatum*', str. 7 ss.

³⁸ Prvi znani pravnik, *doctissimus habitus iuris publici et privati* (Pomp. D. 1, 2, 2, 46), je bil Tubero iz zadnjega stoletja republike. O podobnem predikatu jurista Capita govori Gell. 10, 20, 2: *Ateius Capito, publici privatiq[ue] iuris peritissimus* (»Ateius Capito, najbolj izučen o javnem in zasebnem pravu«). Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I*, str. 569 s; Kaser, '*Ius publicum*' und '*ius privatum*', str. 15.

³⁹ Schulz, *Prinzipien*, str. 19, op. 40; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I*, str. 493 s.

⁴⁰ Polibijeva zasluga je bila obravnava komicialno-magistratsko-senatnega trikotnika lici-nijsko-sekstijske zakonodaje (Polib. Ἰστορία 6, 11–18). Rainer, *Römisches Staatsrecht*, str. 15.

nih oseb (npr. korporacij).⁴¹ Ustanovitev korporacije, denimo društva (*collegium, sodalitas*), je bila zaradi oblastnega strahu pred nastajanjem sovražne opozicije od Avgusta dalje odvisna od predhodnega dovoljenja državnega organa (*concessio*).⁴² Zgovorno anekdoto v zvezi s tem opisuje Plinij Mlajši. Po opustošenju, ki je sledilo velikemu požaru v Nikomediji konec 1. stoletja po Kr., je Plinij Mlajši kot provincialni upravitelj prosil cesarja Trajana, naj dovoli ustanovitev gasilskega društva. Trajan je prošnjo zavrnil z utemeljitvijo, da se tovrstna združenja po navadi spremenijo v skrivna politična združenja.⁴³

Vdiranju javnopravnih elementov v zasebno pravo so bili rimski juristi nenaklonjeni.⁴⁴ Zdi se, da je prevladalo spoznanje, da so razmerja z javnopravnim elementom plod politične naključnosti,⁴⁵ ki ni zagotavljala stabilnosti pravnega instituta.⁴⁶ To bi lahko juriste vodilo v zavestno »izolacijo« materije zasebnega prava na eni in javnega prava na drugi strani.⁴⁷ Morda je k temu pripomogla tudi zadržana, skoraj samocenzurna, drža pri opisovanju upravičenj državne oblasti. Z dvomom prežeta razprava o mejah oblastnega upravičenja bi v razgretih političnih okoliščinah pomenila *crimen laesae maiestatis*.⁴⁸

⁴¹ »In conformity with republican tradition the classical lawyers confined themselves on principle to the study of private law and the law of corporations was to a considerable extent a question of public law. [...] Sports clubs and commercial or industrial corporations hardly existed. They could only be created by permission of the government, which as a rule was refused for political reasons.« Schulz, *Classical Roman Law*, str. 88.

⁴² Sec. Gai. D. 4, 1, 3 pr. Gaj poroča, da je bilo ustanavljanje društev dovoljeno že po Zakoniku XII. plošč, če dejavnost društva ni nasprotovala zakonu (Gai. D. 47, 22, 4: [...] *dum ne quid ex publica lege corrumpant*). Cezar in Avgust sta ustanavljanje novih društev sploh prepovedala – Div. Aug. 32, 1: *Collegia praeter antiqua et legitima dissolvit* (»[Avgust] je razen starodavnih in zakonito ustanovljenih društev ukinil vsa«). Gaj ugotavlja, da je senat dopustil ustanovitev le redkih društev: Gai. D. 3, 4, 1 pr.: *Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere [...]* (»V zelo malo primerih so dovoljene take korporacije: kot je denimo dovoljeno davčnim zakupnikom ustanoviti korporacijo [...].«) O rimskih društvih in vprašanju koncesijskega sistema ustanavljanja pravnih oseb gl. Eckhardt, *Romanisierung und Verbrüderung*. Koncesijski sistem ustanavljanja korporacij je ostal zaradi političnih razlogov v večjem delu Evrope zakoreninjen do 19. stoletja. Hattenhauer, *Grundbegriffe*, str. 29 ss.

⁴³ Plin. *Ad Traianum* 34: *Quodcumque nomen ex quacumque causa dederimus iis, qui in idem contracti fuerint, hetaeriae eaeque brevi fient*. (»Kakorkoli že poimenujemo tiste, ki se zaradi kakršnegakoli namena združujejo v društvo (dobesedno: pogodbo), bodo ti prej ko slej prešli v [skrivno] družbo.«)

⁴⁴ Pernice, *Beziehungen*, str. 3.

⁴⁵ Prim. Kirchmannovo misel, ki naključnostim (beri: hitro spreminjajočim se pravnim institutom, ki so plod dnevnopolitične kaprice) odreka kakovost predmeta pravne znanosti: »Indem die Wissenschaft das zufällige zu ihrem Gegenstände macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.« Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz*, str. 23.

⁴⁶ Za Kelsna (*Čista teorija prava*, str. 92 s) je imel dualizem javnega in zasebnega prava ideološki pomen, saj naj bi ga razvili ustavnopravni teoretiki, da bi vladi in njej podrejeni upravi zagotovili nujno potrebno diskrecijo.

⁴⁷ Schulz, *Prinzipien*, str. 21.

⁴⁸ Gl. občepравни rek *De principis potestate disputare instar est sacrilegii* (»Razpravljati o princepsovi oblasti je podobno svetoskrunstvu.«). Sec. Grat. Val. Th. C. 9, 29, 2. Prim. Schulz,

Šele v pozni klasiki beležimo redke monografske obdelave »novega« javnega prava (*ius publicum novum*),⁴⁹ ki ga je narekovovalo množstvo cesarskih konstitucij – zlasti mandatov, ediktov, cesarskih pisem (*epistolae*) in reskriptov.⁵⁰ V tem obdobju opazimo tudi težnjo po prehajanju izvorno javnopravnih razmerij v okvir zasebnega prava, na kar, denimo, kažeta instituta dednega zakupa (*emphyteusis*) in stavbne pravice (*superficies*).⁵¹

Kljub zapostavljanju obravnave javnega prava so že rimski juristi javnemu interesu pripisovali prednost pred zasebnim. Oglejmo si nekaj primerov. Zasebnopravni položaj tujepravne osebe, torej osebe pod oblastjo družinskega očeta, se umika položaju, ki ga ta oseba uživa po javnem pravu. *Imperium* ima, kot je ugotavljal Pomponij, prednost pred očetovsko oblastjo (*patria potestas*):

D. 1, 6, 9 Pomp. libro 16 ad Quintum Mucium: *Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

Pomp. D. 1, 6, 9 (Pomponij v 16. knjigi h Kvintu Muciju): »V javnih zadevah se obravnava sin pod oblastjo kot družinski oče, ko recimo opravlja funkcijo magistrata ali ko je postavljen za varuha.«

V zvezi s kolizijo očetovske oblasti in (sinove) javnopravne funkcije je poučna anekdota o Kvintu Fabiju Maksimu Cunctatorju in sinu Kvintu Fabiju Maksimu. Prvi je bil leta 213 pr. Kr. imenovan za prokonzula, drugi isto leto za konzula. Gelij piše:

Gellius, *Noctes Atticae* 2, 13: [...] *Ei consuli pater proconsul obviam in equo vehens venit neque descendere voluit, quod pater erat, et, quod inter eos sciebant maxima concordia convenire, lictores non ausi sunt descendere iubere. Ubi iuxta venit, tum consul ait: »quid postea?«; lictor ille, qui apparebat, cito intellexit, Maximum proconsulem descendere iussit. Fabius imperio paret et filium collaudavit, cum imperium, quod populi esset, retineret.*

Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, str. 164: »Das Verfassungsrecht des Prinzipats gehörte zu den *arcana imperii*, die der wissenschaftlichen Betrachtung und Analyse nicht ausgesetzt werden sollten.«

⁴⁹ Papirius Iustus: *De constitutionibus*; Callistratus: *De iure fisci* in *De cognitionibus*; Ulpian: *De officio proconsulis*; Charisius: *De muneribus civilibus*. Sirks, *Public Law*, str. 349.

⁵⁰ Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II* (2006), str. 125 in 127: »Die bedeutendste rechtskulturelle Leistung der Spätklassiker liegt aber vielleicht in der rechtlichen Disziplinierung der öffentlichen Gewalt ihrer Zeit.«

⁵¹ Dedni zakup se je razvil zaradi potrebe po dolgoročnem oddajanju nenaseljenih ali opustošenih občinskih oziroma državnih zemljišč (*fundi patrimoniales*). Občina si je s tem zagotovila melioracijo zemljišč, emfitevta pa si je izgovoril ugodnost posestnega varstva, simbolično zakupnino in upravičenja, ki so bila po obsegu upravičenj še najbližje lastninski pravici. Šele v pozni klasični dobi se institut, ki ima od cesarja Zenona stvarnopravno razsežnost, opisuje kot *ius emphyteuticarium* (prej *ius perpetuum*). V tem obdobju se presoja po zasebnem, in ne več po javnem pravu. — Tudi stavbna pravica (*superficies*) se je sprva presojala po javnem pravu, ker je bil predmet stavbne pravice izključno javno zemljišče (*locus publicus*). Na javnopravni izvor obeh institutov morda kaže pravilo, da lastnik niti emfitevte niti superficiarja ni smel pregnati, če sta bila v krajši zamudi s plačilom zakupnine oz. najemnine. Lastnik je smel emfitevto (superficiarja) pregnati, če tri (dve leti) zapored ni plačal zakupnine (Iust. C. 4, 66, 2, 1). Več o emfitevzi gl. His, *Die Domänen*, str. 97 ss.

Gelij, Atiške noči 2, 13: »[...] Oče, ki je bil v tistem času prokonzul, se je povzpел na konja in srečal sina, konzula. In ker je bil njegov oče, prokonzul ni razjahal konja, konzulovi liktorji pa si, ker so vedeli, da vlada med možema velika sloga, niso drznili ukazati prokonzulu, da razjaše konja. Ko pa je (oče) prišel bližje (sinu), je konzul rekel: »Kaj pa zdaj?« Liktor je sprevidel, da mora prokonzulu ukazati, da razjaše konja. Fabij Starejši je ubogal liktorjev ukaz in pohvalil sina, ki je ohranil (avtoriteto) po ljudstvu sprejetega imperija.«

Tudi sicer se je odsotnost po »državnih poslih« (*absentia rei publicae causa*) v zasebnopravnih razmerjih štela kot civilnopravni razlog upravičljivosti številnih pravnih likov.⁵² Poseg državne oblasti v civilnopravna razmerja, denimo z zasegom ali razlastitvijo, se vsaj v določenih virih presoja kot višja sila (*vis maior*), za katero ni odgovarjala nobena od pogodbenih strank.

1.5 Osebe javnega prava v rimskem pravu

Pravni položaj rimske države se je, vključno z njeno pravnoposlovno dejavnostjo, presojal po javnem pravu.⁵³ Kot pravna oseba javnega prava je bila država kot korporacija rimskih državljanov titularka državnega premoženja.⁵⁴ Slednje so sprva imenovali *erar* (*aerarium populi Romani*, *aerarium Saturni*, tj. državna blagajna, državna zakladnica)⁵⁵ in ga dosledno razločevali od pojma *fiscus* (dobesedno: košara), ki pa je označeval zasebno premoženje rimskega princepsa. Fiskalno premoženje je princepsu pripadalo na podlagi njegove magistrature, z njim pa je smel razpolagati tudi brez soglasja ljudstva in senata.⁵⁶ Fiskalno premoženje, ki so ga sestavljali princepsovi dohodki iz cesarskih provinc,⁵⁷ je dedoval princepsov

⁵² Npr. postavitve v prejšnje stanje ob zamudi prekluzivnega roka za tožbo (Ulp. D. 4, 6, 1, 1); opravičenost dolžnikove zamude (Ulp. D. 22, 1, 23 pr.: *si rei publicae causa abesse [...] moram facere non videbitur*. – »Če je bil odsoten po državnih poslih [...] se ne zdi, da je v zamudi.«); upravičenost od prevzema varuške in skrbniške funkcije (Inst. 1, 25, 2: [...] *qui rei publicae causa absunt, a tutela et cura excusantur*. »Tisti, ki so odsotni po državnih poslih, so opravičeni od opravljanja varuštva in skrbništva.«), dopustitev dedne transmisije (Pap. D. 29, 2, 86 pr.).

⁵³ Korošec, *Rimsko pravo*, str. 112 ss.

⁵⁴ Gai. D. 41, 3, 9 pr.; Ner. D. 41, 1, 14 pr.; Pomp. D. 18, 1, 6 pr.

⁵⁵ V *erar* sta se stekala zemljiški davek (*stipendium*) in glavarina (*tributum capitis*) iz senatorskih provinc. Kaser, *Römische Privatrecht I*, str. 304; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 11.

⁵⁶ Ulp. D. 43, 8, 2, 4: [R]es enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. (Fiskalne stvari so lastne in zasebne princepsove stvari.) Mitteis (*Römische Privatrecht*, str. 350) je fiskus obravnaval kot samostojno pravno osebo, ki ni bila identična cesarju. Tako gledanje so zagovarjali že nekateri glosatorji: Baldus ad C. 10, 1, 10: *Quaero mortuo imperatore ubi iste est fiscus, cum sit mortuus, qui erat fiscus; respondeo fingitur non mortuus donec alius creatur imperatore sed vice persona fungitur*. (»Spraujem se, kje je fiskus po cesarjevi smrti, če je umrl tisti, ki je bil fiskus? Odgovarjam, da se fingira, da fiskus ne umre, dokler ni izvoljen nov cesar, temveč deluje namesto cesarjeve osebe.«) O fiskusovem položaju v obdobju recepcije gl. Hatschek, *Die rechtliche Stellung*, str. 24 ss. O težavnem vprašanju razmejitve med cesarjem, fiskusom in državo v spisih glosatorjev gl. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, str. 177–180, zlasti op. 275. O prehodu iz personalne v transpersonalno koncepcijo državne oblasti gl. Žepič, *Iudex sceptro aequitatis armandus est*, str. 24 s.

⁵⁷ Glavarina, zemljiški davek, dohodki cesarskih domen, mitnin in pristojbin. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 11.

naslednik in ne oporočni dedič, čeprav sta se funkciji zaradi adrogacij pogosto zlili v isti osebi.⁵⁸ Cesar je smel oporočno razpolagati le s »cesarskim« osebni (*patrimonium privatum* ali *patrimonium Caesaris*), ne pa s fiskalnim premoženjem.⁵⁹ V 3. stoletju je ostal *aerarium* le še blagajna rimskega mesta, medtem ko cesarjevega osebnega premoženja niso več ločevali od fiskusa. V fiskus se je stekalo tudi kaducitetno premoženje, torej premoženje, ki je zaradi dedne nevednosti ali nesposobnosti dedičev, da pridobijo dediščino, zapadlo fiskusu. Enako je obveljalo tudi v primeru zapuščne dediščine (*bona vacantia*).⁶⁰ Prezadolženo kaducitetno zapuščino (*bona, quae solvendo non sint*) je fiskus odklonil, nad njo pa je bil izveden stečaj.⁶¹ Erar oziroma fiskus sta to premoženje zahtevala v postopku, ki se je imenoval *vindicatio caducorum*.⁶² Kadar je država sklepala prodajne ali zakupne pogodbe ali sprejemala zapuščine,⁶³ naštetih razmerij niso presojali po zasebnem pravu. Pravni režim fiskalnega premoženja je po svojem ustroju kolebal med zasebnim in javnim premoženjskim pravom.⁶⁴ Zaznati je težnjo po postopnem izvzemanju sporov v zvezi s fiskalnimi vprašanji iz rednega pravnega postopka in njihovo vključevanje v ekstraordinarni (kognicijski) postopek.⁶⁵ Ta je zaradi obsega magistratovih upravičenj odstopal od rednega civilnega postopka pred pretorjem.⁶⁶

⁵⁸ Prim. HA Vita Pii 7 in 12; Gai. D. 31, 56: *Quod principi relictum est, qui ante, quam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione divi Antonini successoris eius debetur.* (»Kar je zapuščeno princepsu, ki umre pred pridobitvijo volila, pripada po konstituciji božanskega Antonina njegovemu nasledniku.«)

⁵⁹ Gre za premoženje, ki ga je cesar pridobil pred nastopom funkcije, in premoženje, ki ga je pridobil med vladavino kot zasebnik. Gre predvsem za volila v princepsovo korist. Mitteis, *Römische Privatrecht*, str. 354; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte I*, str. 505.

⁶⁰ Po desuetudu dedovanja gentilov je dediščina brez dediča, ki je bila običajno prezadolžena, prešla na erar oziroma fiskus (UE 28, 7; Gai. 2, 150; UE 17, 2). V Avgustovem času je tudi prost dedni delež, ki je dotlej prirasel deležem ostalih oporočnih dedičev, pripadel fiskusu. Država ni štela za dediča, temveč za njemu podobnega vesoljnega naslednika (Kaser, *Römisches Privatrecht I*, str. 702). Erar oziroma fiskus sta zahtevek na izročitev dediščine brez dediča uveljavljala v kognicijskem postopku s stvarnopravno tožbo *vindicatio bonorum vacantium*.

⁶¹ Call. D. 49, 14, 1, 1.

⁶² Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, str. 453. Pristojnost v tem postopku so imeli *procuratores caesaris*, pod Nervo so postavljali celo posebnega pretorja, *qui inter fiscum et privatos ius diceret* (Pomp. D. 1, 2, 2, 32).

⁶³ Pergamonski kralj Atal III. je za dediča svojega kraljestva določil rimsko ljudstvo. Liv. *Periochae*, 58, 1: *Heredem autem populum Romanum reliquerat Attalus, rex Pergami, Eumenis filius.*

⁶⁴ Kaser, *Römisches Privatrecht I*, str. 305, op. 22. Značilni so še posebej fiskusovi privilegiji v izvršilnem postopku (Ulp. D. 49, 14, 6 pr.; Ant. C. 8, 14, 1 pr. in 2). Fiskalne privilegije so razširjali s cesarja na cesarico: Ulp. D. 49, 14, 6, 1: *Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet.* (»Karkoli pripada fiskusu, to pripada po istem smislu tako cesarju kot cesarici.«) Posebne privilegije je uživala tudi Cerkev kot subjekt javnega prava. Če je, denimo, še po klasičnem pravu veljalo, da je oporoka v korist pravne osebe, ki je veljala za *persona non certa*, nedopustna, je cesar Konstantin izjemoma dopustil, da je za dedinjo postavljena Cerkev (Const. C. 1, 2, 1 = C. Th. 16, 2, 4 pr.).

⁶⁵ Kaser, *Römisches Privatrecht I*, str. 306.

⁶⁶ Kaser, *Römisches Privatrecht I*, str. 304, op. 12.

Poleg rimske države so bile pravne osebe javnega prava tudi občine. Občine na italiskem ozemlju zunaj Rima (*municipia*)⁶⁷ in provincialna mesta (*coloniae*) so prištevali med javnopravne korporacije.⁶⁸ Imele so sposobnost biti stranka v pravnem postopku⁶⁹ ter poslovno in pasivno oporočno sposobnost.⁷⁰ Po zgledu zasebnopravnega *cognitorja* jih je v postopku zastopal *actor municipum*.⁷¹ Zdi se, da so mestne občine prvotno obravnavali po načelih zasebnega in šele kasneje javnega prava. Na to kažejo številne prilagoditve splošnih zasebnopravnih pravil.⁷²

D. 50, 16, 15 Ulp. libro 10 ad edictum: *Bona civitatis abusive »publica« dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

Ulp. D. 50, 16, 15 (Ulpijan v 10. knjigi k ediktu): »Mestno premoženje je le po sili imenovano »javno«. Javno je namreč le tisto, kar pripada rimskemu ljudstvu.«

Poleg starejših korporacij srečamo v rimskem pravu tudi ustanove. Te so se kot samostojne pravne osebe, ki so obstajale v obliki premoženja, vezanega na ustanovni namen, izoblikovale šele pod Justinijanom. Prej so obstajale zgolj tako imenovane nesamostojne ustanove, ki niso imele pravne sposobnosti. Pri nesamostojni ustanovi je ustanovitelj, običajno država, posameznikom, občinam ali društvom s posebnim nalogom fiduciarno prepustil na ustanovni namen vezano premoženje, ki ga je taka fizična ali pravna oseba morala skrbno porazdeliti vnaprej predvidenim koristnikom.⁷³ Pod Nervo in Trajanom so tako nastale nesamostojne alimentarne ustanove, ki niso bile nič drugega kot poseben državni režijski fond, v katerega so se stekale obresti od hipotekarnih posojil, ki jih je država dajala zasebnikom.⁷⁴ Država je z nabranimi obrestmi zagotavljala socialno pomoč revnemu kmečkemu prebivalstvu, zlasti v obliki spodbud za izobraževanje moških potomcev. Institucija je povezana z željo po zaustavitvi propadanja malih kmetij v Italiji ter spodbujanju rodnosti.⁷⁵ Šele v

⁶⁷ Po zavezniški vojni so zavezniške občine zunaj Rima pridobile status rimskega municipija, s čimer se je Italija ozemeljsko zaokrožila. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, str. 92.

⁶⁸ Kaser, *Römisches Privatrecht I*, str. 306. O različnih oblikah mestnih skupnosti in njihovem pravnem položaju Bratož, *Rimska zgodovina*, str. 69. Za spremembe v obdobju pozne antike gl. Demandt, *Die Spätantike*, str. 422 ss.

⁶⁹ Ulp. D. 3, 4, 7 pr.: *Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et adversus eos iustissime edicendum putavit.* (Kakor je pretor dovolil tožbo občini, tako je mogoče zoper njo tudi vložiti tožbo.); Ulp. D. 4, 3, 15, 1.

⁷⁰ UE 22, 5 in 24, 28; Leo. C. 6, 24, 12. Zasebnim korporacijam zaradi pravila, da mora biti dedič *persona certa*, niso priznali pasivne oporočne sposobnosti, če niso imele posebnega privilegija. Diocl. Max. C. 6, 24, 8 pr.: *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.* (»Ni dvoma, da korporacija, ki se ne opira na poseben privilegij, ne more pridobiti dediščine.«)

⁷¹ Paul. D. 3, 4, 6, 3; Vat. 335.

⁷² Omejitev užitka v korist mestne občine na sto let (Gai. D. 7, 1, 56) z utemeljitvijo, da naj lastnina z užitkom ne bo omejena trajno, temveč najdlje toliko časa, kolikor traja človekovo življenje.

⁷³ Gl. npr. Aur. Vict. ep. 12: *puellas puerosque natos parentibus egestosis sumptu publico per Italiae oppida ali iussit* ([...] ukazal je, da se deklicam in dečkom, ki so se rodili revnim staršem po mestih današnje Italije, zagotovi preživljanje).

⁷⁴ Kaser, *Das römische Privatrecht*, str. 310.

⁷⁵ Bratož, *Rimska zgodovina*, str. 264.

krščanski dobi je na mesto karitativnih društev, države in občin stopila Cerkev, pri čemer pa se je le težka ustalilo prepričanje, da je premoženje, ki je samo vezano na karitativne namene (*piae causae*), samostojna pravna oseba (*pia corpora*) z lastnimi pravnimi sredstvi.⁷⁶

1.6 Oblike delovanja pravnih oseb javnega prava kot izhodišče nastajanja javno-zasebnopravnih razmerij

Razpravo sem po uvodnem delu razdelil na obravnavo treh oblik delovanja pravnih oseb javnega prava, ki so po svojih organih⁷⁷ v razmerju do pravnih subjektov zasebnega prava delovale v funkcijah *suverena*, *nadzornika* in *pogodbenika*.⁷⁸ Prav iz javnih pristojnosti izhaja izhodišče za identifikacijo tako imenovanih mešanih javno-zasebnih pravnih razmerij.⁷⁹

- Država je kot suveren enostransko udejanjala upravičenja, ki so izhajala iz načelnega družbenega soglasja o obstoju omejitve lastninske pravice v javnem interesu. Tipičen primer je razlastitev. K tej skupini prištevam tudi civilnopravne akte milosti, kot sta splošen odpust dolgov in cesarska podelitev odloga plačila (moratorij). V svoji suvereni funkciji država svojim državljanom nalaga tudi številna javna bremena, zlasti davke.
- V svojstvu nadzornika država preko uradništva dovoljuje nekatera ravnanja zasebnikov, ki po splošnih pravilih niso bila dovoljena (npr. *impetratio domini*). S svojim dovoljenjem daje zavezujoč učinek pravno nepopolnim zasebnopravnim poslom.⁸⁰ Država tudi jamči za zagotovitev ustrezne publicitete zasebnopravnih poslov (javna položitev, naprava javnih listin, registracija in sodelovanje pri statusnopravnih poslih).
- Država zaradi svojih premoženjskih ciljev sklepa pravne posle z zasebniki. Zaradi poudarjenega varstva javnega interesa so se pri teh poslih izoblikovala tudi rigorozna javnopravna zavarovanja s poudarjeno obličnostjo (npr. *cautio praedii praedibusque*).

Primere, ko je pravna oseba javnega prava pri vstopanju v razmerja z zasebniki delovala v svojstvu oblasti, nadzornika ali pravnoposlovnega partnerja, predstavljam v naslednjih delih razprave, v sklepu pa skušam izluščiti skupna izhodišča rimskega pravnega urejanja na trku zasebnega in javnega prava.

⁷⁶ Zаметki te logike so razvidni iz C. 1, 2, 23. O občepravnem razvoju ustanov gl. Coing, *Europäisches Privatrecht*, 267 s.

⁷⁷ Pravnoposlovni zastopniki rimske države so bili vsi magistrati, v mestnih občinah predvsem *duoviri*. Demandt, *Die Späntike*, str. 457.

⁷⁸ Kot prototip pravne osebe javnega prava jemljem rimsko državo. *Mutatis mutandis* sledeča izvajanja veljajo tudi za mestne občine.

⁷⁹ Za Bydliškega (*Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, str. 321) je javno pravo: »[...] jenes Recht, das Sachverhalte betrifft, an denen notwendigerweise 'Organe' beteiligt sind, die durch ihre Funktion in der Staatsorganisation besondere Aufgaben, Befugnisse und Verpflichtungen zugeordnet erhalten haben; also eine rechtliche Stellung, die nicht jede beliebige Person schon als solche besitzt.«

⁸⁰ Sodobna upravnopravna teorija govori o »akcesorni vlogi uprave« (Verwaltungsakzesorietät). Gl. tudi Wolff, Bachof, Stober, *Verwaltungsrecht*, str. 280.

2 Oblastna ravnanja javnopravnih oseb

2.1 Razlastitev

Med najbolj značilne oblike oblastnih posegov v zasebno sfero štejemo institut razlastitve. Razlastitev v smislu pravnotehnično izdelanega enostranskega oblastnega odvzema zasebne lastnine v javnem interesu rimsko pravo sicer še ni izoblikovalo, mogoče pa je iz rimskopravnih virov izcediti načela, ki jih na področju razlaščenja srečamo tudi v modernih pravnih ureditvah.⁸¹

Ko infrastrukturnih objektov (cest, akveduktov, obzidja, kloake, term) ni bilo mogoče več umestiti na javno ozemlje (*ager publicus*), je bilo treba poseči v lastnino zasebnikov.⁸² K temu sta pripomogla stoična ideja o načelni prednosti javne nad zasebno koristjo⁸³ in v postklasičnem pravu vse bolj zasidran nauk, da vsa zemlja pripada državi oziroma njenemu vladarju:

Seneca, *De beneficiis* 7, 4, 2: *Iure civili omnia regis sunt, et tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos discripta sunt, et unaquaque res habet possessorem suum.*

Seneca, O dobrotljivosti 7, 4, 2: »Po civilnem pravu je vse kraljevo in vse tisto, kar pripada kralju, je razdeljeno med posamezne lastnike in vsaka posamezna stvar ima svojega posestnika.«

Iust. C. 7, 37, 3, 1a: *[C]um omnia principis esse intellegantur.*

Iust. C. 7, 37, 3, 1a: »[K]er se zdi, da je vse princepsovo.«

Rimska država je ostala v vseh obdobjih svojega razvoja pri razlaščenju dokaj zadržana, kar lahko v virih razberemo predvsem iz utemeljevanja tovrstnih posegov.⁸⁴ Pomembna kavtela pri razlaščenju je bila odškodnina razlaščencem.⁸⁵ O razlastitvi brez odškodnine, razen v primeru zaplembe v kazenskem postopku, ni poročil.⁸⁶

⁸¹ Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht*, str. 183. Temeljno sodobno delo (ki se omejuje na prikaz razlastitve v principatu) je Pennitz, *Der Enteignungsfall im römischen Recht*.

⁸² »[I]t is impossible to believe that the construction of the Roman roads extending in the straight line from one end of the Empire to another, or of the Roman aqueducts was at the mercy of the owners of the land through which they were to pass.« Jones, *Expropriation in Roman law*, str. 521.

⁸³ Marcus Aurelius 12, 20: *Ne ad ullum alium finem, quam qui societati conducat, referatur* (»K ničemur drugemu ne teži kot k cilju, ki koristi skupnosti«) (Edicija: *Marci Antonini Imperatoris*, str. 229). Na stoike je nesporno vplivala Platonova in Aristotelova misel o državni skupnosti, katere telos je skupno dobro oziroma javna blaginja (τὸ κοινῆ συμφέρον). O tem Verdross-Drossberg, *Grundlinien*, str. 137.

⁸⁴ C. Th. 15, 1, 50: [...] *cum pulchritudine civitatis etiam fortunas suas auctas esse laetetur*. (»[...] z lepoto mesta bo povečano tudi veselje [razlaščencev]«); C. Th. 15, 1, 51: *Ita enim et splendor operis et civitatis munitio cum privatorum usu et utilitate servabitur*. (»Tako bosta sijaj in obramba mesta služila zasebni uporabi in koristi.«)

⁸⁵ Jhering, *Geist II*, str. 73 ss, govori o varstvu pridobljenih pravic (*iura quaesita*). Prim. Schmidt, *Der principielle Unterschied*, str. 153: »[E]ine willkürliche Verletzung der Einzelrechte ebenso sehr dem Zwecke des Staates zuwiderlaufend als sittlich verwerflich ist, wird natürlich auch von den Römern nicht bezweifelt.«

⁸⁶ Demandt, *Die Spätantike*, str. 286.

Višino odškodnine je v cesarski dobi določal mestni prefekt (*praefectus urbi*). Če je preseгла 50 zlatnikov, je o njeni višini odločal cesar.⁸⁷ Kot oblika odmene se ne pojavlja zgolj denarna odškodnina, ampak tudi razlaščenčeva raba javne stavbe.⁸⁸ Naletimo tudi na primere menjalnih pogodb.⁸⁹ Poleg razlastitve nepremičnin v virih zasledimo tudi primere razlastitve premoženja, zlasti gradbenega materiala in živeža.⁹⁰

Oglejmo si nekaj poročil o razlastitvah. Svetonij poroča, da Avgust ob prenovi rimskega foruma kljub velikopoteznim arhitekturnim zahtevam ni želel razlastiti tamkajšnjih lastnikov.⁹¹ To se sklada s Frontinovým poročilom v spisu *De aqueductu*, kjer poudarja, da Rimljanom ni bilo v navadi jemati zasebne lastnine za uveljavljanje javne koristi. Če se je zaradi gradnje akvaduktov pojavila potreba po zasebnem zemljišču, ga je država oziroma mestna skupnost kupila *pro toto*, neuporabljene dele zemljišča pa prodala naprej.⁹² Poučen primer, tokrat iz Justinijanovega časa, opisuje kronist Glycus. Neki Antioh Ostiarius je nasprotoval prodaji svoje hiše, ki je stala na zemljišču, kjer so nameravali zgraditi baziliko Svete modrosti. Magistrat je Antioha pridržal, prostost pa pogojeval s privolitvijo k prodaji sporne nepremičnine. Da bi odvrnili vse dvome o zakonitosti njene prodaje, zlasti lastnikovega soglasja, je moral Antioh svoje soglasje k prodaji nepremičnine ponoviti pred senatom.⁹³ Še v absolutistični državi poznega cesarstva so torej skušali doseči teoretično soglasje lastnika ob *de facto* prisilnem kupu.⁹⁴ Razlastitev so bolj kot enostranski oblastni akt razumeli za pogodbo z javnopravnimi prvini. Da razlastitev ni bila neke vrste višja sila, temveč vsaj *de iure* lastnikovo voljno dejanje, je razvidno iz odlomka jurista Afrikana:

⁸⁷ C. Th. 15, 1, 30 (= Theod. Arc. Hon. C. 8, 11, 9, pr.–1).

⁸⁸ C. Th. 15, 1, 51 omenja, da je smel razlaščenec, na čigar zemljišču so postavili stolp mestnega obzidja, v stolpu neodplačno bivati, če je prevzel breme njegovega vzdrževanja.

⁸⁹ C. Th. 15, 1, 50: *Nam in locum privati aedificii, quod in usum publicum translatum est, occupationem basilicae iubemus vetustae succedere, ut contractus quidam et permutatio facta videatur [...]* (»Namesto uporabe zasebne stavbe, ki je bila prenesena v javno rabo, ukazujemo, da sme naseliti staro baziliko, da bi se zdelo, kot da je bila posredi nekakšna pogodba ali menjava.«)

⁹⁰ Frontinus, *De Aquis*, 125: [...] *ex agris privatorum terra, limus, lapides, testa, harena, ligna ceteraque quibus ad eam rem opus esset, unde quaeque eorum proxime sine iniuria privatorum tolli, sumi, portari possint, viri boni arbitratu aestimata darentur, [...]* (»[...] iz zasebnih zemljišč se sme vzeti, odstraniti in nesti zemljo, kamenje, pesek, les in drugi material, ki je potreben za gradnjo, kolikor je mogoče brez krivic zasebnikom, vrednost tega materiala pa se določi po presoji častnih mož.) Gl. tudi prisilno prodajo živeža v času hudega pomanjkanja (Anast. C. 10, 27, 1).

⁹¹ Suet. Div. Aug. 56, 2: *[F]orum angustius fecit non ausus extorquere possessoribus proximas domos.* (»Zgradil je ožji forum, bližnjim posestnikom pa si ni drznil odvzeti prebivališč.«)

⁹² Frontinus, *De Aquis*, 128.

⁹³ Glykas, *Siculi Annales*, IV (Edicija: Glyca, Του κύρου Μιχαήλ, str. 207).

⁹⁴ Kaser, *Das römische Privatrecht*, str. 405, govori o »kupu pod političnim pritiskom« (»Kauf unter politischem Druck«). Prim. tudi Ankum, *Afrikan*, str. 174: »Formell juristisch war jeder von einem Grundeigentümer an Behörden der römischen Obrigkeit vorgenommene Verkauf ein freier Verkauf, den er selber gewollt hatte. Die faktische Realität war jedoch meistens eine andere.«

D. 19, 2, 33 Afr. libro 8 quaestionum: *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: [...] nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto.*

Afr. D. 19, 2, 33 (Afrikan v 8. knjigi spisa *Quaestiones*): »Če je bilo zemljišče, ki si mi ga dal v zakup, razglašeno za javno stvar, mi odgovarjaš z *actio conducti* glede plodov, čeprav nisi ti odgovoren za to, da mi nisi omogočil uživanja plodov. [...] Kajti tudi če mi prodaš zemljišče, in je to, preden mi ga izročiš, razglašeno za javno stvar, si mi zavezan iz prodajne pogodbe.«

Jurist z glagolom *publicare* označuje prehod lastninske pravice z zasebnika na državo. Če bi *publicatio* razumeli kot dejanje državne oblasti, ki se mu prodajalec ne bi bil zmožen upreti, prodajalec ne bi odgovarjal kupcu za neuspelo izročitev prodane stvari. V pravu rimske prodajne pogodbe je namreč veljalo, da s trenutkom perfektnosti pogodbe nevarnost naključnega uničenja nosi kupec. *Publicatio* torej ni bila priznana oblika višje sile ali temu podobna enostranska državna intervencija, ki bi šla na kupčev rovaš. Nasprotno, priča smo vsaj *de iure* voljnemu dejanju lastnika (prodajalca), ki je zemljišče po sklenitvi in perfektnosti prodajne pogodbe prodal in izročil državi.⁹⁵ Zato prodajalcu jamči iz prodajne pogodbe. Po isti logiki je imel tudi zakupnik v prvem Afrikanovem primeru teoretično svobodno voljo pri sklepanju prodajne pogodbe z državo in je zato zakupniku odgovarjal zaradi neizpolnitve zakupne pogodbe.

V zvezi s tem bi lahko govorili o *de iure* svobodnem, a *de facto* izsiljenem (prisilnem) kupu. Na presečišču upravnega in civilnega prava je obstajala »prisilna« pogodba (»Zwangsvertrag«),⁹⁶ ki pa je zaradi nedopustnega nagiba (*vis ac metus*) ni bilo mogoče izpodbijati po splošnih merilih civilnega prava.⁹⁷ Neformalni magistratov pritisk na sklenitev pogodbe namreč ni veljal za protipravnega, saj je izhajal iz njegovega koercicijskega upravičenja.⁹⁸ Iz tega izhaja, da je umestitev rimske razlastitve v okviru »oblastnih ravnanj javnopravnih oseb« zavajajoča, saj je bila pravnoformalno pogodbene narave, čeprav bi jo *de facto* ustrežneje umeščali med oblastne (suverene) enostranske akte.

Kljub prepričanju pravnih zgodovinarjev, da je bilo poseganje vladarjev v zasebna razmerja zlasti v dominatu vse pogostejše in manj obzirnejše kot v prejšnjih obdobjih, iz virov razberemo, da so se tudi cesarji zavedali zahteve po samoomejevanju pri tovrstnih posegih. Čeprav človeški zakoni za cesarja niso bili

⁹⁵ Ankum, *Afrikan*, str. 175.

⁹⁶ »Verträge können daher, wenn ein öffentliches Interesse in Frage kam, über das der Beamte des römischen Staats kraft seines Amtes zu wachen hatte, durch sein *Imperium* unter Androhung von Nachteilen, die in Koerzitionsstrafen bestanden, erzwungen werden.« Düll, *Recenzija k de Robertis*, str. 350 ss.

⁹⁷ C. Th. 3, 1, 9: *Venditiones, donationes, transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari* (»Ukazujemo, da so neveljavne prodaje, darila in poravnave, ki so izsiljene s strani močnejšega.«); C. 4, 38, 13 pr. in C. Th. 3, 1, 6.

⁹⁸ O pojmu *coercitio* gl. Kunkel, *Staatsordnung und Staatspraxis*, str. 149 ss.

zavezujoči,⁹⁹ se je ta zavedal, da cesarska vladavina počiva na doslednem spoštovanju lastnih zakonov.¹⁰⁰

2.2 *Tabulae novae* in moratoriji

O nekakšni obliki razlastitve kot posegu v premoženjsko sfero zasebnih pravnih subjektov bi lahko govorili tudi pri odpisih dolgov (*tabulae novae*) in oblastnih odlogih plačil (*moratoria*).¹⁰¹ V obeh primerih gre za javnopravna posega v obligacijskopravna razmerja, ki sta z zmanjševanjem zadolženosti prebivalstva skušala omiliti socialne napetosti, še zlasti v obdobjih družbenih kriz, ki so sledile naravnim nesrečam, vojnam in socialnim nemirom. Rimska kreditna zakonodaja je namesto odpisov dolgov orientalskega in grškega tipa¹⁰² sicer redno posegala po omejevanju obrestnih mer.

Toda tudi splošni odpusti dolgov rimski družbi niso bili povsem tuji. Kot značilen akt vladarjeve milosti (*indulgentia principis*) so prav tako smeli podaljšati rok za prostovoljno izpolnitev že zapadle obveznosti.¹⁰³ Na razvoj moratorijev naj bi prispevala provincialna praksa. Neki papirus iz leta 331 omenja na provincialnega prefekta naslovljeno prošnjo za dodelitev petletnega odloga izpolnitve obveznosti z utemeljitvijo, da bi v primeru siljenja k takojšnji izpolnitvi dolžnik utrpel nepopravljivo škodo.¹⁰⁴ Prefekt je ugodno rešitev prošnje pogojeval z ustanovitvijo poroštva. Morda je prefektovo pogojevanje moratorija z nadomestnim zavarovanjem odsev dejstva, da ti v nasprotju s cesarjem niso smeli podeljevati moratorijev brez ustreznih garancij za upnike, saj bi tovrstna praksa utegnila imeti uničujoče ekonomske posledice za kreditiranje.¹⁰⁵ Že leta 382 so bili vsi moratorijski reskripti razveljavljeni, dolžnikom pa je cesar ukazal, da nemudoma

⁹⁹ Ulp. D. 1, 3, 31 pr.: *Princeps legibus solutus est* [...] (»Cesarja zakoni ne vežejo [...].«) Ulp. D. 1, 4, 1: *Quod principi placuit, legis habet vigorem*. (»Kar odloči cesar, ima značaj zakona.«) Ulp. D. 1, 4, 1, 1: *Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas volgo constitutiones appellamus*. (»Kar s pismom in podpisom sporoči cesar in ne glede na to, ali to stori po sodni preiskavi ali brez ali pa to ukaže z ediktom, ima značaj zakona. In te zakone splošno imenujemo konstitucije.«)

¹⁰⁰ Inst. 2, 17, 8 (sec. Alex. et Ant.): *Licet legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*. (»Čeprav smo odvezani (spoštovanja) zakonov, kljub temu živimo po njih.«) Th. Val. C. 1, 14, 4: *[D]e auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. et re vera maius imperio est submittere legibus principatum*. (»Naša avtoriteta počiva na avtoriteti prava. Podreditev zakonom je pomembnejša od cesarjeve vladarske moči.«) O tem Demandt, *Die Spätantike*, 252 ss.

¹⁰¹ Wagner, *Grundlegung*, str. 556; Jhering, *Geist II*, str. 77.

¹⁰² Aristot. Const. Ath. 12, 4 (Solonova σεισάχθεια).

¹⁰³ Pravica do podeljevanja moratorijev je spadala med prerogative evropskih vladarjev do 19. stoletja. V tem obdobju velik del teorije in javnosti ni bil več naklonjen poseganju vladarja v zasebnopravna razmerja. V zvezi s tem se je ustalil rek »Quinquenellen gehören in die Höllen«. (Op.: *literae quinquenales* – odločba o petletnem moratoriju). Mittermaier, *Bemerkungen über Moratorien*, str. 451; Gaudemet, *Indulgentia principis*, str. 3 ss.

¹⁰⁴ PSI 7 767 (Oxyrhynchus). O tem Taubenschlag, *Zum gerichtlichen Moratorium*, str. 401 ss.

¹⁰⁵ Solazzi, *L'Estinzione dell'obbligazione*, str. 105, op. 1.

izpolnijo vse zapadle obveznosti.¹⁰⁶ V Justinijanovem pravu je glede moratorijev veljalo naslednje načelo:

C. 1, 19, 4 Grat. Valentin. Theodos. AAA. Flor. pp.: *Universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi fideiussio idonea super solutione debiti praebeatur.* <a. 382 D. VIII k. Mart. Constantinopoli Antonio et Syagrio cons.>

Grat. Valentin. Theodos. C. 1, 19, 4 Cesarji Gracijan, Valentinijan in Teodozij Flor(ian) u, pretorijanskemu prefektu: »Vsi reskripti za odloge plačila, ki so bili izprošeni v zvezi z dolgovanimi izpolnitvami obveznosti nimajo veljave, razen če se zagotovi ustrezno poroštvo glede izpolnitve dolga.« <Dano 8. dan pred marčnimi kalendami v Konstantinoplu v letu, ko sta bila konzula Antonij in Sigarij (22. februar 382)>

Dolžniki, ki jim je bil podeljen moratorij, so morali upnikom zagotoviti ustreznega poroka (*fideiussor idoneus*), sicer se moratorij ni štel za učinkovitega. Podobnosti cesarske konstitucije s provincialno prakso so očitne. Vprašljivo je, ali je šlo pri tem za splošno zahtevo ali pa se je konstitucija, kot je zatrjeval Gothofredus, omejevala zgolj na fiskalne dolžnike (*debitores tributorum*).¹⁰⁷ Zahteva po zagotovitvi poročstva je bila za upnika edina uteha, ki jo je pogojeval cesar s svojim enostranskim milostnim aktom.

Do edinega znanega vsesplošnega odpusta dolgov v pozni antiki je prišlo ob frankovski invaziji Italije in Sicilije leta 555. Ker so v roparskih napadih upniki izgubili zavarovanje, so želeli nemudoma priti do poplačila terjatev, kar je pomenilo velik pritisk na dolžnike. Zaradi nenehnih prošenj po oblastni intervenciji je Justinijan leta 555 sprejel poseben zakon, ki mu zaradi izredne stiske, v kateri se je znašel zahodni del cesarstva, kot pravi sam, v zgodovini ni bilo para.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Grat. Valentin. Theodos. C. Th. 1, 2, 8: *Universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus impetrata sunt, rescindantur, cum sit acerbis perurgendus, qui, mansuetudinis nostrae pudore fatigato, non quid utilitatibus publicis, sed quid suis fraudibus conveniret, adspexit.* C. Th. 1, 2, 8. Interpr. *Si cuiuslibet rei debitor convictus, propter differendam solutionem a principe inducias impetraverit, beneficium, quod obtinuerit, non valebit, sed cautionem suam implere cogatur.* (»Vsi reskripti za odloge plačila, ki so bili izprošeni v zvezi z dolgovanimi izpolnitvami obveznosti, naj bodo razveljavljeni, saj je treba močneje pritisniti na tiste, ki so izčrpali obzirnost naše milosti in bolj kot javno korist upoštevali to, kar je bilo pripravno za njihovo zvijačnost. Interpretacija: Če je kdo obsojen kot dolžnik in je od cesarja izprosil odlog plačila, mu usluga, ki jo je pridobil, ne bo koristila, temveč bo prisiljen izpolniti zadolžnico.«)

¹⁰⁷ Gothofredus, *Codex Theodosianus*, str. 20. Pharr, *The Theodosian Code*, str. 13, op. 21, meni, da beseda *debita* označuje »tax payments that are due«.

¹⁰⁸ Iustiniani constitutio 8 (*Lex quae data est pro debitoribus in Italia et Sicilia*): *Cum semper decursio barbarici temporis in novarum rerum <remedium novis> et veteribus legibus <ignotis> occasionem praebeat promulgandis, generalibus hominum difficultatibus communi remedio subvenire necesse est.* (»Ker naval v barbarskih časih neprestano ponuja priložnost za sprejemanje novih zakonov, <ki so bili starim neznani>, kot <нове rešitve> v novih razmerah, je treba ljudem, ki so v vsesplošni stiski, pristopiti na pomoč s skupno rešitvijo.«) Emendacije v šilastih oklepajih, ki dopolnjujejo besedilo, navajam po Miller, Sarris, *The Novels II*, str. 1131.

2.3 Javna bremena

Rimska država je državljanom in provincialnemu prebivalstvu nalagala različna javna bremena, zlasti davke. Temelj davčne obveznosti rimskega državljana je bila konzulova letna objava davčne obveznosti državljanov. S tem aktom je postal rimski državljan fiskalni dolžnik.¹⁰⁹ Vprašanje je, ali je država oziroma erar davčno obveznost iztoževala v rednem pravnem postopku po mehanizmu zasebnega prava. Zasebnopravno prvino davčne obveznosti bi denimo nakazovala možnost odstopa (cesije) davčne terjatve. Papinijan v D. 50, 15, 5 opisuje primer solidarnega dolžnika zemljiškega davka, ki je poplačal celotno terjatev. Ali je po zgledu pravne dobrote odstopljenih tožb fiskusova terjatev prešla na dolžnika, ki je izpolnil obveznost?

D. 50, 15, 5 Pap. libro 19 responsorum: *Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conveniretur, adversus ceteros, quorum aequae praedia tenentur, ei qui conventus est actiones a fisco praestantur, scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributui conferant.*

D. 50, 15, 5 (Papinijan v 19. knjigi spisa *Responsae*): »Če je od enega izmed zemljiških posestnikov izterjana celotna davčna obveznost, ima ta zoper preostale posestnike, ki se jih drži ista davčna obveznost, pravico, da zahteva fiskusovo tožbo, da bi se davčna obveznost porazdelila med ostale dolžnike.«

Papinijan torej ni imel nobenih pomislekov pri pretvorbi fiskusove obveznosti v zasebno terjatev.¹¹⁰ Po Pernicejevem mnenju pa iz Papinijanovega odlomka ni mogoče sklepati, da je imel erar zoper davčnega dolžnika tožbo, ki bi bila ustrojena po merilih zasebnega prava.¹¹¹

Druga posebnost rimskega zemljiškega davka je bila njegova stvarnopravna narava. Zavezanec za plačilo zemljiškega davka je bil vsakokratni stvarnopravni upravičenec zemljišča. Kot sta odpisala cesarja Antonin in Ver, so v zadevah (zemljiških) davkov zavezana zemljišča sama in ne osebe. Posledično je bil vsakokratni posestnik zemljišča¹¹² zavezan plačati zaostalo davčno obveznost zemljiških prednikov. Če kupec za obstoj davčnega dolga ni vedel, je smel prodajalca tožiti iz prodajne pogodbe zaradi pravne napake:

D. 39, 4, 7 pr. Papir. libro 2 de constitutionibus: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque exemplo¹¹³ actionem, si ignoraverint, habituros.*

Papir. D. 39, 4, 7 pr. (Papirij v 2. knjigi spisa *De constitutionibus*): »Cesarja Antonin in Ver sta odpisala, da odgovarjajo v davčnih zadevah zemljišča sama, in ne osebe.

¹⁰⁹ Pernice, *Beziehungen*, str. 15 ss.

¹¹⁰ Pernice, *Beziehungen*, str. 18.

¹¹¹ Pernice, *Beziehungen*, str. 18.

¹¹² Tudi užitkar kot kvaziposestnik. Gl. Ulp. D. 7, 1, 27, 3; Paul. D. 33, 2, 28.

¹¹³ Po ustaljenem prepričanju je treba besedo *exemplo* nadomestiti z *ex empto*. Gl. Pernice, *Beziehungen*, str. 69.

Zato je treba, da vsakokratni posestniki zemljišča poravnajo tudi davčno obveznost prednikov, imeli pa bodo tožbo iz kupne pogodbe, če za to obveznost kupci niso vedeli.«

V okvir javnih bremen juristi prištevajo obveznosti vsakokratnega zemljiškega posestnika, ki so vključevala plačilo potnih, vodnih in kanalizacijskih pristojbin¹¹⁴ ter popravila javne infrastrukture. Tako je denimo že Zakonik XII. plošč določal, da lastniki ohranjajo prehodnost in varnost javnih poti.¹¹⁵ Klasiki omenjajo, da so vozne pristojbine bremena zemljišča in ne posameznikov.¹¹⁶ Plačati jih je moral tisti, ki je zemljišče dejansko uporabljal, tudi npr. uživkar.¹¹⁷

V naštetih primerih smo soočeni z obstojem tako imenovanih stvarnih (realnih) bremen, ki so rimskemu zasebnemu pravu vsaj načeloma bila tuja. Po splošnem načelu služnostnega prava, ki ne priznava služnosti v storitvi (*servitus in faciendo consistere nequit*), rimski juristi bi obstoj stvarnih bremen v zasebnem pravu niso priznavali. Po njihovem prepričanju bi njihov obstoj pretirano okrnil načeloma svobodno lastninsko pravico.¹¹⁸ Drugače pa je veljalo v javnem pravu oziroma na preseku zasebnega z javnim pravom.¹¹⁹ Do priznanja obstoja stvarnih bremen je zaradi razlogov, ki jih je narekovala fevdalna družbena ureditev, prišlo šele v času recepcije rimskega prava, natančneje v obdobju *usus modernus Pandectarum* (16.–18. stol.).¹²⁰

3. Nadzorna ravnanja javnopravnih oseb

3.1 Javne listine in registracija

Preko svojih organov je rimska država v številnih zasebnopravnih razmerjih vršila nadzorno funkcijo, s čimer v javnem interesu ni varovala zgolj strank pogodbenega razmerja, ampak tudi tretje osebe. Paternalizem je v sicer liberalistično prežetem klasičnem pravu sorazmerna redkost.¹²¹ Simptomatična je zlasti odsotnost zemljiške knjige, katere edini približek bi lahko, po prevladujočem mnenju, iskali v rimskem Egiptu 1. stoletja po Kr. Egipčanski zametek zemljiške knjige naj bi bil »arhiv posesti« (βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων), ki ga je za rimsko provinco Egipt predpisal Edikt Metija Rufa. Ta se je v odločilnem delu glasil:

¹¹⁴ Pernice, *Beziehungen*, str. 80.

¹¹⁵ Tab. 7, 7.

¹¹⁶ Call. D. 50, 4, 14, 2: *Viarum munitiones, praediorum collationes non personae, sed locorum munera sunt.* (»Dela na cesti in zbiranje davkov niso bremena oseb, temveč zemljišč.«)

¹¹⁷ Ulp. D. 7, 1, 27, 3.

¹¹⁸ Kaser, *Das römische Privatrecht*, str. 405 in 443.

¹¹⁹ Žepič, *Zemljiška služnost kot dogmatični model*, 174, op. 108.

¹²⁰ O tem Žepič, *Zemljiška služnost kot dogmatični model*, str. 174 ss.

¹²¹ »Classical law was not primitive but liberal.« Tako je Schulz (*Classical Roman Law*, str. 353) pospremil očitek rimskemu pravu, ki da ni izoblikovalo zadostne publicitete pri prenosu in obremenitvi nepremičnin.

Κελεύω οὖν πάντας τοὺς κτήτορας ἐντὸς μηνῶν ἐξ ἀπογρά ψασθαι τὴν ἰδίαν κτῆσιν εἰς τὴν τῶν ἐνκτήσεων βιβλιοθήκην καὶ τοὺς δανειστάς ἄς ἐάν ἔχωσι ὑποθήκας καὶ τοὺς ἄλλους ὅσα ἐάν ἔχωσι δίκαια, τὴν δὲ ἀπογραφὴν ποιείσθωσαν δηλοῦντες πόθεν ἕκαστος τῶν ὑπαρχόντων καταβέβηκεν εἰς αὐτοὺς ἢ κτῆσεις.¹²²

»Zato ukazujem, da morajo vsi lastniki v šestih mesecih svojo zasebno posest napovedati pri »arhivu posesti«, kakor morajo tudi vsi upniki napovedati vse hipoteke in druge pravne naslove, ki jih imajo. Na tej podlagi morajo ob napovedi predložiti tudi podatke o tem, od koga je (na njih) prešla lastnina na stvareh, ki jih imajo v posesti.«

Podobno težnjo kot βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων napoveduje overovljanje pravnih poslov, napravljanje javnih listin in njihovo vpisovanje v javne registre. Oblastni organi začno v cesarski dobi podeljevati tudi najrazličnejša dovoljenja in odobritve, ki predpostavljajo veljavnost pravnih poslov. Vse našteje oblike vsebujejo prvino »ljudske garancije« (Volksgarantie), da je bil pravni posel sklenjen skladno z zahtevami, ki jih upoštevajo javni interes narekuje pravni red.¹²³

3.1.1 Javne listine (*instrumenta publica*)

Naprava javnih listin in overovljanje zasebnih listin sta pravna lika, ki sta v rimsko pravo prodrli pozno, in sicer v helenistično navdahnjeni Konstantinovi dobi.¹²⁴ Hkrati pomenijo eno najznačilnejših intervencij birokratskega absolutizma v zasebno pravo.¹²⁵

Pravica naprave javne listine (*ius actorum conficiendorum* ali *ius gestorum*)¹²⁶ je bila pristojnost upravnih organov, da določene izjave strank, ki so bile dane na zapisnik, ali vsebino zasebno napravljenih listin vnesejo v javne knjige (*tabulae publicae, acta, gesta, commentarii, libelli*) in da na predlog strank o tem izdajo pisni odpravek.¹²⁷ Vnos listine v javno knjigo se običajno imenuje *insinuat* ali *allegatio*.¹²⁸ Pristojnost sestavljanja javnih listin so imeli *magister census*,¹²⁹ *duoviri*,¹³⁰ *defensor civitatis*,¹³¹ najbrž tudi nekateri cerkveni organi. Pri napravi javnih listin so morali biti v municipijih poleg magistrata in pisarja (*exceptor*) prisotni še trije dekurioni.¹³² Originalno listino so shranili v arhivu, stranka pa je dobila odpravek

¹²² Riccobono, FIRA I, str. 324 ss, št. 60. O tem Jördens, *Nochmals zur Bibliotheksenkeseon*, str. 278.

¹²³ Jhering, *Geist* I, str. 208.

¹²⁴ Steinwenter, *Die antiken Grundlagen*, str. 77: »der auch sonst gräzisierung Konstantin«.

¹²⁵ Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 232 ss.

¹²⁶ Const. C. Th. 2, 4, 2: [...] *eos, quibus actorum conficiendorum ius est*. Steinwenter, *Beiträge*, str. 30 ss.

¹²⁷ Sestavne dele javnih listin navaja Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 233.

¹²⁸ Sellert, *Insinuation*, stolp. 1256–1259.

¹²⁹ Lydus, *De Magistratibus* 2, 30.

¹³⁰ Vat. 112.

¹³¹ C. Th. 8, 12, 8, 1.

¹³² Arcad. Honor. C. Th. 12, 1, 151: *Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialium praesentia, excepto magistratu et exceptore publico, semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur. Sic enim et fraudi non patebit occasio et veritati maior crescit auctoritas*. (»Želimo, da so pri napravi javnih listin poleg magistrata in javnega zapisnikarja

s podpisi treh dekursionov in zapisnikarja.¹³³ Pristojnosti naprave javnih listin niso imeli pisarji (*tabelliones*), predhodniki srednjeveških notarjev, čeprav se tudi za njihove listine uporablja izraz *instrumenta publice confecta*.¹³⁴ Javni organi so imeli z napravo javnih listin določene stroške, ki jih v obliki taks niso smeli prevaliti na stranke. Vse do Konstantina, ko so predpisali javne takse kot pavšalni strošek za vodenje upravnih zadev, so pobiranje taks šteli za podkupovanje, ki je bilo kaznovano z obglavljanjem.¹³⁵ Pravilno napravljena javna listina je za stranke predstavljala posebno postopkovno ugodnost v dokaznem postopku,¹³⁶ saj je štela za neizpodbojen dokaz, ki je užival javno zaupanje (*publica fides*).¹³⁷

3.1.2 Registracija pravnih poslov (*allegatio gestis*)

Konec tretjega stoletja so se množili primeri zahtev po obligatornem sodelovanju javne oblasti pri sklepanju pravnih poslov med zasebniki. Značilen primer tovrstnega sodelovanja in hkrati nadzorstva je bila zahteva po vpisu vsebine zasebne listine v javno knjigo (register). Sprva je bila vsebina rimskih javnih zapisnikov omejena na beleženje uradnih procesnih dejanj.¹³⁸ Že sorazmerno zgodaj so poznali tudi upravno-pravno registracijo.¹³⁹ V cesarski dobi se je potreba po publiciteti zasebnopravnih poslov vse bolj krepila, kar je v končni fazi privedlo do že omenjene pristojnosti naprave javnih listin, predvsem pa njihovega vpisa v register (*acta*).¹⁴⁰ Registracijo so predpisovali predvsem zaradi davčnih namenov.¹⁴¹ Po Konstantinovem pravu prodajna in darilna pogodba nepremičnin nista bili veljavni, če obhodu zemljišča in pritegnitvi sosedov ni sledil vpis listine v sodnikov register (*gesta iudicis*).¹⁴² Regi-

prisotni še najmanj trije dekursioni. To število naj bo pri napravi javnih listin vselej upoštevano. Kajti le tako se ne bo ponudila priložnost za goljufanje in resnica bo pridobila avtoriteto.◀)

¹³³ Steinwenter, *Die antiken Grundlagen*, str. 78.

¹³⁴ Steinwenter, *Die antiken Grundlagen*, str. 77; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 234.

¹³⁵ O taksah gl. C. 3, 2: *De sportulis et sumptibus in diversis iudiciis faciendis et de executoribus litium* (»O taksah in stroških v sodnih zadevah ter o sodnih izvršiteljih«).

¹³⁶ C. 4, 20, 1 pr.: Κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται. (»Nepisan dokaz ne more predhajati pisanemu dokazu.«)

¹³⁷ Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, str. 557, op. 28; Steinwenter, *Die antiken Grundlagen*, str. 77.

¹³⁸ Steinwenter, *Beiträge*, str. 43; Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, str. 557.

¹³⁹ Tipičen primer antičnega upravnega registra je bil register rojstev. Na podlagi papiroloških študij rimskega Egipta je Steinwenter, *Beiträge*, str. 6 (gl. tudi str. 41), dokazoval razširjenost vpisovanja rojstev v javne knjige še pred Markom Avrelijem. Gl. Scaev. D. 22, 3, 29, 1, ki v zvezi z nezakonskimi otroki omenja njihov vpis v posebni register (*professio apud acta*), ter Apuleius, *Apologia* 89, ki omenja (*album*) *professionum liberorum natorum*, torej seznam novorojencev, shranjen v javnem arhivu (*tabularium publicum*).

¹⁴⁰ Steinwenter, *Beiträge*, str. 31.

¹⁴¹ Zaradi istih razlogov je bila že v Avgustovem času uvedena zahteva po javnem odpiranju oporok (PS 4, 6, 1).

¹⁴² Const. C. Th. 3, 5, 1: *Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset*. (»Naš oče ni dovolil, da bi bilo darilo veljavno, če ni bilo vpisano v register.«); Constantius C. Th. 8, 12, 6.

stracija je sledila pripoznanju davčne obveznosti pred organom, ki je izvedel davčno preverbo (*inspectio publica vel fiscalis*):

Const. C. Th. 3, 1, 2: *Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui, rem sine censu vel comparare vel vendere. inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat.*
Const. C. Th. 3, 1, 2: »Kupec naj pripozna davek na kupljeno stvar: nikomur ni dovoljeno kupiti ali prodati stvari brez pripoznanja davčne obveznosti (*sine censu*). Skladno s tem zakonom je potrebna javna ali fiskusova preverba [pripoznave davčne obveznosti]. Če bi se kaj prodalo ali kupilo brez plačila davka, naj prodajalec izgubi posest na blagu, kupec pa kupnino, ker sme fiskus oboje vindicirati.«

Valentinijan III. je leta 444 odredil, da je zaradi nevarnosti davčnega obida treba vsako pogodbo, katere predmet so bile nepremičnine, skleniti pred javnim organom:

Nov. Val. 15, 3: *Omnis autem contractus, qui clanculario vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate. Quod ne fiat, ea ratione prospicimus, ut gestis municipalibus immobilium rerum contractus constet initus, mobilium vero emissis pittaciis transigatur [...]*

Nov. Val. 15, 3: »Vsaka pogodba, ki je, bodisi s strani kupca bodisi prodajalca, sklenjena na skrivaj, z namenom zaobiti zakon, je neveljavna. Da se to ne bi dogajalo, določamo, da se mora pogodba, ki se nanaša na nepremičnine, vnesti v javni mestni register, pogodba, ki pa se nanaša na premičnine, pa mora biti napravljena v obliki pisnih listin [...].«

Kot ugotavlja Wieacker, je iz vulgariziranih pravnih tekstov iz zahodnega dela cesarstva razvidno, da se je registracija pravnih poslov v praksi uveljavila le na vzhodu.¹⁴³ Vzhodnorimski cesar Zeno je obveznost insinucije iz zavezovalnega posla razširil celo na izročilno pismo (*epistula traditionis*). Pristojnost insinucije tako zavezovalnega posla kot tudi izročilnega pisma so imeli dekurioni.¹⁴⁴

Justinijan je zahtevo po insinuciji darilnih obljub razširil na premičnine, ki so presegle vrednost 200, kasneje 300 in končno 500 solidov.¹⁴⁵ Izvzeta so bila le zaročna darila in darila pred sklenitvijo zakonske zveze,¹⁴⁶ darila za primer smrti¹⁴⁷ ter darila cesarju.¹⁴⁸ Postopno višanje vrednosti zneska, ki je zahteval insinucijo,

¹⁴³ Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 233.

¹⁴⁴ Steinwenter, *Die antiken Grundlagen*, str. 103.

¹⁴⁵ Vat. 249, 7; Const. C. Th. 3, 5, 1; Const. C. Th. 8, 12, 1, 2; Const. C. Th. 8, 12, 3: *Promulgatum dudum est donationes nullo alio modo firmas posse detineri, nisi apud actorum contestationem confectae fuerint.* (»Pred kratkim je bilo razglašeno, da darila ne morejo biti veljavna, če niso bila vpisana v javni register.«) C. Th. 8, 12, 5: *Data iam pridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur.* (»S prejšnjim zakonom [mišljen je najbrž C. Th. 8, 12, 1] smo določili, da se darila izvršijo s pritegnitvijo prič ob vpisu v javni register.«)

¹⁴⁶ Const. C. Th. 3, 5, 8; Iust. C. 8, 53, 34 in 36, 3.

¹⁴⁷ Iust. C. 8, 56, 4.

¹⁴⁸ Iust. Nov. 52, 2.

kaže, da se je vladarjeva odredba v praksi upoštevala in je celo pretirano obremenjevala delokrog upravnih organov. Justinijan je poudarjal, da je naprava javne listine najzanesljivejša oblika izogitve dokaznim težavam.¹⁴⁹ Zanimivo pri tem je, da niso insinuirali pogodb o ustanovitvi zastavne pravice na nepremičninah, so pa v postklasičnem cesarskem pravu predvideli možnost ustanovitve zastavne pravice z javno listino (*pignus publicum*):

Leo C. 8, 17, 11, 1: *Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.*

Leo C. 8, 17, 11, 1: »Če želi kdo na podlagi teh listin uveljavljati ročno ali hipotečno zastavno pravico, ukazujemo, da naj ima prednost tisti, ki opira svoj zahtevek na javne listine (*instrumentis publice confectis*), čeprav je bila zastavna pravica (te vrste) ustanovljena pozneje. To naj velja v vseh primerih, razen če je zasebna listina prejšnjega zastavnega upnika opremljena s podpisi treh preizkušenih in častnih mož, saj se taka listina šteje, kot da bi bila javno napravljen (quasi publice confecta).«

Tako ustanovljena hipoteka je zastavnemu upniku nudila precejšnjo ugodnost, ker je uživala prednost v izvršbi pred predhodno ustanovljenimi brezobličnimi hipotekami. Možnost antedatiranja je bila pri hipotekah, ki so se opirale na brezoblični dogovor o nastanku hipoteke, ki je bil običajno oprt na zasebno listino, neprimerno večja kot pri hipotekah, ustanovljenih z javno listino.¹⁵⁰

Postklasično rimsko pravo je poznalo tudi fakultativno registracijo zasebnopravnih poslov. Vsakdo je smel izraziti poslednjo voljo pred oblastvom, ki je imelo pristojnost naprave javne listine (*ius actorum*) ter njeno vsebino vnesti v javni register.¹⁵¹ Podobno je bilo mogoče oblastveno emancipirati svojepravne in osvobajati sužnje¹⁵² ter postavljati pravdne zastopnike (*procuratores*).¹⁵³ Upravno-pravnega značaja je bila tudi postavitve varuha ali skrbnika, ki sta morala ob prevzemu funkcije oblastvu izročiti varovančev¹⁵⁴ oziroma skrbljenčev inventar.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Iust. Nov. 73, 7, 3.

¹⁵⁰ MacChombaich, *A Summary*, str. 401 s.

¹⁵¹ Honor. Const. C. 6, 23, 19.

¹⁵² Anas. C. 8, 48, 5 pr.; Iust. C. 8, 47, 11 pr.

¹⁵³ PS 1, 3, 1; Cons. 3, 1 in 4.

¹⁵⁴ Arcad. Honor. C. Th. 3, 30, 6; Leo C. 1, 3, 31.

¹⁵⁵ Iust. C. 1, 4, 27, 1.

3.2 Dovoljenje javnega organa

3.2.1 Izposlovanje lastninske pravice (*impetratio domini*)

Značilen primer intervencije državnih organov v okviru njihove nadzorne funkcije nad pravnim prometom je izdaja najrazličnejših odobritev oziroma dovoljenj ter temu podobnih ravnanj, ki skušajo preprečiti zlorabe, v katere bi vodila preširoka pogodbeno avtonomija.

Na značilen primer podelitve oblastnega dovoljenja naletimo v okviru pravne ureditve unovčenja zastavne pravice. Kot je znano, je Konstanin leta 321 ali 326 prepovedal dogovor zastavnega upnika in zastavitelja, na podlagi katerega je smel zastavni upnik v primeru neizpolnitve zavarovane zapadle terjatve obdržati zastavljeno stvar (tako imenovani komisorni dogovor, *lex commissoria*).¹⁵⁶ Zastavni upnik je moral zastavljeno stvar po zapadlosti zavarovane terjatve vselej prodati, se iz izkupička poplačati, morebiten presežek izkupička od prodaje pa izročiti zastavitelju. Po Konstantinovi prepovedi komisornega dogovora se je postavilo vprašanje, kaj naj stori zastavni upnik, ki tudi po dveh letih ni našel primerne kupca zastavljene stvari. Vprašanje je leta 530 na temelju klasičnih podlag izčrpno uredil cesar Justinijan.¹⁵⁷ Zastavni upnik je moral po novi ureditvi opomniti dolžnika, naj izpolni obveznost, in hkrati napovedati, da bo v nasprotnem primeru pozval cesarsko pisarno, da mu zastavljeno stvar oblastno domakne v lastnino. Če je bil dolžnik odsoten, se je moral upnik obrniti na provincialnega sodnika, ki je dolžniku sporočil končen rok za izpolnitev obveznosti.¹⁵⁸ Če dolžnik tudi v nadaljnjih dveh letih obveznosti ni izpolnil, se je smel upnik obrniti na cesarsko pisarno, kjer je izprosil domik zastavljene stvari v lastnino (*impetratio domini*).¹⁵⁹ Ob izdaji reskripta, ki ga je cesar izdal po zgledu milostnih aktov, je postal zastavni upnik lastnik prisojene stvari, vendar tudi tokrat pod razveznim pogojem dolžnikovega poplačila.¹⁶⁰ Z odkritim sklicevanjem na pieteto in humanost do dolžnika, ki

¹⁵⁶ O tem Žepič, *Interesno ravnotežje*, str. 278 ss.

¹⁵⁷ C. 8, 33 (*De iure domini impetrando*). Dernburg, *Das Pfandrecht II*, str. 240 ss.

¹⁵⁸ Iust. C. 8, 33, 3, 2–3.

¹⁵⁹ Iust. C. 8, 33, 3, 3a: *Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis iure domini habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio.* (»Če pa se v določenem roku dolžnika ne bil najde ali pa zavrne plačilo dolgovanega denarnega zneska v celoti, naj se upnik obrne na najvišjega ter ga izprosi podelitev lastninske pravice na zastavljeni stvari in po cesarski odredbi bo to postalo njegova last.«) Gl. tudi Alex. C. 8, 33, 3, 1.

¹⁶⁰ Iust. C. 8, 33, 3, 3b: *Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori qui iam dominus factus est offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare.* (»In potem ko je bilo to storjeno, ima dolžnik za povrnitev svoje lastninske pravice na zastavljeni stvari zavoljo usmiljenja na voljo (naslednji) dve leti, ki se štejeta od trenutka izdaje cesarskega dekreta, in dovoljeno mu je upniku, ki je postal lastnik, ponuditi dolgovani znesek skupaj z obrestmi in pod upnikovo prisego ocenjenim nadomestilom za škodo, ki je bila upniku povzročena po dolžnikovi krivdi.«)

veje iz besedila konstitucije, ta kaže težnjo po olajševanju dolžnikovega pravnega položaja (*favor debitoris*), ki naj bi zaznamovala pravni razvoj v dobi krščanskih cesarjev.¹⁶¹ Ne le večkratno podaljševanje rokov, ampak tudi sodelovanje oblastnega organa, v tem primeru cesarske pisarne, kaže na kvalitativno novost birokratske absolutistične države, ki s svojimi izrednimi posegi, spominjajočimi na milostne akte, vse dejavnije sooblikuje zasebnopravna razmerja.¹⁶²

3.2.2 Javna položitev

Skrb za dolžnike je mogoče zaznati tudi pri razvoju enega izmed nadomestkov izpolnitve, namreč javni položitvi (*depositio*). Da bi si prihranil posledice dolžnikove zamude, je smel dolžnik dolgovan denarni znesek položiti na javnem kraju (*in loco publico*).¹⁶³ To je smel storiti, če zaradi neupravičenega razloga upnik ni želel sprejeti izpolnitve. Učinki javne položitve, med katerimi je bilo vsaj v določenih primerih zajeto tudi prenehanje dolžnikove obveznosti,¹⁶⁴ so nastopili le, če je upnik pred deponiranjem opomnil dolžnika.¹⁶⁵ Za našo razpravo je pomemben predvsem kraj položitve. Denarni znesek je smel dolžnik zapečatiti in ga shraniti pri sebi, pri bankirju ali javnem skladišču (*horrea publica*).¹⁶⁶ Zaradi zaupanja, ki so ga bili deležni tempeljski nadzorniki (*aeditui*), so se pologi dogajali predvsem pri njih. Tatvino položenega predmeta *in aede sacra* so obravnavali kot javno kaznivo dejanje – *sacrilegium*.¹⁶⁷ Ob tem so dolžnikom izdali posebno potrdilo o položitvi (*testatio*), ki je veljalo za javno listino.¹⁶⁸ Če je bila položitev na javnem kraju v klasičnem obdobju rimskega prava potrebna le v primeru posebej varovanih upnikov (nedorasli upnik; upnik, odsoten po državnih poslih), je v obdobjih gospodarskega nazadovanja, ko se je krhalo zaupanje med gospodarskimi subjekti, zasebno povsem nadomestila javna položitev.¹⁶⁹ Tudi to smemo šteti za prvine, ki je znak vse očitnejše birokratizacije in etatizacije zasebnega prava.¹⁷⁰

¹⁶¹ Felgenträger, *Antikes Lösungsrecht*, str. 95: »So ist das fremde Verfahren in den Dienst der *pietas* und *humanitas* gegenüber dem bemitleidenswerten Schuldner gestellt.« O nekaterih drugih vidikih načela *favor debitoris* v luči razvoja rimske zastavne pravice gl. tudi Žepič, Non-pledgeable Property, str. 23 ss, in Žepič, Pfandschuldnerschutz in der nachklassischen Rechtsentwicklung, *pass*.

¹⁶² Prim. Dernburg, *Das Pfandrecht II*, str. 250.

¹⁶³ Diocl. Max. C. 4, 24, 10, 2 uporablja izraz *sollemni(s) depositio(ne)*.

¹⁶⁴ Ulp. D. 16, 3, 1, 36; Diocl. Max. C. 8, 42, 9: *Obsignatione totius debitaie pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est*. »Da s slovesnim zapečatenjem vsega dolgovanega zneska nastopi osvoboditev obveznosti, je splošno znano.«

¹⁶⁵ Sev. Ant. C. 4, 32, 2.

¹⁶⁶ Hist. Aug. Vita Alex. 39, 3.

¹⁶⁷ Prim. Cic. De leg. 2, 9, 22; 2, 16, 40; PS 5, 19.

¹⁶⁸ Nitschke, *Die Hinterlegung*, str. 122.

¹⁶⁹ Diocl. Max. 4, 32, 19 pr.

¹⁷⁰ Nitschke, *Die Hinterlegung*, str. 124 s.

3.2.3 Sodelovanje oblastnih organov pri statusnopравnih poslih

3.2.3.1 *Manumissio censu* in *manumissio in sacrosanta ecclesia*

Zaradi velikega pomena statusnopравnih poslov, tako za posameznika kot za skupnost, so ti imeli poudarjeno obličnostno naravo, ki je narekovala sodelovanje javnih organov.¹⁷¹ To lahko opazimo zlasti pri osvobajanju, saj se je z vsako osvoboditvijo povečala skupnost rimskih državljanov, hkrati pa se je zmanjšalo družbeno premoženje. Rimsko pravo je poleg *manumissio vindicta*, ki se je odvijala povsem mimo udeležbe javne oblasti, poznalo tudi dve obliki javnopравnih osvoboditev. *Manumissio censu* so vršili s cenzorjevim vpisom sužnja na državljansko listo vsakih pet let.¹⁷² Ta oblika osvoboditve je izginila v cesarski dobi, njena neposredna naslednica¹⁷³ pa je osvoboditev v cerkvi (*manumissio in sacrosanta ecclesia*) pred zbranim občestvom (*in conspectu ecclesiae*) in škofom (*sub adspectu antistitum*).¹⁷⁴ V obeh primerih lahko javnopравno prvino manumisije razberemo iz sodelovanja javnih organov, tj. cenzorja in v krščanski dobi njegovega idejnega naslednika – škofa. Slednji je v krščanski dobi postal državni organ in deloma prevzel pristojnosti rimskega cenzorja, zlasti v smislu varuha javne morale (*cura morum, regimen morum*).¹⁷⁵

3.2.3.2 *Tutela decretalis*

Če družinski oče ni postavil oporočnega varuha (*tutor testamentarius*), varovanec pa ni imel najbližjega agnata, ki ga je že Zakonik XII. plošč predvidel za zakonitega varuha (*tutor legitimus*), je po določilih zakona *Lex Atilia* moral posredovati mestni pretor skupaj z ljudskimi tribuni. Ker je pretor varuha postavil z dekretom, se je tak varuh imenoval *tutor decretalis*, *tutor Atilianus* ali *tutor dativus*.¹⁷⁶ Pristojnost postavljati dekretalnega varuha in odločati o morebitnih odklonitvenih

¹⁷¹ Publicitetni premik nakazuje tudi posinovitev svojepravne osebe, gl. Anast. C. 5, 27, 6; Diocl. Max. C. 8, 47, 2, 1: *Adrogatio etenim ex indulgentia principali facta proinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset.* (»Adrogacija, četudi je bila izvršena po princepsovi milosti pred pretorjem ali provincialnim upraviteljem, uživa enako veljavo, kot če bi bila izvršena pred ljudstvom.«) Gl. tudi Diocl. Max. C. 8, 47, 6; Inst. 1, 11, 1.

¹⁷² UE 1, 8.

¹⁷³ Epit. Gai. 1, 1, 1: *Cives Romani sint, qui his tribus modis, id est testamento aut in ecclesia aut ante consulem fuerint manumissi.* (»Rimski državljanji so tisti, ki se jih osvobodijo na tri načine: v oporoki, v cerkvi in pred konzulom.«) Prim. Gai. 1, 17, ki kot vrste manumisije omenja *vindicta aut censu aut testamento*.

¹⁷⁴ Const. C. Th. 4, 7, 1; Const. C. 1, 13.

¹⁷⁵ Paschke, *The cura morum*.

¹⁷⁶ Veljavo določil Atilijskega zakona, sprejetega okoli 210 pr. Kr. (Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht*, str. 430), so z zakonom *Lex Iulia et Titia* (31 pr. Kr.) razširili tudi na province. Tam je dekretalne tutorje postavljali provincialni upravitelji (Gai. 1, 185 = Inst. 1, 20 pr.), v municipijih pa *duovir* (Lex Municipalis Salpensana, 29). Več o varuštvo za nedorasle gl. pri Kambič, *Tutela impuberum*, str. 123 ss.

razlogih njegove postavitve so imeli od Klavdija dalje konzuli,¹⁷⁷ od Marka Avrelija *praetor tutelarius*,¹⁷⁸ v postklasični dobi pa mestni prefekt (*praefectus urbi*), ki je moral vrh tega pri postavitvi varuha pritegniti še deset senatorjev. Varuški spori so se reševali pred princepsovimi sodišči v kognicijskem postopku.¹⁷⁹

Varuštvo je bilo »križanec« javnega in zasebnega prava. Javnopravno prvo dekretnega varuštva razodeva npr. pravilo, da tovrstni varuh (v nasprotju z oporočnim varuhom) funkcije ni smel niti zavrniti (*ius se abdicandi*) niti je odstopiti (*in iure cessio*).¹⁸⁰ Sčasoma so se vpeljali strogi odklonitveni razlogi (*causae excusationis*), spričo katerih je smel magistrat dekretalno imenovanega varuha opravičiti od zaupane funkcije.¹⁸¹ Varuštvo so redno dojemali za javno breme (*munus publicum*),¹⁸² na kar nakazuje tudi dejstvo, da je nad njegovim doslednim izvrševanjem bdela država.¹⁸³ V bizantinskem pravu se je varuška funkcija skoraj povsem utopila v javnem pravu; varuhe je poslej postavljala Cerkev.¹⁸⁴

3.2.3.3 *Legitimatio per rescriptum principis in oblatione curiae*

Javnopravne prvine zaznamo tudi pri pozakonitvi nezakonskih otrok. Tudi pri tem statusnopravnem aktu so morali sodelovati javni organi.

Otroci, rojeni v konkubinatu, torej življenjski skupnosti moškega in ženske, ki zaradi socialnih razlik nista smela skleniti zakonske zveze (*matrimonium iustum*), so trpeli dednopravne neugodnosti.¹⁸⁵ Konstantin je skušal njihov položaj

¹⁷⁷ Suet. Claud. 23: *Sanxit ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur.* (»Določil je, da konzuli postavljajo nedoraslim varuhe v ekstraordinarnem postopku.«) Gl. tudi Inst. 1, 20, 3 (*inquisitio*); Vat. 203.

¹⁷⁸ HA Vita Marci 10, 11: *Praetorem tutelarem primus fecit, cum ante tutores a consulibus poscerentur.* (»Vzpostavil je varuškega pretorja, ker so postavitev varuhov prej zahtevali od konzulov.«) O tem Jörs, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung*, str. 31 ss.

¹⁷⁹ Pernice, *Beziehungen*, str. 27.

¹⁸⁰ Vat. 223; UE 11, 17. Več o tem Schulz, *Classical Roman Law*, str. 166 ss.

¹⁸¹ Denimo starost nad 70 let; oddaljeno bivališče; veliko število lastnih otrok; revščina; izvrševanje javnih služb. Vat. 123–246; Inst. 1, 25, pr.–16.

¹⁸² Inst. 1, 25, pr.: [*Nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse.* Hermog. D. 50, 4, 1, 4: *Aequae personale munus est tutela* [...]] (»Enako je tudi varuštvo osebno breme [...].«) Prim. Von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, str. 121: »Sie [Vormundschaft] wird in allen ihren Arten als ein öffentliches das Beste der Mündel bezweckendes Amt betrachtet.«

¹⁸³ Na to kažeta tudi dve kazenskopravni, še iz decemviralne zakonodaje (Tab. 8, 20 a–b) izhajajoči, tožbi: *actio rationibus distrahendis* (tožba na predložitev računov) in *accusatio suspecti tutoris* (obtožba sumljivega varuha). V literaturi se je državnega nadzorstva nad varuhovim delom oprijel izraz »nadvaruštvo« (Obervormundschaft). Gl. npr. Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, str. 587.

¹⁸⁴ Če starši nedoraslemu niso postavili oporočnega varuha, je varuštvo po določilih Ekloge (Ecl. 7,1) prevzela Cerkev, in sicer preko »svojih sirotišnic in drugih božjih hiš in znanih cerkva, v eparhijah po škofijskih uradih, samostanih in cerkvah.« (Ecl. 7, 1: [...] τὸ ὀρφανοτροφεῖον καὶ οἱ λοιποὶ οἴκοι καὶ αἱ γεγνωρισμένα ἐκκλησία, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις τὰ ἐπίσκοπεῖα, τὰ μοναστήρια καὶ αἱ ἐκκλησία.)

¹⁸⁵ Kaser, *Das römische Privatrecht II*, str. 220. Otroci, rojeni v konkubinatu, sprva niso imeli dedne pravice po očetu; po Justinijanovi ureditvi pa jim je bil priznan zakoniti delež v višini 1/6, če po pokojniku ni bilo niti žene niti zakonskih otrok. Nov. 18, 5; 89, 12, 4 in 13.

izboljšati z možnostjo pozakonitve nezakonskega otroka ob naknadni sklenitvi zakonske zveze med nezakonsko materjo in nezakonskim očetom. Če to ni bilo mogoče, ker sta eden ali oba starša že umrla, je Justinijan iste učinke dovolil s posebnim milostnim aktom, tj. s pozakonitvijo s cesarskim reskriptom (*legitimatio per rescriptum principis*).¹⁸⁶ Prošnjo za izdajo reskripta o pozakonitvi je na cesarsko pisarno naslovil nezakonski oče v izjavi *inter vivos* ali v oporočni odredbi, po njegovi smrti pa nezakonski otrok. Ta možnost je bila na voljo le, če nezakonski oče ni imel zakonskih otrok, če je bila mati svobodna, sklenitev zakonske zveze pa ne prepovedana oziroma obremenjena s splošnimi matrimonialnimi zadržki (*impedimenta matrimonii*).

Cesarja Teodozij II. in Valentinijan III. sta leta 443 uvedla novo javnopravno obliko »pozakonitve kot mestnih svetnikov«¹⁸⁷ (*legitimatio per oblationem curiae*).¹⁸⁸ Oblast je želela popularizirati tedaj nepriljubljeno službo mestnih svetnikov. Občinski uradniki z dosmrtnim mandatom, imenovani dekurioni (*curiales* ali *decurioni*),¹⁸⁹ so bili pristojni za izvrševanje palete upravnih funkcij, kar je vključevalo organizacijo žitne preskrbe, nadzor mestne infrastrukture (pošte, kopališč, akvaduktov, cirkusov) ter zbiranje in izterjavo po centralnih uradih naložene davčne kvote.¹⁹⁰ Zaradi solidarne odgovornosti,¹⁹¹ ki so jo nosili pri izterjavi davkov, in hudih kazni, ki so jim grozile ob nevestnem izvrševanju funkcije, so se skušali njenemu prevzemu izogniti na domiselne načine.¹⁹² Dekurionata se posameznik ni mogel razbremeniti.¹⁹³ Dosmrtna funkcija, ki je

¹⁸⁶ Nov. 74, 1–3, in 89, 7. Po reskriptu papeža Inocenca III. (1201) je nezakonske otroke smel pozakoniti tudi papež (*legitimatio per rescriptum papae*). Kogler, *Die legitimatio*, str. 14 ss.

¹⁸⁷ Sledim Wiesthalerjevemu prevodu (*Latinsko-slovenski slovar*, str. 354, s. v. *decurio* 2). Korošec (*Rimsko pravo*, str. 387) govori o »občinskih svetovalcih«.

¹⁸⁸ Iust. Nov. 89, 2: *Primus itaque modus eis legitimi iuris existens civitatibus mox utilis, quem Theodosius piae et novae introduxit memoriae*. (»Prva oblika pozakonitve, ki je bila v neposredno korist mestom, je bila pietetno in na novo uvedena po Teodoziju.«) Nov. Th. 22, 1 in 2; Th. Val. C. 5, 27, 3. Wiel, *La légitimation*, str. 448; Biondi, *Diritto romano cristiano III*, str. 199: »Carattere quasi di legittimazione [...]«. Justinijan uvršča institut v eno izmed rednih oblik pozakonitve (Iust. Nov. 89, 2).

¹⁸⁹ C. Th. 12, 1. Občinski svet (v virih nastopa pod izrazi *senatus*, *ordo decurionum*, *curia*, *βουλή*; njegovi člani pa se imenujejo *decuriones* ali *curiales*) bi na državni ravni lahko po funkciji primerjali z rimskim senatom. Gl. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, str. 183; Sirks, *Public Law*, str. 342.

¹⁹⁰ O pomenu dekurionov za rimsko državo gl. Nov. Maior. 7: *Curiales nervos esse rei publicae ac viscera civitatum nullus ignorat [...]* (»Vsak ve, da so dekurioni živčevje in drobovje mest.«)

Kübler, RE IV, s. v. *decurio*, stolp. 2319–2352; Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, str. 194 s; Demandt, *Die Spätantike*, str. 457 s.

¹⁹¹ Huschke, *Über den Census*, str. 143.

¹⁹² Const. C. Th. 12, 1, 3; 5; 11; 12; 16; 22. Več o »kurialnem problemu« gl. pri Demandt, *Die Spätantike*, str. 460 ss.

¹⁹³ Const. C. Th. 12, 1, 1: *Nemo iudex civilium munerum vacationem cuiquam praestare curiali conetur, vel aliquem suo arbitrio de curia liberet*. (»Noben sodnik naj nikogar ne poskuša osvoboditi izvrševanja državljskih bremen v kuriji niti naj ga na temelju svoje sodbe ne razbremeni članstva v kuriji.«)

bila načeloma neodpovedljiva,¹⁹⁴ je odločilno zaznamovala življenje nosilca: brez dovoljenja provincialnega upravitelja ni smel odsvajati zasebne lastnine, zapustiti province,¹⁹⁵ kurija je imela tudi pravico do dekurionovega nujnega deleža. Iz častne in privilegirane funkcije (*honor*) se je spreobračal v javno breme (*munus, λειτουργία*).¹⁹⁶

Dekurionat stigmatiziranim nezakonskim otrokom sprva ni bil dosegljiv. Po že omenjeni konstituciji cesarjev Teodozija II. in Valentinijana III. (443) je smel oče nezakonskega sina, starejšega od osemnajst let, predstaviti (dobesedno: »ponuditi«) članom mestnega sveta (*oblato curiae*). Če so ga svetniki sprejeli medse, je s tem postal *filius legitimus*.¹⁹⁷ Poleg tega je bilo mogoče isto doseči že z vpisom sinovega imena v register (*offeratio sub gestis monumentorum*)¹⁹⁸ ali z dekurionovo oporočno naklonitvijo dekurionata.¹⁹⁹ Po sprejemu dekurionata se sin ni mogel vzdržati dedovanja (*privilegium abstinenti*). Oče je moral sinu ob oblaciji nakloniti zemljišče v izmeri najmanj petindvajsetih hektarov, s katerim je dekurijski za prevzete obveznosti jamčil mestni občini.

Legitimatio per oblationem curiae je bila svojevrsten pravni konglomerat: *favor in onus*, mešanica zasebnega in javnega prava, institut dednopravnega in statusnopravnega značaja. Rimska država je v vsesplošni gospodarski kot tudi politični krizi postklasične dobe skušala z instrumenti zasebnega prava spodbujati otopele posameznike k prevzemu vse bolj osovraženih javnih funkcij. Izidorjeva antična etimologija besede *privatus*, ki jo izvaja iz dejstva, da je zasebnik »odvezan« javnih bremen (zlasti kurialnih obveznosti), je dober pokazatelj duha obdobja preloma med antiko in srednjim vekom:

Isidor, *Etymologiae (sive origines)* 9, 4, 30: *Privati sunt extranei ab officiis publicis. Est enim nomen magistratum habenti contrarium, et dicti privati quod sint ab officiis curiae absoluti.*

Izidor, Etimologije ali začetki 9, 4, 30: »Zasebniki so tisti, ki so odtujeni od javnih služb. Beseda »magistrat« je namreč temu nasprotna, »zasebniki« (*privati*) pa so imenovani zato, ker so odvezani od dolžnosti kurialne službe.«

¹⁹⁴ Val. Th. Arc. C. Th. 12, 1, 13 in 118: *Decurio fortunam, quam nascendo meruit, suffragiis atque ambitione non mutat.* (»Dekurij naj z izvolitvijo na javne funkcije ali z zvijačno pridobitvijo uradnega položaja ne spreminja svojega uradnega položaja, ki ga je pridobil ob rojstvu.«) Dekurion svojih otrok ni smel prikrajšati za dekurionat: [*c*]um voluntates patrum praeiudicare non debeant utilitatibus civitatum. ([K]er očetova volja ne more prejudicirati mestnega interesa.) (Const. C. Th. 12, 1, 7) Prim. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, str. 197.

¹⁹⁵ Const. C. Th. 12, 9.

¹⁹⁶ Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, str. 122.

¹⁹⁷ Iust. Nov. 89, 2.

¹⁹⁸ Iust. Nov. 89, 2.

¹⁹⁹ Iust. Nov. 89, 2.

4 Pravnoposlovna ravnanja javnopravnih oseb

Sodobno gledanje na pravnoposlovno udejstvovanje pravnih oseb javnega prava, ki naj bi se odvijalo po načelih zasebnega prava, za analizo pravnih razmerij med rimsko državo na eni in zasebniki na drugi strani ni povsem ustrezno. Konceptualizacija tovrstnih razmerij kot javnopravnih pogodb je zaradi enostranskih posegov in posebnih privilegijev javnopravne strani vprašljiva.²⁰⁰ O načelni pogodbeni enakosti obeh pogodbenih partnerjev ne moremo govoriti. V nadaljevanju analiziram nekaj tipičnih javno-zasebnopravnih poslov, in sicer enostranska pravna posla *votum* in *pollicitatio* ter pogodbo o davčnem zakupu. K temu dodajam še posebno obliko javnopravnega zavarovanja v obliki varščine *cautio praediis praedibusque*.

4.1 *Votum* in *pollicitatio*

Enostranskih pravnih poslov *inter vivos* v rimskem zasebnem pravu skoraj ne najdemo.²⁰¹ Rimljani so bili nezaupljivi do priznavanja pravnih poslov, kjer bi že volja ene stranke ustvarjala zavezujoče pravne učinke. Drugače je bilo v javnem pravu oziroma na stičišču javnega z zasebnim pravom. Sakralnopravno razsežnost je imela javna zaobljuba (*votum publicum*), ki jo lahko razumemo kot enostransko obljubo o izvršitvi neke storitve ali dajatve, ki pa je dana pod odložnim pogojem. Pogoj učinkovanja je uresničitev dogodka, ki je bil po tedanjem verskem pojmovanju del transcendentnega.²⁰² Rimljani, za katere je Salust trdil, da so bili najreligioznejši ljudje na svetu,²⁰³ so se javno zaobljubljali z namenom, da bi transcendentne sile zaustavile kužne bolezni,²⁰⁴ vojne, lakoto ali ohranile cesarjevo zdravje. *Votum* se je običajno odvijal pred svečeniki, konzulom, pretorjem, morda tudi pred zbranim ljudstvom. Votent je ustno in pisno obljubil upravičencu, praviloma kolektivni skupnosti, naklonitev denarnega zneska ali daritveno žival.²⁰⁵ *Votum* – otrok pon-

²⁰⁰ O razpetosti sodobne pravne teorije in prakse glede pravnega varstva t. i. koncesijskih pogodb, gl. Štemberger, Legal Protection of Concession Contracts, str. 336 ss. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, str. 193.

²⁰¹ Svojevrstna izjema je bila javna obljuba nagrade. Gospodarji so sužnjem na njihovo ovratnico, denimo, zapisali: *Fugi. Tene me: cum revocaveris me d(o)m(ino) m(eo) Zonino, accipis solidum* (»Pobegnij sem. Primi me: ko me boš privedel nazaj h gospodarju Zoninu, prejmeš zlatnik.«) *Museo Nazionale Romano – Museo Epigrafico*, inv. št. 65043.

²⁰² Cic. De leg. 2, 16, 41: [*U*]oti est sponsio qua obligamur deo (»[V]otum je sponzija, s katero smo vezani bogu.«) Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, str. 321, op. 61. V konstruktumu rimskega *votuma* se vidi rimski skoraj pravnoposlovni odnos do religije (prim. Cic. De nat. deor. 1, 41, 115: [...] est enim pietas iustitia adversus deos). O tem Spektorski, *Zgodovina socialne filozofije*, str. 66.

²⁰³ Sall. De coniur. Cat. 12: *nostris maiores, religiosissimi mortales* [...] (»naši predniki, najreligioznejši smrtniki [...].«)

²⁰⁴ Gl. Liv. 4, 25, 3: *pestilentia eo anno aliarum rerum otium praebuit. aedis Apollini pro valetudine populi vota est*. (»[...] tistega leta je kužna bolezen zagotavljala, da so vse stvari mirovale. Za zdravje ljudstva so v Apolonovemu templju dajali zaobljube.«) Marquardt, *Römische Staatsverwaltung III*, 264 ss.

²⁰⁵ Liv. 41, 21, 10; 4, 27, 1. Vsak prvi januar so novoimenovani konzuli v čast domovini, kasneje pa za cesarjevo zdravje, žrtvovali govedo (*votum pro reipublicae salute*). Marquardt, *Römische Staatsverwaltung III*, str. 266.

tifikalne jurisprudence – ni bil le eden najstarejših izpričanih enostranskih pravnih poslov, ampak tudi najstarejši znan odložno pogojeni pravni posel.²⁰⁶

Tudi *pollicitatio*,²⁰⁷ brezoblična promisorjeva obljuba svojepravnega posameznika o storitvi ali dajatvi v korist mestne občine, je imela že zaradi posebnega statusa naslovljenca javnopravno razsežnost. Rimski državljani so obljubljeni izgradnjo gledališča, term, stebrišč, organizacijo iger, popravila javne infrastrukture po naravnih nesrečah, zlasti ob kandidaturah za pomembne politične funkcije.²⁰⁸ Ker je policitacija v prvi vrsti zasledovala javni interes, so juristi odstopali od načela, da je vsaka darilna pogodba zahtevala soglasje darovalca in obdarjenca.²⁰⁹ Tako je bila policitacija veljavna in učinkovita, čeprav njen upravičenec ni dal soglasja.

D. 50, 12, 3 pr. Ulp. libro 4 disputationum: *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur; et est constitutum.* Ulp. D. 50, 12, 3 pr. (Ulpijan v 4. knjigi spisa *Disputationes*): »Pakt je soglasje in sporazum dveh oseb, *pollicitatio* pa zgolj ponudnikova obljuba. In zato je bilo določeno, da se *pollicitatio*, če je bila napravljena zaradi časti (*ob honorem*), sme izterjati takoj, kot nekaj, kar je dolgovano. Toda tudi, če je bilo delo že začeto, čeprav ni bilo obljubljeno zaradi časti, je promisor zavezan, da izpolni to, kar je obljubil, in tako je bilo določeno.«

Spore iz policitacij so reševali v kognicijskem postopku. Javni organi so morali dosledno skrbeti, da so promisorji izvršili v korist mestne občine obljubljene policitacije.

D. 50, 12, 8 Ulp. 3 de officiis consulis: *De pollicitationibus in civitatem factis iudicum cognitionem esse. Probe faciet Staius Rufinus, si opus proscaeni, quod se Gabinis exstructurum promisit, quod tandem adgressus fuerat, perficiat. nam etsi adversa fortuna usus in triennio a praefecto urbis relegatus esset, tamen gratiam muneris, quod sponte optulit, minuere non debet, cum et absens per amicum perficere opus istud possit. quod si detrectat, actores constituti, qui legitime pro civitate agere possint, nomine publico adire adversus eum iudices poterunt: qui cum primum poterint, priusquam in exilium proficiscatur, cognoscent et, si opus perfici ab eo debere constituerint, oboedire eum rei publicae ob hanc causam iubebunt, aut prohibebunt distrahi fundum, quem in territorio Gabiniorum habet.*

²⁰⁶ Mitteis, *Römisches Privatrecht*, str. 167.

²⁰⁷ Temeljna literatura o rimski *pollicitatio* je Bartolotti, *Les pollicitations à l'époque romaine : étude sur les promesses au bénéfice d'une collectivité* (2020). Delo je prejelo prestižno Boulvertovo nagrado za najboljše romanistično delo v letu 2022. Gl. tudi Lepore, *Rei publicae polliceri*.

²⁰⁸ Ulp. D. 50, 12, 1, 5 (*columna*); Marc. D. 50, 12, 4 pr. (*propter incendium, vel terrae motum vel aliquam ruinam* – zaradi požara, potresa ali podrtja stavbe); Plin. Ep. Traian. 39, 3: *Huic theatro ex privatorum pollicitationibus multa debentur.* (»Temu gledališču je mnogo dolgovanega na podlagi zasebnih policitacij.«)

²⁰⁹ Prim. Vat. 264a: *Pollicitatio donationis inter privatos vim obligationis non inducit.* (»Enostranska obljuba darila med zasebniki ne ustvarja obveznosti.«)

Ulp. D. 50, 12, 8 (Ulpijan v 3. knjigi o dolžnostih konzula): »O v mestu napravljene policitacije odločajo sodniki²¹⁰ v kognicijskem postopku. Stacij Rufin bi naredil pošteno, če bi dokončal že začeto delo na gledališču v mestu Gabinija, katerega izgradnjo je bil obljubil. In čeprav (je Rufina) doletela nesreča, da ga je mestni prefekt za tri leta izgnal iz mesta, bi moral poskrbeti za delo, ki ga je bil sam obljubil po svoji volji. Delo bi namreč lahko v njegovi odsotnosti opravil tudi kak prijatelj. Če tega ni zagotovil, smejo tisti, ki imajo pristojnost tožiti v imenu mesta, zoper njega vložiti tožbo. Sodniki morajo nemudoma rešiti zadevo, zlasti morajo, še preden bi odšel Stacij Rufin v izgnanstvo, določiti, ali naj delo dokonča on sam ali pa naj mu prepovedo prodati zemljišče, ki ga ima na ozemlju Gabinije.«

4.2 *Leges censoriae* in *societas publicanorum*

Rimska država je v republikanskem obdobju prešla iz razvojnega stadija mestne države v ozemeljsko razprostranjeni imperij. Vse do prvega stoletja po Kr. ni imela razvitega upravnega aparata, ki bi ji omogočil izvrševanje vseh upravnih nalog v lastni režiji. Oviro je predstavljala zlasti izterjava davkov v oddaljenih provincah.²¹¹ Logistično posebej zahtevno nalogo so zato prepuščali davčnim zakupnikom (*publicani*).²¹²

D. 50, 16, 16 Gai. 3 ad edictum provinciale: *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, »publicanum« appellamus. nam »publica« appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.*

Gai. D. 50, 16, 16 (Gaj v 3. knjigi k provincialnemu ediktu): »Tistega, ki ima zakupljeno pobiranje davkov, imenujemo *publicanus*. Kajti poimenovanje »*publicus*« se v mnogoštevilnih zadevah nanaša na rimsko ljudstvo: mesta pa nasploh nastopajo namesto zasebnikov.«

S pavšalno zakupnino si je rimska država, ki ji ni bilo treba financirati davčne izvršbe, zagotovila red in sorazmerno zanesljiv dohodek, zakupniki pa so si ob prevzemu tveganja izpada davčnih dohodkov (denimo zaradi elementarnih ali družbenih nesreč) prilaščali davčne presežke. Ekonomsko izkoriščanje provincialnega prebivalstva po koruptivnih davčnih zakupnikih, ki so prihajali predvsem iz vrst ekvitskih povzpetnikov,²¹³ naj bi onemogočalo celovito vključitev provinc v rimsko državo in bilo hkrati tudi eden izmed glavnih dejavnikov propada republike.²¹⁴ Ciceronovo stališče o ljudski blaginji, ki da je najvišji zakon (*salus populi suprema lex esto*),²¹⁵ je veljal le za rimsko ljudstvo (*populus Romanus*), ne pa za provincialno prebivalstvo:

²¹⁰ Jörs (*Untersuchungen zur Gerichtsverfassung*, str. 26) meni, da so kompilatorji na tem mestu konzule nadomestili s sodniki (*iudices*).

²¹¹ Bleicken, *Die Verfassung der römischen Republik*, str. 66.

²¹² Pri tem je vredno omeniti, da z izrazom *publicani* v širšem smislu označujemo vse zasebnike, ki so z državo sklepali kakršnekoli pogodbe, v ožjem smislu pa so običajno mišljeni davčni zakupniki. Rivier, *Untersuchungen*, str. 103.

²¹³ Alföldy, *Römische Sozialgeschichte*, str. 44; Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, str. 85; Bratož, *Rimska zgodovina*, str. 100.

²¹⁴ Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 277; Rainer, *Römisches Staatsrecht*, str. 17.

²¹⁵ Cic. De leg. 3, 3, 8.

Livius, *Ab urbe condita* 45, 18, 4: *Ubi publicanus esset, ibi aut ius publicum vanum aut libertatem socii nullam esse.*

Livij, *Ab urbe condita* 45, 18, 4: »Kjer je davčni zakupnik, tam je javno pravo le prazen pojem, saj družbeniki sicer ne bi imeli nobene svobode.«

Pogodbo o prepustitvi izterjave davkov je z davčnim zakupnikom kot zastopnik rimske države (*populus Romanus*) sklenil cenzor.²¹⁶ To se je navadno zgodilo po javni dražbi (*auctio, licitatio*), na kateri je izbral publikana, ki je obljubil plačilo najvišje davčne zakupnine.²¹⁷ Ta je bil navadno že pogodbenik davčnozakupne družbe (*societas publicanorum* ali *vectigalium*), ki so ga kot tako imenovanega *mancepsa*, tj. najuglednejšega predstavnika, za sklenitev davčnega zakupa, izbrali ostali člani davčnozakupne družbe. Stranki davčnozakupne pogodbe sta bili torej rimska država na eni in *manceps* kot predstavnik (ne pa zastopnik) davčnozakupne družbe na drugi strani.

Posebnost dražbe pri podeljevanju davčnih zakupov je bila fiskusova pravica, da upošteva javni interes davčnozakupne pogodbe ne sklene z najboljšim ponudnikom. To se je običajno zgodilo v primerih, ko *manceps* državi, glede na prevzete obveznosti, ni ponudil ustreznega zavarovanja izpolnitve svojih obveznosti:

D. 39, 4, 9 pr. Paul. libro 5 sententiarum: *Locatio vectigalium, quae calor Licitantis ultra modum solitae conductionis inflavit, ita demum admittenda est, si fideiussores idoneos et cautionem is qui licitatione vicerit offerre paratus sit.*

Paul. D. 39, 4, 9 pr. (Pavel v 5. knjigi spisa *Sententiae*): »Davčni zakup, sklenjen zaradi (dražbene) vročice ponudnika, ki je zakupnino napihnila onkraj njene običajne vrednosti, je dopusten le tedaj, če ponudnik zagotovi ustrezne poroke in varščino.«

Na dražbi izbrani *manceps* oziroma kandidat za municipalno funkcijo je moral ob sklenitvi zakupne pogodbe kumulativno zagotoviti poroka (*praes*) in hipotekarno zavarovanje, s katerima je jamčil za vestno izpolnitev pogodbe.²¹⁸

Davčnozakupna pogodba, ponekod s kupnim, drugod zakupnim značajem,²¹⁹ je bila adhezijske narave. V praksi rimskega cenzorja se je izoblikovalo jedro njenih standardnih pogodbenih določil (*leges locationum* ali *leges censoriae*), ki so jih po zgledu pretorskega edikta prevzemali vsi cenzorji oziroma tisti, ki so bili v kasnejših obdobjih pristojni za sklepanje tovrstnih pogodb. Ti dodatki so bili v cesarski dobi pogojeni s princepsovim soglasjem:

D. 39, 4, 10 Hermog. libro 5 epitomarum: *Vectigalia sine imperatorum praecepto neque praesidi neque curatori neque curiae constituere nec praecedentia reformare et his vel addere vel deminuere licet.*

²¹⁶ Liv. 4, 8, 2: [I]dem hic annus censurae initium fuit [...] vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio <eius> essent. (»Tega leta je bila vzpostavljena cenzura [...] pod njihovo jurisdikcijo so bili tudi davki rimskega ljudstva.«) Več o tem Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 78 s; Kunkel, *Die Magistratur*, str. 446 ss.

²¹⁷ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, str. 83.

²¹⁸ Kunkel, *Die Magistratur*, str. 449.

²¹⁹ Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 73.

Hermog. D. 39, 4, 10 (Hermogenijan v 5. knjigi spisa *Epitome*): »Davkov brez cesarjevega dovoljenja ne sme postavljati ali obstoječo ureditev spreminjati ali temu kaj dodajati ali zmanjševati niti provincialni upravitelj niti kurator niti kurija.«

Običajne sestavine davčnozakupne pogodbe so bile določitev medsebojnih pravic in obveznosti zakupnika in zakupodajalca, nastanek in prenehanje razmerja ter dogovor o zavarovanju *cautio praedes praediaque*. Mancepsovi poroki (*praes*) so bili običajno preostali člani davčnozakupne družbe.²²⁰ Tem določilom so dodajali maloštevilne klavzule, ki so jih glede na dejansko pogajalsko moč davčnih zakupnikov stranke izpogajale ob prevzemu davčnega zakupa:

Livius, *Ab urbe condita* 23, 49, 1–2: [*A*]d conducendum tres societates aderant hominum unde viginti, quorum duo postulata fuere, unum ut militia uacarent dum in eo publico essent, alterum ut quae in naues imposuissent ab hostium tempestatisque ui publico periculo essent.

Livij, Od ustanovitve mesta 23, 49, 1–2: »[Z]a zakup so se zanimale tri družbe, ki so imele devetnajst družbenikov, in postavile so dve zahtevi: prvič, da se jih oprosti vojaške službe, dokler bodo nosilci zakupa; drugič, da gre uničenje ladij zaradi napada sovražnika ali neurja na nevarnost države.«

Pri davčnem zakupu je zgolj postransko vlogo igrala notranja organizacija davčnozakupne družbe, ki so jo urejala pravila zasebnega prava.²²¹ Kljub temu je tudi njena funkcija narekovala določene prilagoditve v zvezi s stabilnostjo družbe.²²² Smrt posameznega davčnega zakupnika namreč ni samodejno ukinjala družbe:

D. 17, 2, 59 pr. Pomp. libro 12 ad Sabinum: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio patisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, [...]*

Pomp. D. 17, 2, 59 pr. (Pomponij v 12. knjigi k Sabinu): »Zato s smrtjo družbenika družba preneha in se ni mogoče vnaprej dogovoriti, da dedič nasledi družbenikov položaj v družbi. Tako velja v zasebnih družbah: pri družbah davčnih zakupnikov pa se družba nič manj ne ohrani tudi po smrti katerega izmed družbenikov [...].«

Tudi tožbo *actio pro socio* je bilo mogoče naperiti *manente societate*, litiskontestacija pa je ni ukinjala.²²³ Sporno ostaja, ali je mogoče imetnike prosto odsvojljivih

²²⁰ Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 82–91.

²²¹ *Sedes materiae* je D. 39, 4 (*De publicanis et vectigalibus et commissis*). Nekateri romanisti so *societas publicanorum* dojemali kot družbo z javnopravnim značajem (Honsell, Mayer-Mally, Selb, *Römisches Recht*, str. 78; Zimmermann, *The Law of Obligations*, str. 468), včasih celo kot *societas publica* (kar naj bi izhajalo iz Pomp. D. 17, 2, 59 pr. – gl. opombo spodaj). Kot ugotavlja Malmendier (*Societas publicanorum*, str. 237), izhaja iz virov, da je bila notranja struktura in dejavnost družbe urejena s pravili zasebnega prava. Gl. Ulp. D. 17, 2, 5 in Iav. D. 4, 6, 34, 1: *Qui operas in publico, quod vectigalium causa locatum est, dat, rei publicae causa non abest.* (»Ne šteje se, da je odsoten po državnih poslih tisti, ki se ukvarja z javnimi zadevami, ki temeljijo na davčnem zakupu.«)

²²² Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 223–259.

²²³ Paul. D. 17, 2, 65, 15.

premoženjskih deležev v družbi (*participes*), o katerih govorijo nekateri viri, res razumeti kot nekakšne delničarje v smislu sodobne delniške družbe.²²⁴ V zvezi s tem so se pojavile trditve, da je bila *societas publicanorum* pravzaprav pravna oseba in ne le družba civilnega prava, na kar naj bi nakazovala zlasti premoženjska sposobnost, o kateri govorijo viri:

D. 3, 4, 1 pr. Gai. libro 3 ad edictum provinciale: ... *vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere*.

Gai. D. 3, 4, 1 pr. (Gai. v 3. knjigi k provincialnemu ediktu): »... družbenikom davčnozakupne družbe je dovoljeno imeti premoženje (*corpus*).«²²⁵

Razvoj cesarske birokracije ali prevajanje upravnih nalog na dekurione, zahteva cesarjev po neposrednem nadzoru pobiranja davkov in potreba po omejitvi korupcijskih tveganj v provincah so v 1. stoletju po Kr. dokončno zavrli sklepanje davčnih zakupov.²²⁶

4.3 *Cautio praediis praedibusque*

Kot sem že omenil, se je v fiskusovo korist pri posojilnih,²²⁷ prodajnih ter podjemnih in zakupnih pogodbah med državo in zasebniki izoblikovala zahteva po zagotovitvi kakovostnega zavarovanja izpolnitve obveznosti. Kasneje je zahteva po obljubi varščine prešla tudi na provincialne magistrate (denimo na *duoviri iure dicundo*) in na že omenjene davčne zakupnike (*publicani*).²²⁸ Ti so morali zagotoviti ob izvolitvi oziroma sklenitvi zakupa tako imenovano *cautio praediis praedibusque*.²²⁹ Gre za posebno kombinacijo poroštva in hipoteke, ki so jo zaradi odmikov od načel zasebnopravne zastavne pravice imenovali »javnopravna hipoteka« (*hypotheca iuris publici*).²³⁰ Poroštveni del je nastal z verbalnim kontraktom, in sicer s porokovim (*praes*) pritrdilnim odgovorom na vprašanje pristojnega magistrata, ali prevzema poroštvo.²³¹ Osebnopravnemu jamčevanju se je kumulativno pridru-

²²⁴ Ps. Asc. In Verr. sec. 1, 55, 143: *Aliud enim socius, aliud particeps. Nam particeps, qui certam habet partem, et non divise agit, ut socius.* (»Eden je družbenik, drugi pa deležnik. Deležnik ima namreč določen ekonomski interes in ne sodeluje v družbi tako kot družbenik.«) Deležniki (*participes*) naj bi bili po večini premožni senatorji, ki jim je zakonodaja prepovedala neposredno ukvarjanje s trgovinskimi dejavnostmi. Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 247–251; Kunkel, *Die Magistratur*, str. 455, op. 218.

²²⁵ O tem Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 258 s.

²²⁶ Malmendier, *Societas publicanorum*, str. 61; Bratož, *Rimska zgodovina*, 190.

²²⁷ Liv. *Ab urbe condita* 22, 60: *si [...] dandam ex aerario pecuniam mutuam, praedibusque ac praediis cavendum populo censerent.* (»Menijo, da je treba ljudstvu jamčiti z zavarovanjem *praedibusque ac praediis*, če se daje posojilo iz erarja.«)

²²⁸ Rivier, *Untersuchungen*, str. 38 ss.

²²⁹ Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, str. 152–162. Gl. 63. poglavje malaškega zakona (*Lex Municipana*).

²³⁰ Schulz, *Classical Roman Law*, str. 412.

²³¹ Festus, *De sign. verb.* 14: *Praes est is qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondet: praes [...]* (»*Praes* je tisti, ki se zaveže ljudstvu, in sicer potem ko ga magistrat vpraša, ali želi biti porok, odgovori »porok« (*praes*).«)

žila tudi na obličen način ustanovljena hipoteka.²³² Hipotečna zastavna pravica je nastala na podlagi pisne pečatene pogodbe (*subsignatio*), ki so jo vrh tega vpisali v register mestnega oziroma državnega arhiva (*tabulae publicae, tabulae communes*) in objavili na javnem kraju (*ita ut de plano recte legi possint*).²³³ Prav oblična ustanovitev hipoteke razkriva očitno javnopravno naravo instituta, na kar je lepo opozoril eden vodilnih romanistov 20. stoletja, Fritz Schulz:

*As always, whenever we cross the boundary of private law we enter a new world: we find document, registration, and publicity, phenomena which were entirely foreign to classical private law.*²³⁴

Pri sklepanju oblične pogodbe o nastanku zastavne pravice je sodeloval izvedenec (*cognitor*), ki je jamčil, za to da predmet hipoteke zagotavlja primerno zavarovanje.²³⁵ Zastavnima upnikoma (fiskus in municipiju) je pretor zagotovil unovčenje zavarovanja v primeru, če je prišlo do utaj ali nepravilnosti pri upravljanju javnega premoženja.

Kupca na dražbi unovčenega zemljišča so imenovali *praediator*. Javnopravna posebnost njegovega položaja je bila, da ni dobil polne, temveč le (praviloma) neposestno fiduciarno lastnino. Zastavitelj že unovčene nepremičnine je namreč smel svojo nekdanjo nepremičnino, ki jo je imel v posesti, v določenem časovnem obdobju odkupiti od fiduciarnega lastnika. Ker pogosto ni prišlo do remancipacije zemljišča, so zastavitelju olajšali priposestvanje v obdobju dveh letih, pri čemer so mu spregledali izkazovanje vsaj začetne dobrovernosti (t. i. *usureceptio ex praediatura*).²³⁶

O tožbi, ki je omogočala realizacijo zastavne pravice, viri molčijo, najverjetneje pa pri tem ni šlo za splošno hipotečno tožbo (*actio hypothecaria in rem*), ki so jo imeli zasebni subjekti.²³⁷

Justinijanovo pravo zavarovanja *praediis praedibusque* ne pozna več, saj ga je že za časa severske dinastije nadomestila vesoljna fiskusova zastavna pravica v zvezi z vsemi davčnimi in pogodbenimi obveznostmi:

Ant. C. 8, 14, 2: *Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.*

Ant. C. 8, 14, 2: »Jasno je, da je premoženje tistega, ki je sklepal pogodbe s fiskusom, zavezano, kot da bi bilo zastavljeno, čeprav to ni bilo izrecno dogovorjeno.«

²³² Rivier, *Untersuchungen*, str. 24, govori o »publizistische Verbürgerung«.

²³³ *Lex Malacitana*, cap. 65.

²³⁴ Schulz, *Classical Roman Law*, str. 412 s.

²³⁵ Rivier, *Untersuchungen*, str. 67.

²³⁶ Gai. 2, 61.

²³⁷ Schulz, *Classical Roman Law*, str. 412.

5 Sklep: *Jus privatum sub tutela juris publici latet.*

5.1 Birokratizacija, etatizacija in kristjanizacija družbe

Analiza izbranih zasebnopravnih razmerij s poudarjeno javnopravno prvino kaže, da so mestoma že juristi, najizdatneje pa cesarska zakonodaja, odstopali od temeljnih postulatov zasebnega prava, kar lahko utemeljimo z načelno zahtevo po varovanju javnega interesa oziroma javne koristi (*utilitas publica*):

PS 2, 19, 2: [C]ontemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur.
PS 2, 19, 2: »[U]poštevanje javne koristi ima prednost pred koristmi zasebnikov.«

Diocl. Max. C. 12, 62, 3: *Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.*
Diocl. Max. C. 12, 62, 3: »Javna korist mora imeti prednost pred pogodbami med zasebniki.«

Zasledovanje državnega interesa (*Staatsraison*) na zasebnikovih plečih in izrazit državni paternalizem²³⁸ so usmeritve, ki so republikanskemu obdobju in obdobju zgodnjega principata načeloma tuje.²³⁹ Načelo prednosti javne pred zasebno koristjo ni novost, marveč poudarjena težnja cesarskega prava,²⁴⁰ ki jo smemo pripisovati tudi razvojnemu stadiju rimske birokratske države.²⁴¹ Birokratizacija narekuje celovito etatizacijo družbe, ki se na področju prava vrši z vdiranjem javnopravnih prvin v dotlej povsem zasebni avtonomiji prepuščeno zasebno pravo.²⁴² Tako se zasebno pravo vse bolj ovija pod plašč javnega prava.²⁴³

²³⁸ Značilen primer cesarskega paternalizma izkazuje že prolog k Dioklecijanovemu ediktu o cenah: (*Edictum de pretiis rerum venalium*, 301): [C]onvenit prospicientibus nobis, qui parentes sumus generis humani, arbitram rebus intolerandis dare legem, ut, quod speratum diu humanitas ipsa praestare non potuit, ad commune omnium remedium remediis provisionis nostrae conferatur. (»Kot skrbni starši človeškega rodu, smo se odločili, naj kot razsodnik v te zadeve poseže pravičnost, da bo naša zdravilna skrb v skupno dobro vseh prinesla tisto, česar človeštvo kljub dolgotrajnemu upanju ni moglo doseči.«) CIL III 2, str. 825. Dioklecijanov edikt je bil oprt na programski cilj doseganja javne blaginje – [R]es constituta ex commodo publico (»[S]tvar, ki je bila uvedena v javno korist«). CIL III 2, str. 826. Gl. tudi Demandt, *Die Spätantike*, str. 388.

²³⁹ Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I*, 493: »[...] die Gemeinwohlideologie der im Dominat immer weiter vordringenden *utilitas publica*.« Prvi cesar, ki naj bi propagiral univerzalno idejo rešitve človeškega rodu (*salus generis humani*), naj bi bil Galba. Tako Bratož, *Rimska zgodovina*, str. 244.

²⁴⁰ Gaudemet, *Utilitas publica*, str. 480 s.

²⁴¹ O vzpostavitvi cesarskega uradništva v principatu gl. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 10 s, ki meni, da je »rimska dediščina evropske civilizacije v bistvu počivala na razvoju cesarskega uradništva«. O razvoju uprave v poznem cesarstvu gl. Demandt, *Die Spätantike*, str. 292–303.

²⁴² Gaudemet, *Utilitas publica*, str. 485: »Ainsi les progrès de l'étatisme se marquent dans le développement des notions d'*utilitas publica* et de *ius publicum*.«

²⁴³ *Jus privatum sub tutela iuris publici latet.* Bacon, *The Works of Francis Bacon*, str. 407, aphor. III. Liberalistično navdahnjeni teoretiki zasebnega prava 19. stoletja niso priznali specifičnega socialnega momenta v zasebnem pravu, ker naj bi šlo pri tem za materijo javnega prava. Gl. npr. Savigny, *System I* (1840), 370 s: »Dagegen wird in den Vermögensverhältnissen die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt, und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts. Daher kann der Reiche den Armen untergehen

Odveč je dodati, da so podobne težnje v zasebnem pravu prisotne tudi danes.²⁴⁴

K opisanem razvoju je prispevala gospodarska kriza 3. in začetka 4. stoletja.²⁴⁵ Pomoč revnim, organizacija javnih del, tudi v luči doslednejšega oblastnega pravosodnega in upravnega sistema, je postala dolžnost rimske države.²⁴⁶ Duhu časa ustreza leta 364 ustanovljeni institut mestnega zaščitnika (*defensor civitatis*, σύνδικος τοῦ δήμου), ki je imel v provincah sodno funkcijo, ščitil pa je široke ljudske množice (*tenuiores*) pred izkoriščanjem in izgredi gospodarsko in družbeno vplivnejših oseb (*potentiores*). Še posebej naj bi zaščitniki bdeli nad koruptivnim pobiranjem davkov.²⁴⁷

Nekateri zgodovinarji so poznoantično državo, da bi poudarili razliko z izrazito liberalistično ustrojenima obdobjema republike in zgodnjega principata, opredeljevali kot državo blaginje (*Fürsorgestaat*, *Wohlfahrtsstaat*).²⁴⁸ Kljub vpeljavi nekaterih institutov, ki so resnično namenjeni varstvu širših ljudskih množic, je ta težnja večinoma ostajala na ideološki ravni. Amijan Marcellin je zapisal, da »[...] cesarska vladavina, kot so jo opredeljevali modreci, ni nič drugega kot skrb za tuje blagostanje.«²⁴⁹ Krščanska etika je – deloma tudi preko cesarjeve ideološke podobe – utegnila soprispevati k idealu države blaginje.²⁵⁰ Cesar je bil po tedanjem prepričanju zavezan neposredno Bogu, da kot posrednik med onostranstvom in tostranstvom podanikom zagotavlja človeka znosno življenje.²⁵¹

lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts, und die Hülfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts; sie liegt in den Armenanstalten, wozu allerdings der Reiche beyzutragen gezwungen werden kann [...]«

²⁴⁴ Gl. npr. Wolff, Bachof, Stober, *Verwaltungsrecht*, str. 251: »Publizierung des Privat- und Strafrechts«.

²⁴⁵ Posledice gospodarske krize 3. stoletja za pravni razvoj prikazuje Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, str. 23 ss.

²⁴⁶ Biondi, *Diritto romano cristiano III*, str. 370; Krumpholz, *Über sozialstaatliche Aspekte*, str. 22.

²⁴⁷ C. Th. 1, 29, 1. Frakres, *Contra potentium iniurias*, zlasti str. 87 ss; Seeck, *Defensor civitatis* v: RE IV, 2, stolp. 2365–2371; Demandt, *Die Spätantike*, str. 402.

²⁴⁸ Krumpholz, *Über sozialstaatliche Aspekte*, str. 8 in 176; Demandt, *Die Spätantike*, str. 387 ss, ki govori o »dirigistischer Wirtschaftspolitik der Spätantike«, ki je pri nekaterih avtorjih dobila celo oznako »državnega socializma«. Pri tem gre bolj za polemično analogijo kot historično spoznanje.

²⁴⁹ Amm. Hist. 29, 2, 18: *Nihil aliud esse imperium, ut sapientes definiunt, nisi curam salutis aliena* [...].

²⁵⁰ Krumpholz, *Über sozialstaatliche Aspekte*, str. 22: »[D]ie christlichen Kaiser [...] betrachteten die Fürsorge für ihre Untertanen als eine von Gott gewollte Pflicht, zu deren Erfüllung sie nach dem Gebot der christlichen Lehre, wenn auch im Rahmen der *utilitas publica*, gehalten werden.« Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II*, str. 207.

²⁵¹ Demandt, *Die Spätantike*, str. 266.

5.2 Kognicijski postopek kot dejavnik utapljanja zasebnega v javnem pravu

Številne odmike od zasebnega prava v razmerjih, kjer je država vršila oblastno vlogo, vlogo nadzornika ali pogodbenega partnerja, lahko pripišemo obliki pravnega varstva, ki pri navedenih pravnih razmerjih navadno ni bilo zagotovljeno v rednem postopku pred pretorjem (*ordo iudiciorum*), temveč v izrednem kognicijskem postopku pred cenzorji, kvestorji, konzuli in provincialnimi *duoviri*.²⁵² Obseg zadev, ki so se reševale v kognicijskem postopku, je v obdobju klasičnega prava naglo naraščal. Od Klavdija dalje fiskalne zadeve ne zadevajo več pretorja, temveč je za tovrstna vprašanja v kognicijskem postopku odgovoren cesarski prokurator, kasneje fiskalni pretor (*praetor fiscalis*).²⁵³ Kasneje v kognicijskem postopku rešujejo tudi varuške, statusne in policitacijske zadeve.²⁵⁴

Pernice je kognicijski postopek štel za upravni in ne pravnici postopek.²⁵⁵ V kognicijskem postopku, kjer sta bila udeležena javnopravna in zasebnopravna stran, je bil namreč magistrat obenem zastopnik javnopravne strani in hkrati tudi sodnik. Kljub temu da je bil po večinskem stališču sodobnih romanistov kognicijski postopek pravnice narave, obstaja široko soglasje o tem, da so ga sooblikovale močne upravnopravne prvine.²⁵⁶ Magistratov prosti preudarek, utrjen na imperiju,²⁵⁷ in hkratna nevezanost na zapovedi pretorskega edikta²⁵⁸ sta pospeševala odklone od zasebnega prava, ki so bili utemeljeni na javnem interesu.²⁵⁹

5.3 Avantgardni značaj publicističnih prvin

Čeprav rimsko javno pravo ni bilo recipirano v enaki meri kot zasebno pravo, je številne javnopravne prvine v zasebnem pravu (*ius publicum in iure privato*) mogoče prepoznati tudi v sodobnih pravnih sistemih. Romanistika jih je štela za posebej napredne,²⁶⁰ celo avantgardne prvine v rimskopravni misli, ki so se zaradi

²⁵² Call. D. 50, 13, 5 pr.: *Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest.* (»Kognicijski postopek izvira iz najrazličnejših temeljev, ki jih ni mogoče enostavno razdeliti po vrstah.«) Pernice, *Beziehungen*, str. 2.

²⁵³ Pernice, *L'ordo iudiciorum*, str. 8.

²⁵⁴ Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, str. 451.

²⁵⁵ Pernice, *L'ordo iudiciorum*, str. 1: »La cosiddetta *extraordinaria cognitio*, la quale dopo Diocleziano forma la procedura ordinaria nella cause civili, altro non è che il procedimento amministrativo davanti al magistrato, trasportato nelle cause civili, colle necessarie modificazioni.«

²⁵⁶ Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, str. 436.

²⁵⁷ Heyrovský, *Über die rechtliche Grundlage*, str. 83.

²⁵⁸ Konzul in cenzor na zapovedi pretorskega edikta nista bila vezana in sta imela zoper njegove zapovedi in prepovedi kot višja magistrata tudi pravico intercesije. O tem Kunkel, *Staatsordnung und Staatspraxis*, str. 186 ss in 208.

²⁵⁹ Schulz, *Prinzipien*, str. 121; Mitteis, *Römisches Privatrecht*, str. 365: »[D]ie biegsame Natur des Kognitionsverfahrens es ermöglichte, die Interessen des Fiskus noch durch andere Massregeln zu wahren als es dem reinen Privatprozess entsprochen haben würde [...]«

²⁶⁰ Heyrovský, *Über die rechtliche Grundlage*, str. 104 ss; Pernice, *Beziehungen*, str. 2: »fortschrittlicher Charakter des öffentlichen Rechtes«. Gl. npr. predhodnike vrednostnih papirjev v rimskih žitnih larih (*tessera frumentariae*); neposredno zastopanje mestnih prefektov v času,

značilnega rimskega konservativizma le težka uveljavile v zasebnopravnih razmerjih. Javnopravne prvine lahko spoznamo v obstoju ekonomske, pravne in fizične neenakopravnosti strank pravnega razmerja, enostranskih posegov javne strani v pravice in obveznosti subordinirane stranke, neprenosljivosti ali vsaj omejeni prenosljivosti pravic in obveznosti, prisilnosti (kogentnosti) pravnega urejanja, okrepljeni obličnosti pravnih dejanj, ki se kaže v dovoljenjih in odobritvah javne oblasti ter vnosih v javne registre.

V rimski ureditvi razlastitve in moratorijev zasledimo temeljno izhodišče sodobnega upravnega prava, ki poudarja skrajno naravo tega ukrepa in zahteva dosledno tehtanje javne in zasebne koristi pred razlastitvijo kot tudi zahtevo po zagotovitvi odškodnine.²⁶¹ Institut stvarnega bremena²⁶² svojega nastanka ne dolguje zgolj argumentacijski iznajdljivosti juristov obdobja *usus modernus pandectarum*, ampak tudi rimski ureditvi javnih bremen, zlasti davčnih obveznosti. Davčna politika je v poznem rimskem cesarstvu narekovala upravno registracijo darilnih in prodajnih pogodb glede nepremičnin. Še danes pogojuje davčno pravo vknjižbo stvarne pravice na nepremičninah s predhodno urejenimi davčnopравnimi obveznostmi,²⁶³ okoljsko pravo k temu doda še pridobivanje najrazličnejših upravnih dovoljenj.

Publiciteta pri prometu z nepremičninami je bila zaradi neobstoja zemljiške knjige ali njej podobnih registrov ena večjih pomanjkljivosti rimskega stvarnega prava. Le pri uradniških varščinah in pogodbenih razmerjih med javno oblastjo in zasebniki je že Rimljanom uspelo uvesti »registrsko« hipoteko (*cautio praeditis praedibusque*). To javnopravno zavarovanje bi lahko primerjali s sodobnimi oblikami finančnih zavarovanj, zlasti z zavarovanjem poklicne odgovornosti in garancijami za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti (t. i. »performance bond«), ki jih morajo izvajalci javnih naročil običajno zagotoviti ob pripravi ponudbe oziroma prevzema javnega naročila.²⁶⁴

Da je bilo zlasti v cesarski dobi upoštevanje socialnega momenta v civilnopravnih razmerjih posebne pomena, kažejo ustroj izprosivne lastninske pravice (*impe-tratio dominii*), institut javne položitve (danes sodne položitve)²⁶⁵ in nadzorstvena vloga državnih organov pri statusnopravnih poslih. Ta je danes razvidna zlasti pri postavljanju in nadzoru skrbnikov, nad čimer v slovenskem pravnem sistemu bdita nepravdo sodišče in center za socialno delo, ki sicer deluje po pravilih upravnega postopka, sodni nadzor njihovih dejanj pa se vrši v nepravdnem postopku.²⁶⁶

ko so se najvišji magistrati mudili zunaj pomerija (Mommsen, *Römisches Staatsrecht I*, str. 166); realna bremena javnopravne narave; registracija uradniških stvarnopravnih zavarovanj itd.

²⁶¹ Čl. 192–194, 206 ZUreP-2 (Uradni list RS, št. 61/17).

²⁶² Čl. 249–255 SPZ (Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20).

²⁶³ Čl. 38 ZZZK-1 (Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 69/17, 11/18 – ZIZ-L, 16/19 – ZNP-1 in 121/21).

²⁶⁴ Čl. 93 ZJN-3 (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18).

²⁶⁵ Čl. 302 OZ (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631).

²⁶⁶ Čl. 239 ss DZ (Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C in 200/20 – ZOOMTVI) in čl. 57–70 ZNP (Uradni list RS, št. 16/19).

Razvoj razmerja med javnim in zasebnim pravom v rimskopravni zgodovini usmerjajo tri težnje: birokratizacija, etatizacija in kristjanizacija rimske družbe. Te so s seboj prinesle postopen vdor javnopravnih prvin v dotlej povsem zasebno-pravno sfero. S tem dominantni položaj zasebnega prava še ni bil ogrožen, bil pa je relativiziran. Z golimi zasebnopravnimi akti poslej ni bilo mogoče več doseči vseh zaželenih pravnih učinkov. Javno in zasebno pravo sta bila, kot ugotavlja Gierke, »otroka iste matere, izmed katerih vsakdo zasleduje svoj poklic, medsebojno ne tekmujeta, temveč se z namenom doseganja skupnega cilja medsebojno dopolnjujeta.«²⁶⁷ Cilj njune simbioze je dosledno udejanjanje javne koristi (*utilitas publica*), ki jo je Ulpijan že v 3. stoletju po Kr. opredelil kot osnovni kriterij razločevanja med *ius publicum* in *ius privatum*.

Viri in literatura

Viri

- Antoninus Marcus Aurelius: *Eorum, quae ad seipsum libri XII. Recogniti & notis illustrati*, Oxford: Ant. Peisley & Geor. West, 1704.
- Cicero, M. Tullius: *Librorum de Re Publica Sex*. Leipzig, 1889.
- Demosthenes: *Demosthenis Orationes* (ur. Butcher in Rennie), Oxford: Clarendon, 1907 in 1921.
- Ecloga. Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos V.*, Hg. Von Ludwig Burgmann. Frankfurt am Main: Löwenklau-Gesellschaft, 1983.
- Gai Institutiones*. Edd. Emil Seckel, Bernhard Kübler, Editio Stereotypa, Teubner, Stvtgardiae 1969.
- Gaius Plinius Caecilius Secundus, *Ausgewählte Briefe des jüngeren Plinius*, ur. Kreuser, Anton, Leipzig: Teubner, 1894.
- Gellius, Aulus: *Noctes Atticae*, ed. Peter K. Marshall. Oxonii 1968.
- Giphanius, Hubertus: *Explanatio Difficiliorum & Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, Coloniae Plancianae, 1614.
- Glyca, Michael: Του κύρου Μιχαήλ Γλύκα Συκελιώτου Βίβλος Χρονική. Benetke, 1729.
- Gothofredus, Jacobus: *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Jacobi Gothofredi*. Mantova, 1740.
- Horacij: *The Works of Horace*, ur. C. Smart. Philadelphia: Joseph Whetham, 1836.
- Institutiones*, recognovit Paulus Krueger, *Digesta* recognovit Theodorus Mommsen, Vol. primum, Editio Stereotypa Quinta, Tom. I.-III., Apud Weidmannos, Berolini 1889.
- Limnaeus, Iohannes: *Iuris publici Imperii Romano Germanici, quo tractatur de Principiis iuris publici, de germanicorum origine, virtutibus, vitiis, lingua*, Tomus primus. 3. izdaja, Strassburg: Fridericus Spoor, 1657.
- Livy: *Books I and II With An English Translation*. Cambridge: Harvard University Press; London: William Heinemann, 1919.
- M. Tullius Cicero, *De Officiis. With An English Translation*. Cambridge: Harvard University Press, 1913.
- Mommsen, Theodor in drugi (ur.): *Corpus inscriptionum latinarum (= CIL): Inscriptiones Asiae, provinciarum Europae Graecarum, Illyrici Latinae; Pars 2, Inscriptionum Illyrici partes VI, VII, Res gestas divi Augusti, Edictum Diocletiani de pretiis rerum, Privilegia militum veteranorumque, Instrumenta Dacica comprehendens*. Berlin: Reimer, 1873.

²⁶⁷ Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, str. 44.

- Pharr, Clyde (ur.): *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions*. New Jersey: Princeton University Press, 1952.
- Riccobono, Salvatore: *Fontes iuris Romani antejustiniani I*. Firenze, 1941.
- Seneca, L. Annaeus: *Moral Essays: volume 3*. Ed. John W. Basore. London and New York, 1935.
- Terence: *The Phormio of Terence*, Ed. Laing, Gordon Jennings. Chicago: Scott, Foresman and Company, 1908.
- Thomasius, Christian: *Testament gegen Hertzog Augusto, Churfürsten zu Sachsen, Sr. Churfürstl. Gnaden Rätthen und Landschafften*. Halle, 1717.
- Walz, Christianus: *Rhetores graeci, ex codicibus Florentinis, Mediolanensibus, Monacensibus, Neapolitanis, Parisiensibus, Romanis, Venetis, Taurinensibus et Vindobonensibus*. Vol. II, Stuttgart in Tübingen, 1835.

Literatura

- Albanese, Bernardo: Un confronto testuale in tema di rescritti moratori. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 64, 3, 1961, str. 15–32.
- Alföldy, Geza: *Römische Sozialgeschichte*. Wiesbaden: Steiner, 1975.
- Ankum, Hans: Afrikan Dig. 19, 2, 33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 97, 1980, str. 157–180.
- Ankum, Hans: The functions of expressions with utilitatis causa in the works of the Classical Roman lawyers. *Fundamina: A Journal of Legal History*, 16, 1, 2010, str. 5–22.
- Bacon, Francis: *The Works of Francis Bacon, Baron of Verulam, Viscount St. Alban and Lord High Chancellor of England: Opera Philosophica*. Vol. VII, London, 1826.
- Bartolotti, Guilhem, *Les pollicitations à l'époque romaine : étude sur les promesses au bénéfice d'une collectivité*, Thèse de doctorat en Histoire du droit soutenue le 26 septembre 2020, Université Paris II Panthéon-Assas, 2020.
- Biondi, Biondo: *Il diritto romano cristiano, III. La famiglia – rapporti patrimoniali, diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1954.
- Bleicken, Jochen: *Die Verfassung der römischen Republik, Grundlagen und Entwicklung*. 4. izdaja, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 1975.
- Bydliński, Franz: *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 194, 4, 1994, str. 319–351.
- Calasso, Francesco: *Storia e sistema delle fonti del diritto comune, I. Le origini*. Milano: Giuffrè, 1938.
- Coing, Helmut: *Europäisches Privatrecht. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München: C. H. Beck, 1985.
- Costa, Emilio: *Cicerone Giuriconsulto*. Vol. 1, Bologna: Nicola Zanicheli, 1927.
- De Vaan, Michiel: *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*. Leiden in Boston: Brill, 2008.
- Demandt, Alexander: *Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284 – 565 n. Chr.* München: C. H. Beck, 2007.
- Dernburg, Heinrich: *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*. 2. del, Leipzig; Hirzel, 1864.
- Düll, Rudolf: Recenzija k: Francesco Maria de Robertis, La espropriazione per pubblica utilità nel diritto. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 30, 66, št. 2/3, 1939, str. 341–352.
- Eckhardt, Benedikt: *Romanisierung und Verbrüderung. Das Vereinswesen im römischen Reich*. Berlin in Boston: De Gruyter, 2021.

- Ehrlich, Eugen: *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, Erster Theil*. Berlin: Carl Heymann, 1902.
- Felgenträger, Wilhelm: *Antikes Lösungsrecht*. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1933.
- Földi, András: Remarks on the Origin and Early History of the Distinction between *ius publicum* and *ius privatum*. Vladoar, Vojtech (ur.): *Perpauca terrena Blande Honori dedicata*. Trnava, 2019, str. 39–48.
- Frakes, Robert: *Contra potentium iniurias: The Defensor civitatis and Late Roman Justice*. München: C. H. Beck, 2001.
- Gaudemet, Jean: *Indulgentia principis*. Instituto di storia del diritto. N. 3, Trst, 1962.
- Gaudemet, Jean: *Institutions de l'antiquité*. Paris: Sirey, 1967.
- Gierke, Otto: *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Die Staats und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*. 3. del. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1881.
- Gierke, Otto: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschat zu Wien*. Berlin: Julius Springer, 1889.
- Hatschek, Julius: *Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, Eine Studie im Grenzgebiete des Privat- und öffentlichen Rechts*. Berlin: Carl Heymann, 1899.
- Hattenhauer, Hans: *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, Historisch-dogmatisch Einführung*. München: C. H. Beck, 2000.
- Heyrovský, Leopold: *Über die rechtliche Grundlage der leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1881.
- Hirschfeld, Otto: *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*. 2. izdaja. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1905.
- His, Rudolf: *Die Domänen der römischen Kaiserzeit*. Leipzig: Veit und Comp., 1896.
- Hohenlohe, Constantin: *Einfluß des Christentums auf das Corpus juris civilis*. Dunaj: Hölder-Pichler-Tempsky, 1937.
- Honsell, Thomas: Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 95, 1, 1978, str. 93–137.
- Huschke, Philipp Eduard: *Über den Census und die Steuerverfassung der frühern römischen Kaiserzeit: ein Betrag zur römischen Staatswissenschaft*. Berlin: Gebauer, 1847.
- Ibsen, Jörn: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 8. izdaja, München: Vahlen, 2012.
- Jellinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre*. 3. izdaja, Berlin: Julius Springer, 1929.
- Jhering, Rudolf von: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 1. zvezek, 2. del. Leipzig, 1854.
- Jhering, Rudolf von: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 1. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852.
- Johnston, David: *The Cambridge Companion to Roman Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Jones, Walter: Expropriation in Roman Law. *Law Quarterly Review*, 45, 4, 1929, str. 512–527.
- Jördens, Andrea: *Nochmals zur Bibliothek Enkeseon*, v: Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte: Symposium, 2010, str. 277–290.
- Jörs, Paul, Kunkel, Wolfgang: *Römisches Privatrecht*. 3. izdaja, Berlin, Heidelberg: Springer, 1949.
- Jörs, Paul: *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*. Leipzig: Hirschfeld, 1892.
- Kambič, Marko: Tutela impuberum v historični perspektivi s poudarkom na statutih srednjeveških primorskih mest na Slovenskem. *Zbornik znanstvenih razprav*, 72, 2012, str. 117–147, 310–311

- Kantorowicz, Ernst H.: *The King's Two Bodies, A Study in Medieval Political Theology*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- Kaser, Max, Hackl, Karl: *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. izdaja, München: C. H. Beck, 1996.
- Kaser, Max, Knütel, Rolf, Lohsse, Sebastian: *Römisches Privatrecht*, 22. izdaja, München: C. H. Beck, 2021.
- Kaser, Max: »*ius publicum*« und »*ius privatum*«. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 103, 1, 1986, str. 1–101.
- Kaser, Max: *Das römische Privatrecht, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. izdaja, München: C. H. Beck, 1971.
- Kaser, Max: *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Kelsen, Hans: *Čista teorija prava, Uvod v problematiko pravne znanosti*, prev. Amalija Maček Mergole, Ljubljana: Cankarjeva založba, 2005.
- Kerševan, Erik, Androjna, Vilko, *Upravno procesno pravo, Upravni postopek in upravni spor*, 2. spremenjena in dopolnjena izdaja, Ljubljana: GV Založba, 2017.
- Kirchmann, Julius von: *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: Springer, 1848.
- Kogler, Ferdinand: *Die legitimatio per rescriptum von Justinian bis zum tode Karls IV*. Weimar: Böhlau, 1904.
- Korošec, Viktor: Nastanek Avgustovega principata, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 19, 1943, str. 74–102.
- Korošec, Viktor: *Rimsko pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, DDU Univerzum, 1980.
- Kranjc, Janez: *Delicta in crimina v rimskem kazenskem pravu*. Zbornik znanstvenih razprav, XLII (1982), str. 87–124.
- Krumpholz, Helmut: *Über sozialstaatliche Aspekte in der Novellengesetzgebung Justinians*. Bonn: Rudolf Habelt, 1992.
- Kunkel, Wolfgang, Wittman, Roland: *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, Die Magistratur*. München: C. H. Beck, 1995.
- Kunkel, Wolfgang: *Römische Rechtsgeschichte*, 4. izdaja, Böhlau, Weimar, 1964.
- Lepore, Paolo Giovanni: »*Rei publicae polliceri*«. *Un'indagine giuridico-epigrafica*. 2. izdaja, Giuffrè, 2012.
- MacChombaich de Colquhoun, Patrick: *A Summary of the Roman Civil Law: Illustrated by Commentaries on the Parallels from the Mosaic, Canon, Mohammedan, English and Foreign Law*, 2. zvezek, London, 1851.
- Malmendier, Ulrike: *Societas publicanorum: staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*. Köln, Weimar: Böhlau, 2002.
- Marquardt, Joachim, *Römische Staatsverwaltung*. Handbuch der römischen Alterthümer, 3. zvezek, Leipzig: Hirzel, 1885.
- Marquardt, Joachim: *Römische Staatsverwaltung*. Handbuch der römischen Alterthümer, 2. zvezek, 2. izdaja, Leipzig: Hirzel, 1881.
- Mayer-Maly, Theo, Honsell, Heinrich: *Rechtswissenschaft, Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*. Heidelberg: Springer, 2015.
- Mayr, *Römische Rechtsgeschichte IV, Die Zeit der Orientalisierung des römischen Rechtes*, Berlin und Leipzig 1913.
- Michelet, C. L., *Des Vernunftrechts zweiter Theil, enthaltend das öffentliche Recht und die allgemeine Rechtsgeschichte*, Nicolaische Verlagsbuchhandlung, Berlin 1866.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton: Bemerkungen über Moratorien. *Archiv für die civilistische Praxis*, 16, 3, 1833, str. 450–62.

- Nawiasky, Hans: *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Köln: Benzinger und Co. Einsiedeln, 1941.
- Nitschke, Manfred: Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung. *Studia et documenta historiae et iuris*, 24, 1958, str. 112–223.
- Paschke, Boris: The cura morum of the Roman Censors as Historical Background for the Bishop and Deacon Lists of the Pastoral Epistles. *Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und Kunde der Älteren Kirche*, 98, 1–2, str. 105–119.
- Pavčnik, Marjan: *Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava*, 6., pregledana in dopolnjena izdaja, Ljubljana: GV Založba, 2020.
- Pennitz, Martin: *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*. Köln, Weimar, Wien: Böhlau, 1991.
- Pernice, Alfred: Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 5, 1, 1885, str. 1–135.
- Pernice, Alfred: *L'ordo iudiciorum e l'extraordinaria cognitio durante l'impero romano*. Società tipografica-editrice, 1886.
- Pernice, Herbert: *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkung*, Inaugural-Dissertation, Greifswaldm, 1882.
- Radbruch, Gustav: *Filozofija prava*. Študijska izdaja, prev. Amalija Maček Mergole, Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, 2001.
- Rainer, J. Michael: *Römisches Staatsrecht, Republik und Prinzipat*. Darmstadt Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2016.
- Regelsberger, Ferdinand: *Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts*. Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolph von Jhering zum Fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum, Leipzig, 1892, str. 44–78.
- Rivier, Alphons: *Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque*, Berlin: Springer, 1863.
- Roby, Henry John: *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, 1. zvezek, Cambridge: University Press, 1902.
- Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen römischen Rechts I*. Berlin: Veit und Comp., 1840.
- Schmidt, Carl Adolf: *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts*. Rostock in Schwerin, 1853.
- Schulz, Fritz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar: Böhlau, 1961.
- Schulz, Fritz: *Prinzipien des römischen Rechts*. München in Leipzig: Duncker & Humblot, 1934.
- Seeck, Otto: Defensor civitatis. RE IV, 2, 1901, stolp. 2365–2371.
- Sellert, Wolfgang: Insinuation. HRG II, 2011, stolp. 1256–1259.
- Serrigny, Denis: *Droit public et administratif romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'Empire romain du IVe au VIe siècle (De Constantin a Justinien)*, Paris: Aug. Durand, 1857.
- Shaw, Malcolm: *International Law*. 8. izdaja, Cambridge: University Press, 2017.
- Solazzi, Siro, *L'estinzione dell' obbligazione nel diritto romano*, 1. zvezek. Neapelj, 1935.
- Spektorskiĵ, Evgen: *Zgodovina socialne filozofije*, zvezek 1. Slovenska matica v Ljubljani, 1932.
- Steinwenter, Artur: *Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer*. Graz, 1915.
- Stelkens, Ulrich: *Verwaltungsprivatrecht, Zur Privatrechtsverbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- Stolleis, Michael: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Erster Band, Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München: C. H. Beck, 1988.
- Štemberger, Katja: Legal Protection of Concession Contracts - at the Interface between Public and Private Law and European and National Law. *Studia Iuridica Lublinensia*, 32, 2, 2023, str. 335–355.

- Taubenschlag, Rafael: Zum gerichtlichen Moratorium im röm. Provinzialrecht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 51, 1, str. 403–404.
- Taylor, John: *Elements of the Civil Law*. 4. izdaja, London, 1828.
- Van de Wiel, Constantin: La légitimation par oblation à la Curie dans le droit romain quelques traces dans les droits canonique, civil et byzantin. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 37, 1990, str. 447–462.
- Verdross-Drossberg, Alfred: *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*. 2. izdaja, Dunaj: Springer, 1948.
- Visky, Károly: *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*. Bonn: Rudolf Habelt, 1983.
- Voigt, Moritz: *Römische Rechtsgeschichte*. 2. zvezek, Stuttgart, 1899.
- Wagner, Adolph: *Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie*. Leipzig: C. F. Winter, 1894.
- Waldstein, Wolfgang, Rainer, Michael: *Römische Rechtsgeschichte*. Ein Studienbuch, 11. izdaja, München: C. H. Beck, 2014.
- Wenger, Leopold: *Von der Staatskunst der Römer*. München, 1925.
- Wieacker, Franz: *Römische Rechtsgeschichte, Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*. Erster Abschnitt, München: C. H. Beck, 1988.
- Wieacker, Franz: *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Abschnitt, Die Jurisprudenz vom früheren Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur Justinianischen Gesetzgebung*. Joseph Georg Wolf (ur.), München: C. H. Beck, 2006.
- Wolff, Hans J.; Bachof, Otto: *Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Ein Studienbuch, 11. izdaja, München: C. H. Beck, 1999.
- Žepič, Vid: *Corpus iuris canonici* – nastanek in pomen srednjeveške zbirke cerkvenega prava v klasični dobi kanonistike. *Pravnik*, 138, 2021, str. 273–306.
- Žepič, Vid: Iudex sceptro aequitatis armandus est. Richterliche Insignien in der europäischen Rechtstradition bis zum 18. Jahrhundert. *Journal on European History of Law*, 14, 1, 2023, str. 24–35.
- Žepič, Vid: Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu. *Zbornik znanstvenih razprav*, LXXXII, 2022, str. 257–305.
- Žepič, Vid: Non-pledgeable Property in Ancient Law – A Reflection of favor debitoris? V: Tauschen, Jaromir; Kolumber, David (ur.): *Edge of Tomorrow: the Next Generation of Legal Historians and Romanists: Collection of Contributions from the 2022 International Legal History Meeting of PhD Students*. Brno: Masaryk University, 2022, str. 34–41.
- Žepič, Vid: Pfandschuldnerschutz in der nachklassischen Rechtsentwicklung. V: *Opuscula. Quaderni di studi romanistici*, 2023.
- Žepič, Vid: Zemljiška služnost kot pravnodogmatični model v obdobju usus modernus pandectarum. *Zbornik znanstvenih razprav*, LXXX, 2020, str. 157–189.

SUMMARY

Ius publicum in iure privato. Public Elements in Roman Private Law

Vid Žepič

The paper at hand aims to examine the elements of public law within the framework of Roman private law, focusing on the involvement of a legal entity governed by public law in legal relationships with private law subjects.

The introduction of the paper centres around the concept of public law (*ius publicum*), which can be seen as a significant achievement of Roman classical jurisprudence in the context of legal historical development. In a broad sense, *ius publicum* referred to the norms governing the constitutional and administrative position of the Roman State, municipalities, and the relationship between the Roman State and other political communities. In a narrower sense, though not adopted in the European legal tradition, every rule falling within *ius publicum* was considered a mandatory (cogent) norm. The subsequent part of the discussion explores different approaches to differentiate between private law, public law, and mixed public-private legal relationships.

The analysed relationships are categorized based on the involvement of public legal entities in relation to private law subjects, whereby the public legal entities assume positions either of authority, supervision, or contractual engagement.

As the sovereign authority, the State unilaterally exercised prerogatives derived from a social consensus that recognized restrictions on property rights in the public interest. This included institutions such as expropriation, debtor-reliefs (*moratoria*), and the imposition of various public burdens, particularly taxes. As a controller, the State authorized certain acts undertaken by private parties when the private party alone could not fully enforce them to maintain public order. During the imperial period, the use of publicity requirements (such as public deposit, introduction of public deeds, registry, and involvement of administrative bodies in personal status matters) became more widespread. Additionally, the Roman State engaged in legal transactions with private individuals to pursue its own property interests, with tax leases being a notable feature. These tax-lease transactions developed rigorous public law securities, characterized by strong formality.

The objective of this paper is to determine whether and how Roman private law deviated from its fundamental principles as a result of the involvement of a public-law legal person, leading to the creation of specific “mixed” public-private legal relationships. The introduction of public law elements into private law was not favoured by Roman jurists and was in the legal literature intentionally discouraged. However, an analysis of private-law relationships with a significant public-law element demonstrates that, in some cases, jurists, particularly the imperial legislature, departed from the fundamental principles of private law. This can be attributed to the bureaucratic nature of the Roman state, which became particularly evident in the late classical period (the 2nd and 3rd centuries). The process of bureaucratization reflected in the adoption of the extraordinary procedure, which assessed many of the mixed public-private law relationships described above. Some scholars considered the extraordinary procedure as a precursor to the modern administrative procedure.

Considering the trends in modern law, the public elements within Roman private law can be regarded as a sign of progressive legal thought. These public-law elements were manifested in economic, legal, and physical inequalities between the parties involved in a legal relationship, unilateral interference by the public party in the rights and obligations of the subordinate party, non-transferability or limited transferability of rights, the mandatory nature of legal regulations, and the increased formality of legal acts, including authorizations and confirmations by public authorities and entries in public registers. The evolution of the relationship between public and private law in Roman legal history was mainly influenced by

three tendencies: the bureaucratization, étatisation, and Christianization of Roman society. The dominant role of private law was not threatened but rather relativized. Roman private law became increasingly intertwined with public law, which aimed to serve the public interest (*utilitas publica*).

ISSN 0350-5774



9 770350 577002



ZČ | Ljubljana | 77 | 2023 | št. 3-4 (168) | str. 239–491