

Antun Malenica

Diritto romano la fonte del diritto civile serbo moderno

Zeszyty Prawnicze 1/1, 27-45

2001

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

ANTUN MALENICA

Uniwersytet Novi Sad

DIRITTO ROMANO LA FONTE DEL DIRITTO CIVILE SERBO MODERNO

I. INTRODUZIONE

Prima di cominciare a trattare la *sedes materia* concernente il diritto romano come fonte del diritto civile serbo moderno, si deve precisare cosa bisogna sottintendere sotto la locuzione „Il diritto civile serbo moderno”. È ben noto a noi specialisti di storia del diritto quanto sia difficile precisare i periodi di qualsiasi storia del diritto e quanti siano numerosi i problemi metodologici in questo campo. Ricordiamoci come è difficile, per esempio, tracciare i confini fra la tappa arcaica e la tappa preclassica del diritto romano, oppure fra la tappa preclassica e quella classica. Quanto al diritto civile serbo moderno, per fortuna, non si pone nessun problema di questo genere. Per diritto civile serbo moderno s'intende tutto il diritto civile sviluppato dal 1844 fin oggi. Il diritto civile serbo moderno cominciò a svilupparsi dal Codice civile serbo (*Srpski građanski zakonik*) del 1844. Il codice emanato si deve collocare nell'ambito dello sviluppo dello stato serbo borghese, dopo la fine del feudalesimo, il che avvenne con la liberazione del potere Turco dopo le rivolte del 1804 e 1815. In quel periodo dopo rivoluzionario sono emanati atti costituzionali¹ e leggi, ma dal punto di vista della cultura giuridica

¹ Atti costituzionali del 1808 e 1811, costituzioni del 1835 („*Sretenjski ustav*”), del 1838. („*Turski ustav*”), del 1869 („*Namesnički ustav*”), poi del 1888, 1901 e 1903.

serba, e soprattutto del diritto civile serbo, l'evento chiave fu l'emanazione del codice civile. Il codice sostituì il diritto medioevale consuetudinario, ormai largamente superato, introducendo un sistema di diritto civile ben elaborato. Grazie alle circostanze politiche in esso furono inclusi concetti ed istituti giuridici presi del *Codice civile austriaco* del 1811² e, dall'altro lato, grazie all'altissima educazione giuridica di Iovan Hadzich, che era l'autore del progetto, certe idee anche furono prese direttamente del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano. Così come risultato finale, vi era un codice civile appartenente alla famiglia romanistica dei codici civili europei e tutto il diritto civile serbo contemporaneo appartiene alla famiglia romanistica del diritto.

Che il diritto romano sia veramente la fonte del Codice civile serbo, e che i concetti giuridici del diritto civile serbo attuale appartengano al modello romano, sarà mostrato da un lato attraverso l'analisi del sistema del Codice civile serbo e dall'altro attraverso l'analisi del concetto di persona nel codice serbo e nel diritto contemporaneo.

II. SISTEMA ISTITUZIONALE ROMANO NEL CODICE CIVILE SERBO

È ben noto che CCS fu redatto sul modello del CCA, perciò gli storici serbi del diritto parlano della recezione del CCA in Serbia³. Ciò ci conferma al primo sguardo la sistematica del codice. Seguendo la sistematica del CCA, vi è, nel codice serbo, come primo, la parte introduttiva (§§ 1-35). Al pari di CCA vi sono le rego-

² Il principe serbo Milosh nominò la prima commissione di lavoro di codificazione nella primavera del 1829. L'idea iniziale era di far preparare il progetto basato sul *Codice civile francese*, già tradotto in lingua serba da Georgije Zahariajadis che era maestro nella scuola della città di Sabac. Grazie all'abilità del console austriaco Mihanovich, il principe Milosh accettò il suggerimento del console austriaco che codice serbo si dovesse preparare partendo dal CCA e dai costumi serbi, il che fu realizzato da Iovan Hadzich.

³ Vedi per. es. S. ŠARKIĆ – D. POPOVIĆ, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije* (Grandi sistemi giuridici e codificazioni), Beograd 1993, p. 119.

le rispettose al codice, osservandolo la fonte del diritto civile. Poi viene la parte prima (§§ 36-181), intitolata *Dei diritti personali (O ličnim pravima)*, che contiene lo *ius quod ad personas pertinet* e, seguendo CCA, è divisa in quattro titoli: *Delle persone e dei diritti personali secondo le qualità personali (O licima i pravima ličnim po sopstvenim svojstvima)*, *Dei diritti e dei doveri dei consorti (O pravima i dužnostima supružnika)*, *Dei diritti e dei doveri tra parenti e figli (O pravima i dužnostima roditelja i dece)*, e quarto titolo *La legge sulla curatela (Zakon o starateljstvu)*. La parte seconda (§§ 182-826), intitolata *Dei diritti reali (O pravima stvarnim)* è dedicata allo *ius quod ad res pertinet* e parla, al pari del CCA, delle cose, poi dei diritti reali, delle successioni e dei contratti. Infine, nella terza e ultima parte (§§ 827-950), denominata *Le regole comuni per i diritti personali e reali (Opređenja opšta za prava lična i stvarna)*, vi sono esposte le regole applicabili in ambedue i campi del diritto civile, tanto allo *ius quod ad personas pertinet*, quanto allo *ius quod ad res pertinet*. CCS anche qui segue CCA.

Con la sistemazione suddescritta CCS accettò l'ordine espositivo della materia di diritto civile che apparteneva al modello istituzionale romano, la cui storia fin dai tempi moderni, secondo i dati a noi pervenuti, e dal punto di vista del diritto civile moderno, aveva avuto tre fasi principali. Prima fase: l'elaborazione del genere delle *Institutiones* fatta da Gaio il che sottintende le osservazioni introduttive riguardanti il diritto privato positivo (*ius civile, ius gentium*), sue fonti (*lex, plebiscitum, senatusconsultum, constitutio principis, edictum, responsa prudentium*) e divisione del diritto (*personae, res, actiones*), tutto esposto all'inizio del manuale (G. 1,1-8), e dopo detta esposizione contiene l'elaborazione della materia conformemente alla tripartizione fatta: nel primo libro *personae*, nel secondo e terzo *res* e nel quarto *actiones*. Seconda fase: l'elaborazione del modello istituzionale fatta dentro il lavoro sulla codificazione giustiniana. Il modello giustiniano delle Istituzioni in buona parte segue quello gaiano, pur essendo caratterizzato da un nuovo e più elaborato approccio sul piano sistematico. L'arricchimento è visibile, per esempio, nella parte introduttiva concernente

il concetto del diritto e delle fonti di diritto, poi nei passi riguardanti il passato e soprattutto nel quarto libro in cui fu inserita la parte riguardante il diritto e il processo penale. Lasciando da parte la problematica pubblicistica che non ci interessa adesso, come i più importanti frutti di codesto lavoro, dal punto di vista dello sviluppo posteriore del modello istituzionale e del diritto civile moderno, vengono ad individuarsi, come primo, la sistematica più coerente in materia di diritto privato e, come secondo, l'inclusione delle parti riguardanti ai concetti astratti, il che avvenne, senza dubbio, grazie ai professori Teofilo e Doroteo, in altre parole al modo bizantino di considerare il diritto. Per esempio, nel modello gaiano dopo furono esposte le divisioni delle cose andava materia sui modi di acquisto delle cose. Invece, nel modello giustiniano tra due materie menzionate furono inseriti i diritti reali, tre titoli: 2,3: *De servitutibus*; 2,4: *De usu fructu* e 2,5: *De usu et habitatione*. Oppure, nel modello gaiano la transizione dal diritto successorio al diritto delle obbligazioni fu realizzata attraverso l'immediato passaggio alla *summa divisio* riguardante le obbligazioni *ex contractu* e quelle *ex delicto*⁴, mentre nel modello giustiniano tra due materie fu inserita la definizione di obbligazione secondo cui l'obbligazione era vista come *iuris vinculum*⁵. Con due aggiustamenti menzionati aprirsi la strada per ulteriore trattazione sistematica dei tutti diritti reali da parte degli Istituzionisti e, dall'altro lato, per l'elaborazione del concetto di obbligazione accanto alla trattazione delle sue figure specifiche. Infine, la terza fase nello sviluppo del modello istituzionale romano si svolse attraverso lavoro degli Istituzionisti i cui manuali comprendono le elaborazioni civilistiche più ricche e meglio sistemate rispetto alle Istituzioni di Giustiniano. Quelli manuali hanno preparato il terreno per le grandi codificazioni europee, ne troviamo un bellissimo esempio nel libro di

⁴ G. 3,88: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

⁵ I. 3,13: *Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur aliquis solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Heineccius⁶, che aveva avuto nell'Europa Occidentale durante XVIII secolo gran prestigio, ed era tradotto nei quasi tutti i paesi.

Dunque, quando troviamo nel codice serbo le parte introduttiva che tenga il codice in quanto fonte di diritto civile, poi in primo luogo l'elaborazione della materia rispetto alle persone, poi alle cose, e quando infine sono esposte le regole comuni per i diritti personali e reali, che parte corrisponde sul piano sistematico al famosissimo ultimo titolo del Digesto, *De diversis regulis iuris antiqui*, vi c'è modello istituzionale romano, considerato, naturalmente, nella tutta sua interezza e prospettiva storica.

Che codice serbo ha preso modello istituzionale romano dal codice austriaco è fatto notissimo. Analizzandolo attentamente si deve osservare che c'è nel codice serbo sul piano sistematico una peculiarità, fin ora non osservata dai romanisti, il che fatto è sorprendente perché si tratta di peculiarità dovuta all'imitazione immediata al diritto romano. Iovan Hagich (*Jovan Hađić*)⁷, l'autore del progetto, non aveva preso direttamente della codificazione giustiniana sol-

⁶ J.G. HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Amstelodami 1726.

⁷ Hagich fu l'uomo colto ed avvocato. Parlò anche la lingua greca e latina. Aveva studiato la filosofia e poi il diritto all'Università di Pesta (Ungheria). Due anni frequentava il corso di specializzazione presso Università di Vienna. Ha ottenuto il dottorato nel 1826 a Pesta con la tesi *Il divorzio presso gli ortodossi*. Poi a Pozun ha sostenuto l'esame di stato e diventò l'avvocato. Visse a Novi Sad – Voivodina, che fu in tal tempo territorio austriaco. Nell'anno 1836 già era il membro del senato municipale quando il principe serbo Milosh Obrenovich (*Miloš Obrenović*) lo invitò a venire in Serbia e far emanare un codice civile serbo con aiuto d'un altro giurista, Vasilie Lazarevich (*Vasilije Lazarević*), ufficiale austriaco da Zemun. In assenza dei giuristi in Serbia, aiuto dei Serbi provenienti da Voivodina fu necessario. Dopo venuta a Belgrado Hagich e Lazarevich hanno diviso il lavoro sui progetti legislativi. Hagich ha preso il codice civile e Lazarevich il codice penale e il codice di processo civile. Lo schizzo del codice civile che conteneva 950 paragrafi di fronte al 1502 paragrafo di CCA Hagich consegnò al nuovo principe serbo Alessandro Karagiorgievich (*Aleksandar Karađorđević*) nell'anno 1842, quindi dopo cinque anni di lavoro, ed il *Codice civile per il principato di Serbia* fu emanato al 25 marzo 1844.

tanto certe idee e soluzioni giuridiche, ma anche ha trasmesso il concetto romano di diritto nel piano sistematico, e partendone faceva una modifica molto significativa nella parte introduttiva del codice. Al di fronte di CCA, dove quella parte fu data come un insieme, nel CCS vi erano due parti: parte A. *Delle leggi civili in generale (O građanskim zakonima uopšte)*, dedicata alle fonti del diritto, e parte B. intitolata *Caratteristiche elementari della giustizia e dell'equità nelle leggi civili (Osnovne crte pravde i pravice u zakonima građanskim)*, dedicata alla giustizia e l'equità. Evidentemente c'è l'appoggio diretto ai primi titoli delle Istituzioni e del Digesto di Giustiniano intitolati *De iustitia et iure*. Bisogna sottolineare che Hagich introduce nella sua intitolazione non soltanto la giustizia, ma anche l'equità, che fatto dovrebbe collegarsi col primo frammento del Digesto e celebre definizione di Celso: *ius est ars boni et aequi*⁸.

Facendo la suddetta modificazione sul piano sistematico Hagich mostrò alta autonomia e creatività. Non si tratta qui di operazione da considerarsi puramente meccanica, ma di un intervento sul piano concettuale. Di fronte al positivismo del legislatore austriaco, Hagich si tornò al concetto romano del diritto che aveva avuto l'idea della giustizia come elemento basilare. Ci sembra che menzionato rifiuto del positivismo moderno da parte di Hagich sia molto chiaro in confronto dei rispettivi paragrafi del codice austriaco e codice serbo che tengono al concetto di codice civile. Nel § 1 del CCA leggiamo: *adunanza delle leggi che stabiliscono i diritti privati ed i doveri tra la popolazione dello stato, fa costituire il diritto civile nello stesso stato*. Invece nel corrispondente § 2 del CCS vi troviamo il testo seguente: *in codesto codice sono prescritte le leggi civili come regole costanti nello scopo di giustizia e d'equità* (rilevato da A. M.), *che sono richieste da ognuno Serbo verso fratello suo Serbo nei suoi diritti e doveri particolari (i. e. privati – A. M.) reciprochi*⁹.

⁸ D. 1,1,1 pr. (Ulp. 1 inst.).

⁹ U Zakoniku ovom propisani su zakoni građanski kao postojana pravila radi pravde i pravice, koja se od svakoga Srbina prema bratu svome Srbinu u uzajamnim svojim posebnim pravima i dužnostima iziskuju.

Dove si dovrebbero cercare le radici di codesta nozione del diritto civile progettata da Hagich? Forse nelle varie circostanze. Egli fu anche filosofo e perciò sua osservazione del fenomeno „il diritto” era più profonda, non soltanto di tipo positivista. Poi, evidentemente conobbe bene diritto romano¹⁰, suo dottorato sottintendeva quel fatto, e perciò da esso prendeva certi punti di vista. Poi, le circostanze in cui si svolse lavoro di codificazione erano favorevoli alle idee di libertà, uguaglianza ed equità. La Serbia ottenne l'indipendenza dall'impero dei Turchi ottomani dopo la seconda rivolta del 1815 e nello stesso tempo rompeva l'ordinamento feudale. In quell'ambito le idee della libertà, equità e giustizia provenute dalla rivoluzione francese avevano avuto forte eco. Per esempio, sotto detti sentimenti in quel tempo il CC francese era tradotto in lingua serba. Più tardi, grazie alle circostanze politiche, il codice austriaco fu preso come la base di lavoro di codificazione.

Tutte le circostanze menzionate hanno lasciato tracce nella parte introduttiva del codice. Ampliandolo rispetto al CCA (CCA 14 paragrafi, invece CCS 35), Hagich introdusse qualche regola che meriterebbe nostra attenzione. Per esempio, avendo preso il testo del CCF (§ 6), formulava nel § 13 il principio di autonomia della volontà, che principio vi non era stato nel CCA. Tuttavia per noi sono più interessanti suoi ragionamenti rispettosi alla parte B dedicata alla giustizia e l'equità. Qua, nel § 18, troviamo il divieto della schiavitù: *Non c'è servitù in questo paese, cioè a nessuno è permesso tenere l'uomo in tale potestà, che sia possibile trattarlo e far disporre di lui arbitrariamente al pari delle cose*¹¹. Nel CCA il divieto è sistemato intorno alla regolamentazione delle persone e corrispondente § 16 lo collega coi diritti naturali dell'uomo. Collocandolo nel titolo dedicato alla giustizia e l'equità Hagich esprime sua compren-

¹⁰ Alla Facoltà di Pesta, nell'anno accademico 1820/21, ha sostenuto l'esame di Diritto romano con classifica „eccellente”. Vedi: M. KIČOVIĆ, *Jovan Hađić* (Miloš Srećić), Novi Sad 1930, p. 14.

¹¹ *Ropstva u ovoj zemlji nema, to jest niko ne može čoveka u takvoj vlasti imati, da s njim samoproizvoljno kao sa stvarima postupati i raspolagati može.*

sione che la schiavitù sia una delle cose più ingiuste. Si tratta di un pensiero molto comprensibile in un paese che poco fa ottenne l'indipendenza.

Dall'altro lato, ci sembra che qualche regola collocata vi indice che Hagich aver sfogliato anche il titolo 17 *De diversis regulis iuris antiqui* del cinquantesimo libro del Digesto. Si tratta in sostanza di regole che esprimono la logica giuridica basata sulla giustizia e l'equità. Per esempio vi troviamo § 24 dove è formulato il principio: *Quel che gode qualche diritto debba sostenere anche il carico con esso legato*¹². Codesto principio lo troviamo in Paolo, D. 50,17,10: *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*, e non lo troviamo nel CCA. Nel precedente § 23 Hagich formulò il principio: *a chi spetta un diritto, spettano anche tutti i lucri che ne provengano*¹³, che vi non era nel CCA. Presi insieme, ambedue principi esprimono, senza dubbio, l'idea della giustizia. Poi, nel § 29 è annotato principio: *Qualcosa che qualcuno non ha, quello non può dare all'altrui; e così nessuno può cedere all'altrui più di diritti altroché quanto li ha se stesso; neanche* (può cedere la cosa – A. M.) *di altrui*¹⁴. Corrispondente paragrafo non c'è nel CCA. Hagich lo scrisse avendoli preso due frammenti da *diversis regulis iuris antiqui*, frammento 54 di Ulpiano: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* e frammento 83 di Papiniano: *Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit*.

Hagich collocò nella menzionata parte introduttiva anche qualche regola prese dalle altre parti del CCA avendole visto l'espressione della giustizia, ma vi non c'era la diffusione diretta del diritto romano nel diritto serbo, invece attraverso CCA. Così nel § 25 troviamo la regola di acquisto della *res nullius* mediante l'occupazione e nel § 31 la regola di inadempimento del danno. La prima si trova nel § 381 del CCA dentro il III capitolo legato all'acquisto della

¹² *Ko pravo kakvo uživa, mora i breme s njim skopčano nositi.*

¹³ *Kome pravo, onome i sve polze otuda proističuće pripadaju.*

¹⁴ *Što ko sam nema, ono ne može ni drugome dati; i tako niko ne može drugome više prava ustupiti, nego koliko sam ima; kao ni tuđe.*

proprietà e la seconda nel § 1295 del rispettivo capitolo XXX *Dell'inadempimento del danno*.

Lasciando la problematica che attenga la sistemazione, volevamo adesso mostrare, attraverso qualche esempio, che il diritto romano sia la fonte di codice serbo non soltanto dal punto di vista del sistema ma altrettanto della regolamentazione. Abbiamo già menzionato che la prima parte del codice serbo riguardava la problematica dello *ius quod ad personas pertinet*. In quest'occasione volevamo chiarire soltanto punto centrale, cioè il concetto della persona.

III. FONTE ROMANA DEL CONCETTO DI PERSONA

La *sedes* del concetto di persona è data nel CCA in tre paragrafi, 16, 22 e 26. Nel § 16 sta scritto: *Ogni uomo ha i diritti naturali che sono risaputi con pure ragione. Perciò debba considerarlo la persona* Nel § 22: *Anche i figli non nati, fino dall'epoca del concepimento, hanno il diritto alla protezione della legge. Se si tratta dei loro diritti propri, ma non dei diritti del terzo, sono considerati nati; mentre il figlio nato morto si ritiene che non sia mai stato concepito, rispetto ai diritti che gli sono tenuti a causa di morte*. Infine § 26 contiene la nozione della persona morale, *i. e.* giuridica: *I diritti dei membri di qualsiasi società consentita si costituiscono tra loro coll'accordo, oppure con lo scopo e con le regole particolari che esistono per tale società. Rispetto alle altre persone, le società consentite hanno di regola gli stessi diritti di cui gode la persona individuale. Le società non consentite, in quanto tali, non hanno nessun diritto né verso i membri nemmeno verso gli altri e non sono capaci di acquistare i diritti. E le società non consentite sono quelle specialmente proibite secondo le leggi politiche, oppure quelle che evidentemente si fanno resistere alla sicurezza, all'ordine pubblico, oppure ai boni costumi*.

Il codice serbo invece dà il concetto elementare di persona attraverso due paragrafi:

§ 36 e § 43. § 36: *Sotto la denominazione, le persone (i personaggi), la legge considera ognuna creatura umana se fosse appena concepita oppure nata, piccola o grande, se fosse ragionevole oppure irragione-*

vole. Anche sola radunata e colleganza nel numero delle più persone individuali unite nell'attuazione dei diritti che esse hanno nella comunanza è considerata dalla legge come una persona morale, così come parentela, cooperativa, comune¹⁵. Nel § 43 sta scritto: *Il figlio concepito, ma ancora non nato, si considera nell'attuazione dei diritti che sia anche nato, così se nasca vivo riceve tutti i diritti appartenenti e li trasferisce all'altrui; se nasca morto, si considera che non sia mai stato concepito. Nato, si tiene sempre per vivo; chi lo mette in dubbio e sostiene il contrario deve provarlo*¹⁶.

Prendendo in considerazione i testi citati possiamo trarre due conclusioni. Prima, entrambi i codici hanno la parola ed il concetto, la persona. Seconda conclusione, nei entrambi codici sotto detto concetto generico si possono distinguersi tre figure giuridiche. Vi sono: l'uomo, il nascituro e la persona morale, cioè giuridica. Dunque il codice serbo segue in linea generale CCA. Ma, vi sono anche qualche diversità nell'elaborazione tecnica giuridica dei paragrafi corrispondenti, da dove proviene qualche differenza sul piano concettuale.

Codice austriaco, nel § 16, in primo luogo parla di uomo vedendolo la persona. Infatti c'è la dichiarazione, fatta secondo l'impostazione giusnaturalistica, che ogni uomo è persona grazie ai suoi diritti naturali. Poi codice, nel § 22, parla *dei figli concepiti ma non nati* non dichiarandoli in modo esplicito le persone, ma prescrive che i concepiti godono la protezione della legge. Infine, nel § 26, sotto l'intitolazione *le persone morali* codice austriaco afferma che le società consentite hanno di regola gli stessi diritti di cui gode la

¹⁵ *Pod imenom lica (osobe) uzima zakon svako čovečije stvorenje, bilo ono tek zečeto, ili rođeno, malo ili veliko, bilo razumno ili bezumno. I sam zbor i svezu više lica jedinstvenih u prizrenju prava koja ona u zajednici imaju, smatra zakon kao jedno lice moralno, kao što je rodbina, zadruga, opština.*

¹⁶ *Dete začeto, ali još nerođeno, smatra se u prizrenju prava kao da je i rođeno, tako da ako se živo rodi, dobija sva pripadajuća prava, i ta na drugog prenaša; ako li se mrtvo rodi, smatra se kao da nikad ni začeto bilo nije. Rođeno drži se svagda za živo; ko sumnja i protivno navodi, dokazati mora.*

persona individuale, ma vi non c'è nessuna considerazione che cosa sia la persona morale, cioè giuridica.

Rispetto al sopra menzionato, i concetti che provengono dalle regole del CCS sono abbastanza differenti. Prima di tutto il codice serbo definisce il concetto generale della persona nel § 36. Siccome codice austriaco ciò non fa, questo significa che tutta la redazione del paragrafo sia stata fatta da Hagich. Dunque, anche tutti i concetti derivanti devono essere attribuiti al suo modo di vedere.

Poiché Hagich aveva scritto la maggioranza dei paragrafi del CCS avendoli riducendo diversi del CCA, si potrebbe aspettare che sua norma generale di persona avrebbe avuto la constatazione che il concetto di persona comprende tre figure, l'uomo, il concepito e la persona morale. Ma questo non c'è. Hagich evidentemente non volle seguire la logica del CCA. Egli introduce nella definizione la locuzione creatura umana, cioè l'essere umano. Introducendola Hagich fece sparire la differenza oppure qualsiasi contrapposizione fra l'uomo nato ed il nascituro. Tutti i due sono considerati esseri umani, così il momento della nascita non importa niente dal detto punto di vista. Ciò viene chiaro dalla redazione del paragrafo. Persona è *ognuna creatura umana se fosse appena concepita oppure nata, piccola o grande, se fosse ragionevole oppure irragionevole*. La nascita secondo le parole usate, dunque, viene a considerarsi soltanto come uno dei fatti naturali che coincidono con la vita umana, al pari dagli altri fatti naturali, quali la maturità, oppure la ragionevolezza.

Conseguentemente a detto modo di ragionare Hagich parla nel § 43 del *figlio concepito, ma ancora non nato (dete začeto, ali još nerođeno)*. Le parole *il figlio concepito* esprimono più chiaro l'idea che si tratta di uomo rispetto a che sia presa la parola „il nascituro”. Nello stesso paragrafo lui non introduce la formula del codice austriaco secondo cui il figlio concepito gode della protezione della legge, il che sarebbe più debole rispetto alla posizione del figlio secondo la formulazione di Hagich in cui il figlio *si considera nell'attuazione dei diritti che sia anche nato*. Secondo Hagich, senza dubbio, il figlio concepito è considerato come soggetto di diritti. Ag-

giungiamo infine che la soluzione descritta non fu nata per caso, invece come consapevole allontanamento della formula austriaca. Vale a dire nel precedente § 42 del CCS, che concerne le persone giuridiche, Hagich non esitò nel prendere la soluzione austriaca secondo che varie persone giuridiche *hanno il diritto singolare alla protezione della legge*.

Seconda cosa nella definizione di persona che meriterebbe nostra attenzione è legata all'impostazione del concetto di persona giuridica. Il codice austriaco fa separare la norma che concerne la persona giuridica da quella che riguarda l'uomo, ma non la definisce. Prescrive, abbiamo visto, il modo di costituire i diritti dei membri della società consentita, determinando che tali società hanno rispetto ai terzi *di regola gli stessi diritti che li gode la persona individuale*. Invece, trattandoli nel codice serbo nella stessa definizione e l'uomo pure la persona giuridica, Hagich non soltanto fece abolire la contrapposizione fra di loro, ma per di più nel definire la persona giuridica partiva dall'uomo. La persona giuridica non è altro che un gruppo degli uomini uniti secondo certe condizioni. Ecco la ancora una volta la formulazione di Hagich: *Anche sola radunata e colleganza nel numero delle più persone individuali, unite nell'attuazione dei diritti che esse hanno nella comunanza, è considerata dalla legge come una persona morale...* Quindi, secondo CCS la persona giuridica non è considerata come qualcosa di astratto e separato dall'uomo. Il codice serbo la considera in modo molto semplice e concreto. La persona giuridica è composta dagli uomini uniti. Detta semplicità e concretezza nel considerare la persona giuridica si vede molto chiaro anche nel § 507, che concerne la definizione della comunità familiare chiamata la *zadruga*. Nel tempo quando era emanato il codice serbo, la *zadruga* era la rimanenza della vita e società patriarcale serba ed istituto del diritto consuetudinario serbo. La *zadruga* era la comunanza d'un centinaio o più parenti, che vivevano insieme in una casa (*kuća*) che apparteneva con gli altri beni alla comunità intera. In sostanza la *zadruga* era una comunanza di vita, di lavoro e d'avere. Grazie a dette caratteristiche in codesto tipo di famiglia serba l'agnazione era più importante della

consanguineità, che fatto si vede bene nel codice serbo per esempio nel menzionato § 507 che riguarda il diritto successorio. Naturalmente, CCA non aveva avuto nessun regolamento di *zadruga* e perciò la definizione di Hagich era totalmente genuina e ci mostra suo approccio nel definire una tale persona giuridica. Hagich la definisce così: *La zadruga è lì dove la mescolanza di vita comune ed averi è fondata e stabilita secondo la natura con legame di parentela oppure d'adozione. La zadruga si chiama anche la casa (kuća) o la casa di cooperativa (kuća zadružna), a differenza di quell'individuale.* Siamo, quindi, ancora in presenza di un concetto molto concreto. La *zadruga* come persona giuridica non fu definita in modo astratto, come soggetto di diritti, ma come comunanza degli uomini, dei parenti, ed era descritta colle parole prese dalla vita quotidiana: la parentela, la vita e l'aver comune, la casa.

Concludiamo quindi. Nella determinazione intera del concetto di persona secondo codice serbo l'uomo vi è sempre in centro. L'uomo già nato, oppure che si sta aspettando che nasca, oppure l'uomo che raggruppato cogli altri costituisce una persona giuridica.

Da dove proviene descritto concetto, da dove sua concretezza e semplicità, da dove tutti quelli allontanamenti dal CCA? Crediamo che debba partire dal fatto che Hagich fu del tutto cosciente che doveva preparare un codice non molto ampio e scritto in modo semplicissimo. Egli sapeva bene che quel codice sarebbe letto dagli impiegati dello stato, i giudici ed i cittadini, tutti privi d'educazione giuridica. Egli fu invitato a venire in Serbia a preparare il progetto proprio in mancanza di giuristi qualificati per detto lavoro. La penuria di giurisprudenti era fortissima, come ci mostra anche il fatto che il principe Milosh Obrenovich prima da far invitare Hagich aveva cominciato il lavoro di codificazione per il tramite d'una commissione composta da sei membri, tra cui non c'era nessun giurista laureato. Per detta ragione, nel progetto di Hagich parecchi paragrafi del CCA tanti volte vennero riassunti in uno ed il testo del codice serbo fu scritto con le parole semplici e comprensibili all'ampio circolo dei cittadini.

Dall'altro lato, la regolamentazione di Hagich s'appoggia, senza dubbio, sui concetti trovati nella codificazione giustiniana. Laure-

ato in giurisprudenza, Hagich certamente osservò che codice austriaco parlava dei concetti „l'uomo” e „la persona giuridica” nei paragrafi separati avendoli visto i concetti diversi, ma li sintetizzava e metteva nello stesso paragrafo. C'è permesso supporre che detto proviene dalla circostanza che nelle Istituzioni e nel Digesto, che Hagich aveva utilizzato, vi non era titolo separato dedicato alle persone giuridiche. Vi si parla sempre degli uomini, *De statu hominum* (D. 1,5), cioè *De iure personarum* (I. 1,3). Il termine ed il concetto *la persona giuridica* è frutto dell'astrazione delle scuole moderne di diritto e, come ci mostra la ricerca fondamentale di Catalano, non deve collegarsi coi concetti romani di uomo e di persona, i cui avevano avuto nozioni concrete con aspetti di un'identità¹⁷. Il pensiero di Hagich evidentemente segue quello dei giurisprudenti romani. Quando scrive nel § 36: *Sotto la denominazione le persone (i personaggi) la legge considera ognuna creatura umana se fosse appena concepita oppure nata*, lui esprime in altre parole soltanto quello che ci dice il frammento di Giuliano nel D. 1,5,26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*. Quando Giuliano afferma che il figlio concepito *in rerum natura esse*, lui pone l'accento che il concepito sia la parte della natura che ci circonda, lui esiste, lui è la persona, non è soltanto la parte della madre. Lo stesso in sostanza dice Hagich quando annota che ogni essere umano è persona al pari il nascituro del neonato.

Legame stretto fra CCS d'una parte ed il sistema istituzionale romano e *Corpus iuris civilis* d'altra ci mostrano anche molte norme. Per esempio, secondo concetto molto importante del sistema istituzionale, quello della cosa, è altrettanto esposto a seconda l'elaborazione pervenuta dal sistema istituzionale. Codice serbo utilizza termini e concetti *res corporales* ed *incorporales* (§ 184), *res nullius, communes e publicae* (§ 195) e così via. Altrettanto è chiaro che nel codice serbo il concetto di cosa opporsi a quello di uomo. Nel § 182 sta scritto: *Sotto il nome di cosa s'intende nel senso della*

¹⁷ Vedi P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Torino 1990, specialmente p. 167-182.

legge tutto quello che non è l'uomo, oppure non è la persona, e serve all'utilizzo di uomo. Conformemente a quella differenza il danneggiamento o la perdita della parte del corpo umano non è equiparata col danneggiamento o con la perdita della cosa. Perciò la persona danneggiata non riceve l'indennizzo che sia il prezzo per parte del corpo perso o danneggiato, invece riceve altri compensi. Nel § 820 codice serbo prescrive: *Chi vulnera altrui, storpia o reca danno al corpo, quel paga tutte le spese di cura e di medicinali, altrettanto gli salda il profitto che perciò perde e lo perderà nell'avvenire, ancor più, faccia saldare proporzionalmente per i dolori soffriti, se farebbe la domanda*¹⁸. La norma del § 820 del CCS soltanto ripete l'opinione dei giuristi romani. Ulpiano scrisse (D. 9,2,13): *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.* Nello stesso modo scrisse anche Gaio (D. 9,1,3): *Ex hac lege (i. e. l. Aquiliae) iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupedes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus qui esset inutilis factis.* La via della diffusione della soluzione menzionata era CCA, paragrafo 1325.

IV. PERSISTENZA DEI MODELLI ROMANI NELLA DOTTRINA E NEL DIRITTO CIVILE SERBO POSITIVO

Gran diffusione del modello romano nel diritto serbo moderno ha dovuto innanzi tutto al CCS del 1844. Una volta scopriti nel CCA e *Corpus iuris civilis*, poi inclusi nel CCS, i concetti e gli istituti di diritto romano andavano a vivere nel diritto civile serbo fin oggi. La continuità della tradizione romana di diritto non fu interrot-

¹⁸ *Koji drugoga rani, osakati, ili inače povredu telu nanese, taj plaća trošak sav za lečenje i lekove; pa i zaslugu, koju zbog toga onaj gubi, i koje će se u napredak lišiti, naplaćuje; i još za pretrpljene bolove, ako se zahteva, srazmernu naplatu čini.*

ta neanche la rivoluzione socialista. Subito dopo della rivoluzione l'Assemblea popolare jugoslava emanava il 23 ottobre 1946 la *Legge sull'invalidità delle fonti giuridiche prodotte prima del 6 aprile 1941* (cioè dal giorno dell'attacco dei Tedeschi) e durante l'occupazione nemica, dopo che, nella mancanza delle norme di legge socialista, erano applicate le norme del CCS, ma formalmente non come norme, bensì come principi giuridici e purché non fossero in contrasto alla nuova costituzione e nuovo ordine socialista. Legislatore rivoluzionario, senza dubbio cosciente del vuoto legislativo, lasciò così la creazione del diritto positivo alla prassi forense, quindi ai giudici, procuratori della repubblica ed avvocati, come alla prassi amministrativa, quindi ai tutti giuristi impiegati nell'amministrazione pubblica. Così nacque un modo rivoluzionario da creare le norme giuridiche in cui i creatori non erano soltanto gli organi dello stato ma anche i cittadini. Volevamo qua sottolineare che in sostanza fu applicato il modello romano preclassico e classico in cui il ruolo dei cittadini, giudici e giurisperiti, fu importantissimo. Questo specifico metodo nel creare le norme giuridiche andava a facilitare lo sviluppo del diritto nell'ambito dei profondi cambiamenti sociali e assicurava al diritto carattere rivoluzionario permanente. Grazie a questo fatto soggettivo, in altre parole ai giuristi educati dentro la tradizione giuridica di diritto romano, contrariamente all'ideologia ufficiale, esisteva la continuità tra diritto civile borghese e diritto in Jugoslavia socialista dall'inizio e poi durante intera fase socialista. Questo fatto osserva in maniera molto bella Giannantonio Benacchio nel suo libro *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud* scrivendo: „Così, mentre la dottrina e legislatore chiudevano allo scambio culturale con l'occidente, denunciandone la 'borghesità' del diritto, sul piano operativo i modelli utilizzati erano pur sempre quelli prerivoluzionari e quindi occidentali”¹⁹.

Dunque, con la legge menzionata la gran parte del diritto civile serbo di tipo borghese fu abrogato soltanto formalmente e con la

¹⁹ G. BENACCHIO, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud*, Padova 1995, p. 167.

rivoluzione in sostanza non era messa in dubbio la continuità fra nuovo diritto civile di tipo socialista e il diritto precedentemente codificato nel CCS e perciò anche non era messa in dubbio l'appartenenza del nuovo diritto civile alla famiglia romanistica. Detto fu confermato anche nell'età socialista avanzata. Dopo trenta anni di sviluppo socialista, nel 1978, per la prima volta fu codificato in Jugoslavia il diritto delle obbligazioni nella *Legge sui rapporti di obbligazione*, con cui di nuovo erano introdotte nell'ordine giuridico le soluzioni prese dei grandi codici civili, del codice francese, austriaco, tedesco e svizzero. Grazie a detto appoggio ai grandi codici civili europei e soprattutto grazie alla cultura giuridica basata sul codice civile del 1844, il diritto civile serbo contemporaneo servirsi del tutto dei concetti ed istituti giuridici provenienti del diritto romano.

Suindicato sarà mostrato in materia del nascituro di cui abbiamo già parlato dentro l'analisi del concetto di persona nel Codice civile serbo. Vediamo adesso come lo osservano la dottrina, il legislatore e la prassi forense vigente.

A) *Dottrina*. Nel manuale di diritto civile recentemente pubblicato in Serbia, il professor Duscian Nikolich scrive: „*Nasciturus, infans conceptus*, ha il diritto di vita, di salute e d'integrità. L'aborto è lecito soltanto sotto le condizioni previste dalla legge. Sono proibiti esperimenti genetici sull'embrione umano. Sono leciti interventi operativi ed altri di carattere medico sul feto nel ventre della madre sotto le condizioni previste per gli interventi di carattere medico sugli uomini già nati. Non è permesso qualsiasi influsso esterno che possa provocare come la conseguenza la storpiatura oppure il turbamento della salute del figlio concepito ancora non nato. Nel caso che un tal influsso avvenga, il nascituro può condizionatamente acquistare certi diritti di carattere patrimoniale ...”²⁰.

²⁰ D. NIKOLIĆ, *Uvod u sistem građanskog prava* (Introduzione nel sistema di diritto civile), Novi Sad 1999, p. 15.

B) *Legislatore*. Secondo la *Legge di successione* del 1995, il figlio già concepito nel momento di morte del *de cuius*, se nasca vivo, ha la *testamenti factio passiva* e può succedere come l'erede legittimo oppure l'erede testamentario. Questo vale per tutti gli eredi, senza esclusione. Nel caso che il giudice riceva la notizia che esiste il concepito, impone il giudizio da perito. Se esiste il concepito, il giudice sospende il processo fin al nascimento del figlio. Al figlio concepito immediatamente viene a nominarsi il curatore (*curator ventris*), di regola la madre, il quale dà la dichiarazione di acquisto dell'eredità in nome del neonato. La legge non richiede la „vitalità”, cioè la capacità di sopravvivenza autonoma, ma insiste soltanto che il neonato dia segni di vita e che viva un breve tempo.

C) *Prassi forense*. Secondo la prassi forense, al figlio concepito è riconosciuta la soggettività anche quando si tratta di suoi diritti nelle situazioni al di fuori di diritto successorio. Durante VII seduta dei corti supremi jugoslavi, cioè del Corte federale, dei corti supremi delle repubbliche e delle regioni e del Corte supremo militare, tenuta il 15 dicembre 1977, fu accettata la massima generale riguardante l'indennizzo del danno morale nel caso di perdita dei genitori che toccava anche nostro argomento. Dicesi nella decisione del corte:

„Nel caso di morte d'uno o entrambi i genitori, al figlio minore appartiene il risarcimento di danno morale a causa dei dolori dell'animo, e l'età del figlio non importa niente per lo stesso diritto al risarcimento.

Nel misurare il risarcimento del danno morale si prendano in considerazione anche i turbamenti dell'animo che soffrirà il figlio durante l'adolescenza.

Il risarcimento per quella specie di danno appartiene anche al figlio nato dopo la morte dei genitori.” (Rilevato da A. M.)

Seguendo la massima suindicata, il foro della città di Valievo, per esempio, nell'anno 1985 decise che il figlio concepito, nato dopo di morte del padre, aveva il diritto di risarcimento giusto per i dolori soffriti a causa di morte del parente vicino, sotto la condi-

zione che nascerebbe e sarebbe vivo nel momento quando si deciderebbe di risarcimento e che sarebbe certo, secondo corso regolare delle cose, che questo danno immateriale persisterebbe nell'avvenire²¹.

La dottrina, la legislazione e la prassi forense ci mostra, senza dubbio, che il diritto civile serbo contemporaneo in sostanza accetta il modello romano, già elaborato nel CCS del 1844, secondo che: *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*. Vediamo, quindi, che anche la storia moderna del diritto conferma una bellissima osservazione di Gaio, annotata nella sua monografia concernente le Dodici tavole: *et certe cuiusque rei potissima pars principium est*²².

Infine, dal discorso fin qui svolto si deve trarre anche una conclusione definitiva: il diritto romano è la fonte, l'elemento basilare e la *viva vox* del diritto civile serbo moderno dai suoi inizi fin a oggi.

²¹ Il tribunale di distretto di Valievo, *Gž 54/85*.

²² D. 1, 2,1 (Gaius, *1 ad leg. XII tab.*).