The background features a large, faint, golden scale of justice. The top of the scale is a horizontal bar with several vertical lines hanging down from it, resembling a balance beam. The two pans of the scale are positioned on either side of a central vertical pillar. The entire graphic is rendered in a golden-yellow color against a dark blue background.

ПРАВАТА НА ГРАЖДАНИТЕ И ТЯХНАТА ЗАЩИТА

RIGHTS OF
CITIZENS AND
THEIR PROTECTION



НОВ
БЪЛГАРСКИ
УНИВЕРСИТЕТ

Rights of citizens and their protection

Права на гражданите и тяхната защита



RIGHTS OF CITIZENS AND THEIR PROTECTION

Collection of reports and papers
presented at the international scientific conference in
honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández,
Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University,
held on 6 November 2018

ПРАВАТА НА ГРАЖДАНИТЕ И ТЯХНАТА ЗАЩИТА

Сборник доклади и статии
от международната научна конференция в чест на
акад. Антонио Фернандес де Бухан и Фернандес,
почетен доктор на Нов български университет,
проведена на 6 ноември 2018 г

Организационен комитет:
проф. д-р Екатерина Михайлова,
проф. Малина Новкиришка-
Стоянова, д. н.
доц. д-р Катерина Йочева
гл. ас. д-р Гинка Симеонова

Organising Committee:
Prof. Ekaterina Mihaylova, PhD,
Prof. Malina Novkirishka-Stoyanova,
Dr. habil.,
Assoc. Prof. Katerina Yocheva, PhD,
Senior Lecturer Ginka Simeonova, PhD



В Сборника е отразена действащата правна уредба към 31.12.2018 г.

© Antonio Fernández de Buján y Fernández, José María Llanos, José María Blanch Nogués, José Antonio Martínez Vela, Juan Alfredo Obarrio, María Etelvina de las Casas León, Juan Antonio Bueno Delgado, Elena Quintana Orive, Gabriel M. Gerez Kraemer, María Victoria Sansón Rodríguez, María Lourdes Martínez de Morentin, María Asunción Sonia Mollá Nebot, María del Pilar Pérez Álvarez, Vanessa Ponte, Carmen Jiménez Salcedo, Juan Miguel Alburquerque, Antonio Fernández de Buján y Arranz, Малина Новкиришка-Стоянова, Райна Николова, Благой Видин, Катерина Йочева, Екатерина Михайлова, Поля Голева, Деница Топчийска, Ивайло Стайков, Петя Неделева, Снежана Ботушарова, Цветалина Петкова, Гинка Симеонова, Деяна Марчева, Елена Недялкова, Милена Караджова, Памела Бучкова, Ралица Костадинова, Силвия Цонева, Мария Чочова

© Ралица Николова - автор на корицата и графичен дизайн, 2019

© доц. д-р Катерина Йочева - редактор и коректор

© Издателство на Нов български университет, 2019

ул. „Монтевидео“ 21, 1618 София

www.nbu.bg

www.bookshop.nbu.bg

Всички права са запазени. Не е разрешено публикуването на части от книгата под каквато и да е форма - електронна, механична, фотокопирна, презапис или по друг начин - без писменото разрешение на носителя на авторското право.

ISBN 978-619-233-079-8 (книжно издание)

978-619-233-078-1 (електронно издание)

СЪДЪРЖАНИЕ

ПРЕДГОВОР

Екатерина Михайлова, Малина Новкиришка-Стоянова, Катерина Йочева,
Гинка Симеонова..... 12

I. РИМСКО ПРАВО..... 17

LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DESDE ROMA HASTA NUESTROS DÍAS

Antonio Fernández de Buján y Fernández..... 19

LOS TIPOS DE DEMOCRACIA A LA LUZ DE LA ROMA REPUBLICANA

José María Llanos..... 41

ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS MÁS NECESITADOS EN ÉPOCA PROTOBIZANTINA

José María Blanch Nougues..... 53

EL OBISPO COMO DEFENSOR Y PROTECTOR DE LOS CIUDADANOS EN EL BAJO IMPERIO ROMANO. EL TESTIMONIO DE LAS CARTAS DE SAN AGUSTÍN

José Antonio Martínez Vela..... 65

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ANTIGÜEDAD Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO ACTUAL: ANTÍGONA

Juan Alfredo Obarrio..... 83

REFLEXIONES ACERCA DE LA MÁXIMA "CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR"

María Etefvina de las Casas León..... 101

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA FIGURA DEL "CURATOR VENTRIS" EN DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ACTUAL

Juan Antonio Bueno Delgado..... 115

NE DAMNA PROVINCIALIBUS INFLIGANTUR: ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN RURAL EN LA LEGISLACIÓN DE ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA

Elena Quintana Orive..... 125

INTERÉS PÚBLICO E INTERÉS PRIVADO EN LA 1ª LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LAS AGUAS

Gabriel M. Gerez Kraemer..... 135

LA SUPERFICIES DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL María Victoria Sansón Rodríguez.....	147
CUESTIONES PROCESALES SURGIDAS A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LA FÓRMULA CONTENIDA EN LA LEX RIVI HIBERIENSIS María Lourdes Martínez de Morentin.....	163
POSTULATIO DE DERECHOS E “INTERÉS PROPIO” María Asunción Sonia Mollá Nebot.....	177
LA PROTECCIÓN DEL POSEEDOR AD USUCAPIONEM. DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO ACTUAL María del Pilar Pérez Álvarez.....	191
TRATAMIENTO DEL FOMENTO EN LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO Vanessa Ponte.....	215
ПРИНЦИПЪТ “EA QUAE INITIO RECTE CONSTITERUNT, RESOLVUNTUR, CUM IN EUM CASUM RECCIDERUNT, A QUO NON POTUISSENT CONSISTERE”: КРАТКИ РАЗМИСЛИ ВЪРХУ СЛИВАНЕТО КАТО СПОСОБ ЗА ПОГАСЯВАНЕ НА ЗАДЪЛЖЕНИЯ Carmen Jiménez Salcedo.....	229
ЗАЩИТАТА НА ПРАВА В РАМКАТА НА РИМСКОПРАВНИЯ АРБИТРАЖ: ПЕРСПЕКТИВИ НА FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., ОТНОСНО ИСТОРИЧЕСКИЯ ДЪЛГ НА МОДЕРНИЯ АРБИТРАЖ Juan Miguel Alburquerque.....	239
ЗАЩИТАТА НА ИЗБОРИТЕ - ЗАЩИТА НА ДЕМОКРАЦИЯТА В ДРЕВНИЯ РИМ Малина Новкиришка-Стоянова.....	251
II. СЪВРЕМЕННО ПРАВО.....	279
LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Antonio Fernández de Buján y Arranz.....	281
ПРОМЕНЕТЕ В АДМИНИСТРАТИВНОПРОЦЕСУАЛНИЯ КОДЕКС И ГАРАНЦИИТЕ ЗА ПЪЛНОЦЕННО РЕАЛИЗИРАНЕ НА ПРАВОТО НА ЗАЩИТА НА ГРАЖДАНИТЕ В АДМИНИСТРАТИВНИЯ ПРОЦЕС Райна Николова.....	309

УРЕДБА НА ПРИНЦИПА НА „ЗАБРАНА ЗА ВРЪЩАНЕ“ (NON-REFOULEMENT) Благой Видин, Катерина Йочева.....	341
ПРАВАТА НА ГРАЖДАНИТЕ И ТЯХНАТА ЗАЩИТА ЧРЕЗ СЕЗИРАНЕТО НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ ОТ ОМБУДСМАНА Екатерина Михайлова.....	355
КОРПОРАТИВНА СОЦИАЛНА ОТГОВОРНОСТ И ЗАЩИТАТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА Поля Голева.....	369
СВОБОДАТА НА ИЗРАЗЯВАНЕ И МЕДИИТЕ В КОНТЕКСТА НА НОВИЯ РЕГЛАМЕНТ НА ЕС ЗА ЗАЩИТА НА ЛИЧНИТЕ ДАННИ Деница Топчийска.....	377
ТРУДОВИТЕ ПРАВА - МЕЖДУ ЕСТЕСТВЕНО-ПРАВНИТЕ И ЮРИДИКО- ПОЗИТИВИСТИЧНИТЕ ВЪЗГЛЕДИ ЗА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА Ивайло Стайков.....	397
БЪЛГАРСКИТЕ ЖЕНИ И ПРАВОТО ИМ НА ОБРАЗОВАНИЕ Петя Неделева.....	411
ПРЕДЕЛИ НА ОГРАНИЧАВАНЕТО НА ЧОВЕШКИТЕ ПРАВА СПОРЕД ЕВРОПЕЙСКАТА КОНВЕНЦИЯ ЗА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА Снежана Ботушарова.....	423
ПРАВОТО НА НАСЛЕДЯВАНЕ ПО ЗАВЕЩАНИЕ В ДВЕ ПРОТИВОРЕЧИВИ РЕШЕНИЯ НА ВКС Цветалина Петкова.....	433
ПРИНЦИПЪТ ЗА РАВЕНСТВО В ПРАВАТА И ПРЕКИТЕ ДАНЪЦИ В ЕС Гинка Симеонова.....	441
ПРАВОТО ДА ИМАШ ПРАВА Деяна Марчева.....	457
РАВЕНСТВО НА ГРАЖДАНИТЕ И РАВНИ ПРОЦЕСУАЛНИ ПРАВА НА СТРАНИТЕ В БЪЛГАРСКОТО НАКАЗАТЕЛНО ПРОИЗВОДСТВО Елена Неद्याкова.....	473
НЯКОИ ИСТОРИЧЕСКИ БЕЛЕЖКИ ЗА РАЗВИТИЕТО И ЗНАЧЕНИЕТО НА СОБСТВЕНОСТТА КАТО ГАРАНЦИЯ ЗА РЕАЛИЗИРАНЕ НА ЧОВЕШКИТЕ ПРАВА И СВОБОДИ Милена Караджова.....	481

ПРИНЦИПЪТ ЗА СЪРАЗМЕРНОСТ В ИЗПЪЛНИТЕЛНОТО ПРОИЗВОДСТВО ПО АДМИНИСТРАТИВНОПРОЦЕСУАЛНИЯ КОДЕКС Памела Бучкова.....	505
ИНСТИТУТЪТ НА УСЛОВНОТО ОСЪЖДАНЕ КАТО ПРОЯВЛЕНИЕ НА ПРИНЦИПА НА ХУМАНИЗЪМ В НАКАЗАТЕЛНОТО ПРАВО Ралица Костадинова.....	529
ПРАВОТО НА ЛИЧЕН ЖИВОТ И НЕГОВИТЕ НАРУШЕНИЯ В ДЕЛИКТНОТО ПРАВО Силвия Цонева.....	537
ПЕРСОНАЛНАТА ПЕНСИЯ - ПРАВНА ВЪЗМОЖНОСТ ИЛИ СУБЕКТИВНО ПРАВО? Мария Чочова.....	553

CONTENTS

FOREWORD Ekaterina Mihaylova, Malina Novkirishka-Stoyanova, Katerina Yocheva, Ginka Simeonova.....	14
I. ROMAN LAW.....	17
THE DEFENSE AND PROTECTION OF CITIZENS' RIGHTS FROM ROME TO TODAY Antonio Fernández de Buján y Fernández.....	19
THE TYPES OF DEMOCRACY AT THE LIGHT OF THE REPUBLICAN ROME José María Llano.....	41
ABOUT THE PROTECTION OF THE NEEDIEST CITIZENS IN PROTO-BYZANTINE TIMES José María Blanch Nougues.....	53
THE BISHOP AS DEFENDER AND PROTECTOR OF CITIZENS IN LATE ROMAN EMPIRE. THE TESTIMONY OF THE LETTERS OF ST. AUGUSTIN José Antonio Martínez Vela.....	65
THE RIGHT TO INTIMACY IN ANTIQUITY AND ITS PROJECTION IN THE CURRENT LAW: ANTIGON Juan Alfredo Obarrio.....	83
REFLECTIONS ON THE MAXIM "CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR" María Etelvina de las Casas León.....	101
SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE FIGURE OF THE "CURATOR VENTRIS" IN ROMAN LAW AND IN THE CURRENT LAW Juan Antonio Bueno Delgado.....	115
NE DAMNA PROVINCIALIBUS INFLIGANTUR: SOME OBSERVATIONS ON THE PROTECTION OF THE RURAL POPULATION IN THE POST-CLASSICAL AND JUSTINIAN LAW Elena Quintana Orive.....	125
PUBLIC AND PRIVATE INTEREST IN THE FIRST SPANISH LAW ON WATERS Gabriel M. Gerez Kraemer.....	135
'SUPERFICIES' FROM THE FUNCTIONAL POINT OF VIEW María Victoria Sansón Rodríguez.....	147
PROCEDURAL ISSUES ARISING FROM THE ANALYSIS OF THE FORMULA CONTAINED IN THE LEX RIVI HIBERIENSIS María Lourdes Martínez de Morentin.....	163

POSTULATIO OF RIGHTS AND “OWN INTEREST” María Asunción Sonia Mollá Nebot.....	177
THE PROTECTION OF THE POSSESSOR AD USUCAPIONEM. FROM ROMAN LAW TO CONTEMPORARY LAW María del Pilar Pérez Álvarez.....	191
TREATMENT OF THE DEVELOPMENT IN THE CONSTRUCTION OF PUBLIC WORKS IN THE SPANISH ADMINISTRATIVE LAW AND IN THE ROMAN LEGAL SYSTEM Vanessa Ponte.....	215
THE PRINCIPLE “EA QUAE INITIO RECTE CONSTITERUNT, RESOLVUNTUR, CUM IN EUM CASUM RECCIDERUNT, A QUO NON POTUISSENT CONSISTERE”: A BRIEF REFLECTION ON THE BASIS OF THE EXTINCTIVE EFFECT OF THE CONFUSION OF OBLIGATIONS Carmen Jiménez Salcedo.....	229
THE PROTECTION OF RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF ROMAN ARBITRATION: PERSPECTIVES OF FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., ON THE HISTORICAL DEBT OF MODERN ARBITRATION Juan Miguel Alburquerque.....	239
DEFENCE OF THE ELECTIONS – DEFENCE OF DEMOCRACY IN ANCIENT ROME Malina Novkirishka-Stoyanova.....	251
II. MODERN LAW.....	279
THE STATUTE OF LIMITATIONS OF THE RIGHT OF THE ADMINISTRATION TO DETERMINE THE TAX DEBT AS AN INSTRUMENT TO DEFEND THE RIGHTS OF CITIZENS Antonio Fernández de Buján y Arranz.....	281
AMENDMENTS IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE AND THE GUARANTEES FOR THE FULL REALIZATION OF CITIZENS’ RIGHTS OF DEFENCE IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS Raina Nikolova.....	309
LEGAL REGULATION OF THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE Blagoy Vidin, Katerina Yocheva.....	341
RIGHTS OF THE CITIZENS AND THEIR PROTECTION BY THE OMBUDSMAN’S BRINGING A CASE BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF BULGARIA Ekaterina Mihaylova.....	355
CORPORATIVE SOCIAL LIABILITY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS Polya Goleva.....	369

FREEDOM OF EXPRESSION AND THE MEDIA IN THE CONTEXT OF THE NEW EU DATA PROTECTION REGULATION Denitza Topchivska.....	377
LABOUR RIGHTS - BETWEEN NATURAL-LEGAL AND LEGAL-POSITIVIST VIEWS ABOUT HUMAN RIGHTS Ivaylo Staykov.....	397
BULGARIAN WOMEN AND THEIR RIGHT TO EDUCATION Petya Nedeleva.....	411
LIMITS ON LIMITING OF HUMAN RIGHTS ACCORDING TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS Snezhana Botusharova.....	423
THE RIGHT OF INHERITANCE BY WILL IN TWO CONTRADICTORY DECISIONS OF THE SUPREME COURT OF CASSATION Tsvetalina Petkova.....	433
THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF RIGHTS AND DIRECT TAXES IN THE EU Ginka Simeonova.....	441
THE RIGHT TO HAVE RIGHTS Deyana Marcheva.....	457
EQUALITY OF CITIZENS AND EQUAL PROCEDURAL RIGHTS OF THE PARTIES IN THE BULGARIAN CRIMINAL PROCEEDINGS Elena Nedyalkova.....	473
SOME HISTORICAL NOTES ON THE DEVELOPMENT AND IMPORTANCE OF OWNERSHIP AS A GUARANTEE FOR THE REALISATION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS Milena Karadjova.....	481
THE PRINCIPLE FOR PROPORTIONALITY UNDER THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE Pamela Boutchkova.....	505
SUSPENDED SENTENCE AS A MANIFESTATION OF THE PRINCIPLE OF HUMANITY IN CRIMINAL LAW Ralitsa Kostadinova	529
THE RIGHT TO PRIVATE LIFE AND ITS INVASIONS IN TORT LAW Silvia Tsoneva.....	537
THE PERSONAL PENSION - A LEGAL POSSIBILITY OR A SUBJECTIVE RIGHT? Maria Chochova.....	553

ПРЕДГОВОР

На 6 ноември 2018 г. по инициатива на департамент „Право“ на Нов Български университет се проведе научна конференция с международно участие на тема „Правата на гражданите и тяхната защита“. Конференцията беше организирана по повод на едно значимо събитие за департамента – удостояването на акад. Антонио Фернандес де Бухан и Фернандес, професор в Автономния университет в Мадрид, редовен член на Кралската академия за юриспруденция и законодателство на Галиция и на Кралска академия по юриспруденция и законодателство на Испания, с почетната научна степен „Doctor Honoris Causa“ на Нов български университет.

В конференцията взеха участие академик Антонио Фернандес де Бухан и Фернандес и професори от видни испански университети, както и преподаватели от департамент „Право“ на Нов български университет.

С това събитие се отбелязва 70-годишнината от приемането на Всеобщата декларация за правата на човека от 1948 г.

Всеобщата декларация за правата на човека е приета от Общото събрание на ООН на 10.12.1948 г. Тя е първото значимо постижение на световната организация в тази област. Тя е преведена на поне 375 езика и диалекта, което я прави най-превежданият документ в света. В Декларацията за първи път на световно ниво се записват права, чиито носители са всички човешки същества. Декларацията се състои от 30 члена, които са доразвити в последващи международни споразумения, регионални актове за защита на правата на човека, национални конституции и закони. Заедно с Международния пакт за икономически, социални и културни права, както и с Международния пакт за гражданските и политическите права тя съставя Международната харта за правата на човека.

Конференцията се организира по идея на почетния доктор на НБУ академик Антонио Фернандес де Бухан и Фернандес, който предложи и темата на конференцията. Той е роден в Lugo през 1953 г. и е един от най-видните съвременни испански юристи, ръководител на Катедрата по Римско право в Автономния университет на Мадрид (Universidad Autónoma de Madrid, UAM) от 1983 г. и основоположник на голяма школа от преподаватели и изследователи в областта на римското публично право и римско-правната традиция в съвременното право и развитието на демократичните ценности в обществото.

В настоящия сборник са включени статии, създадени въз основа на докладите, представени на научната конференция, както и изпратени допълнително от колегите от Испания, които поради служебни ангажименти не успяха да участват лично в конференцията. Научната конференция в Нов български университет бе с участието на 18 колеги от най-известните университети в Испания.

Темите на представяните доклади и статии се преливат от римскоправните основи на демокрацията и защитата на правата на гражданите

до съвременните измерения на правната закрила на личността в гражданското общество.

Така научните изследвания, създадени по повод на този значим научен форум в Нов български университет, представляват принос в дискусиата за ролята и значението на Всеобщата декларация за правата на човека и за развитието на правната уредба в продължение на седем десетилетия, както и проследяването на римскоправната традиция и приемствеността и адаптирането ѝ към съвременните проблеми и очаквания на обществото в тази материя.

Издаването и разпространението на сборника онлайн ще даде възможност за запознаването на широката правна общественост в България и в Испания с тази актуална проблематика и ще съдейства за по-нататъшното разширяване на сътрудничеството между Нов български университет и испанските университети, на което се постави стабилно начало с тази конференция.

Изразяваме искрена благодарност към всички колеги-участници със своите трудове в сборника, както и надежда, че те ще бъдат оценени по достойнство от читателите ни.

София,
1 април 2019 г.

Организационен комитет:
проф. д-р Екатерина Михайлова
проф. Малина Новкиришка-Стоянова, д. н.
доц. д-р Катерина Йочева
г. гл. ас. д-р Гинка Симеонова

FOREWORD

On the 6 November 2018 on the initiative of the Law Department of New Bulgarian University a scientific conference with international participation was held dedicated to Rights of citizens and their protection. The conference was organised with regard to a significant event to the department, namely acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández – professor in the Autonomous University of Madrid, a full member of the Royal Academy for Jurisprudence and Legislation of Galicia as well as of the Royal Academy for Jurisprudence and Legislation of Spain – was attributed the honorary scientific degree Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University.

Participants in the conference were not only acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández as well as many professors from famous Spanish universities, but also professors and lecturers from the Law Department of New Bulgarian University.

This event was a nice occasion to commemorate the 70 Anniversary of the proclamation of the 1948 Universal Declaration of Human Rights.

The Universal Declaration of Human Rights was adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948. It constitutes the first significant achievement of the global organisation in this area. It is translated to more than 375 languages and dialects, which makes it the most translated instrument in the world. In the Declaration for the first time on the global level are written rights, which pertain to every human being. The Declaration consists of 30 articles, which are further developed in later international agreements, regional instruments for human rights protection, national Constitutions and legislation. Together with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as well as the International Covenant on Civil and Political Rights the Declaration forms the International Bill of Human Rights.

The conference was organised on the initiative of Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, which has proposed the heading of the conference. Professor de Buján was born in 1953 and is one of the most famous contemporary Spanish jurists, chair of the Roman law department in the Autonomous University of Madrid (Universidad Autónoma de Madrid, UAM) since 1983 and is also the founder of a big school of lecturers and researchers in the area of the public Roman law and the Roman legal tradition in the modern law and the development of the democratic values in the society.

The present collection consists of papers, based on the reports presented at the scientific conference, as well as sent in addition by our Spanish colleagues, which due to their professional engagements could not take part in person in the conference. 18 colleagues from the most famous Spanish universities took part in person in the scientific conference, held in the New Bulgarian University.

The subject-matter of the presented reports and papers flow from the Roman law foundations of democracy and the protection of human rights to the

modern dimensions of the legal protection of individuals in the civil society.

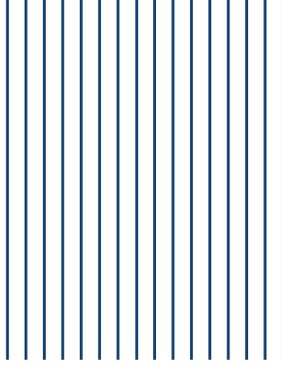
Thus the scientific research, based with regard to this important scientific forum in the New Bulgarian University form substantial contribution to the discussion about the role and significance of the Universal Declaration of Human Rights and the development of the legal regulation in the course of seven decades, as well as the follow-up of the Roman law tradition and its continuity and adaptation towards the contemporary issues and expectations of the society in this area.

The fact that the present collection will be issued and distributed online will provide the possibility to the broad legal circles in Bulgaria and Spain to get acquainted with this topical issues and will contribute to the further broadening of the co-operation between the New Bulgarian University and the counterpart Spanish universities, the solid basis of which was laid with this conference.

We would like to address our true gratitude to all our colleagues that took part with their contributions in the present collection, as well as we hope that these contributions will be adequately appraised by our readers.

Sofia,
1 April 2019

Organising Committee:
Prof. Ekaterina Mihaylova, PhD
Prof. Malina Novkirishka-Stoyanova, Dr. habil.
Assoc. Prof. Katerina Yocheva, PhD
Senior Lecturer Ginka Simeonova, PhD



I. РИМСКО ПРАВО

I. ROMAN LAW

LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DESDE ROMA HASTA NUESTROS DÍAS

Antonio Fernández de Buján y Fernández¹,
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: En el plano jurisdiccional, la comunidad política romana es consciente, desde los primeros tiempos de su existencia, de la necesidad imperiosa de asumir el monopolio de la administración de la justicia, en aras del mantenimiento del orden público y de la tutela de la paz social.

La acción popular tiene su origen en la Atenas clásica de hace 2. 500 años, y el desarrollo de su régimen jurídico en la República romana, en un contexto histórico y político lejano en el tiempo, pero no muy divergente del actual.

Palabras clave: Defensa de derechos. Administración de Justicia. Orden público. Paz social Acción popular. Atenas clásica. República romana. Legitimación popular

LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DESDE ROMA HASTA NUESTROS DÍAS

Antonio Fernández de Buján y Fernández,
Universidad Autónoma de Madrid

Abstract: At the jurisdictional level, the Roman political community is aware, from the early days of its existence, of the imperative need to assume the monopoly of the administration of justice, for the sake of maintaining public order and protecting the law social peace.

The popular action arises in ancient Athens 2, 500 years ago, and the development of their legal regulation in the Roman Republic in a far historical and political context, but not very different from today.

Keywords: Defence of Rights, Justice Administration, Public Order, Social Peace, Popular Action, Ancient Athens, Roman Republic, Popular Legitimation

¹ Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, e-mail: antonio.bujan@uam.es

Prefacio

En el plano jurisdiccional, la comunidad política romana es consciente, desde los primeros tiempos de su existencia, de la necesidad imperiosa de asumir el monopolio de la administración de la justicia, en aras del mantenimiento del orden público y de la tutela de la paz social².

El proceso, que se conforma como cauce de resolución de las controversias entre particulares, no logra, sin embargo, desprenderse del todo en los primeros siglos de los viejos lastres que suponen el poder absoluto del paterfamilias, la sacralización de la justicia y los vestigios de la autodefensa privada en el ejercicio de los derechos e intereses jurídicamente protegidos, en el marco, de forma especial, de la comparecencia ante el tribunal y de la ejecución de la sentencia y de otros títulos que llevaban aparejada ejecución.

La Ley de las XII Tablas, aprobada en los primeros siglos de la República romana, constituye la primera referencia histórica, que conozcamos, de un conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso. La labor legislativa, caracterizada hasta este momento por el secretismo y la ausencia de garantías, comienza a verse informada por los principios de certeza, seguridad jurídica, publicidad e igualdad ante la ley, que acaban siendo considerados consustanciales a todo Ordenamiento jurídico que aspire a la realización de la Justicia.

La vertiente progresiva de la legislación decenvital se manifiesta en las notas de oralidad, publicidad, audiencia contradictoria, brevedad, inmediación, economía procesal, concentración, aportación de los hechos por las partes y principio dispositivo, en cuanto que la actividad jurisdiccional se desarrolla no de oficio, sino por iniciativa e impulso de los litigantes, que aportan de forma exclusiva los hechos y los medios de prueba a tener en cuenta por el juez a la hora de dictar la sentencia.

² Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia. El presente estudio constituye la Ponencia pronunciada por el A. en el marco de su Doctorado Honoris Causa por la New Bulgarian University, el día 6 de noviembre de 2018, y se enmarca en el Proyecto de Investigación "La construcción de un Derecho Administrativo, Medioambiental y Fiscal Romano", codirigido por los Profesores Antonio Fernández de Buján y Fernández y Alfonso Agudo Ruiz, DER2017-82833, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Del 1 de enero de 2018 al 1 de enero de 2021.

Vid. en Fernández de Buján, *Derecho Privado Romano*, lustel 2017, 10ª ed, pp. 49 ss.

El procedimiento del Principado y del Imperio fue, por contraste, predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, de tecnicismos, de sutilezas jurídicas, en los que se refuerza el papel activo del magistrado como conductor del proceso, su poder coercitivo y las cargas procesales de las partes y, todo ello, se entendió que suponía un progreso respecto a la oralidad del proceso anterior, y al formalismo rigorista de las palabras a pronunciar ante el magistrado.

La evolución producida entonces desde la oralidad a la escritura, se concretó en la fórmula jurídica de que los escritos permanecen, frente a las palabras que vuelan, “*scripta manent, verba volant*”, lo que supuso un contraste, siglos después, con el aforismo germánico de que “el papel engaña sin ruborizarse”.

Eterno y clásico retorno de principios, figuras e instituciones en el mundo del derecho, polémica sin fin, tan romana y tan moderna al propio tiempo, entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial.

Acentos y contrapesos romanos, según las épocas, entre oralidad y escritura, formalismo y ausencia de formalidades, poder coercitivo del magistrado o cargas procesales de las partes, obligación legal de fomentar la transacción o conciliación entre los litigantes o posición neutral o pasiva del órgano jurisdiccional.

Para iniciar un proceso se requería el ejercicio de una acción, *actio*, por el actor o demandante, ante el magistrado. La persona contra la que se dirige la acción, aquel contra el que se actúa, *cum quo agitur*, es el demandado, defensor, en atención a que repele la actuación del actor o, el reo, *reus*, debido a que el objeto del litigio es la *res de qua agitur* y los litigantes son, en consecuencia, denominados *rei*.

Junto a este sentido formal de la acción, en ocasiones se utiliza en las fuentes el término *actio* en sentido material, con una significación próxima a lo que Windscheid denomina pretensión, conforme a la cual se reclama en juicio, lo que se nos debe, es el “*ius in iudicio persecuendi quod sibi debetur*” I. J. 4, 6, pr., en expresión clásica.

En las obras de jurisconsultos republicanos se utiliza asimismo al respecto la tricotomía *actio*, *petitio*, *persecutio*, respecto de la que la doctrina romanística no ha logrado todavía desentrañar, en todo su significado, su contenido originario.

En la etapa republicana, los intereses o derechos subjetivos de los ciudadanos podrán ser exigidos judicialmente sólo en la medida en que la ley hubiere previsto respecto de los mismos un cauce específico de actuación procesal, a través de la vía de una *actio*.

La progresiva influencia del derecho pretorio u honorario, y a través de éste del *ius gentium*, en el *ius civile*, así como la unificación de la tramitación de los procesos ante los pretores urbanos y peregrinos, junto al reconocimiento a los extranjeros de la legitimación para intervenir en los mismos, habría dado lugar, en los últimos siglos de la República a un nuevo tipo de procedimiento escrito y no formalista, en el que junto a las acciones civiles que protegen derechos de los ciudadanos previstos en normas contenidas en leyes públicas o en fuentes asimiladas a la ley, los magistrados con potestad

jurisdiccional podían proteger hechos no previstos en el *ius civile*, pero que a su juicio debían ser objeto de tutela jurídica.

En atención a los intereses perseguidos por la persona que interpone la acción ante el magistrado o tribunal, las acciones podían ser, en otros tipos:

a) Privadas, que son aquellas que se conceden a los particulares a fin de que puedan proteger sus derechos e intereses. Pueden a su vez dividirse en:

- reipersecutorias, persiguen el reintegro de una cosa o un derecho de crédito

- penales, persiguen delitos privados y una reparación a título de pena pecuniaria, que tiene un carácter aflictivo o sancionatorio, en cuanto van más allá de la mera indemnización del daño sufrido y

- mixtas, que son aquellas que persiguen ambos efectos.

b) Populares, deben su denominación a que pueden ser ejercitadas por cualquier persona de una colectividad en defensa de intereses públicos o generales.

Mediante acciones penales se persiguen, así mismo, los delitos públicos, crimina, por parte de la persona lesionada u ofendida o de los familiares de la víctima, mediante acusación particular, de oficio, por parte de los magistrados competentes, o por cualquier ciudadano, como acusador público.

Ahora bien, mientras que la persecución de los delitos privados, por parte de la persona lesionada u ofendida, en aquellos supuestos en los que la ley o los edictos así lo prevén, por parte de cualquier ciudadano mediante una acción popular, se produce en el marco de un proceso ordinario privado, y se sanciona con una pena pecuniaria, la persecución de los delitos públicos se produce en el marco de un juicio público, *iudicia publica*, ante un Tribunal permanente y colegiado en la etapa republicana, y se sanciona con penas predominantemente de naturaleza personal

Las acciones populares ocupan, por tanto, una posición intermedia entre, por una parte, las acciones privadas que persiguen ilícitos civiles y las acciones penales que persiguen delitos privados y, por otra, las acciones penales que persiguen delitos públicos, dado que si bien son accesibles a todos los ciudadanos, *omnes cives*, al igual que sucede con las acciones penales mediante las que el acusador popular persigue cualquier delito público, salvo los expresamente previstos por la ley, por otra parte, se aproximan a las acciones privadas y a las acciones penales que persiguen delitos privados, en la medida en que el proceso en el marco en el que se tramitan tiene naturaleza privada y la sanción que se establece en la condena no tiene naturaleza personal sino pecuniaria.

La naturaleza del procedimiento era todo caso la diferencia esencial entre las acciones públicas mediante las que se persiguen los delitos públicos y las acciones populares.

La identificación del *civis* con el *populus romanus*

En el antiguo derecho romano el *civis* se identificaba con el *populus*, como parte integrante y activa del mismo, por lo que se consideraba que la lesión de un interés público era al propio tiempo la lesión del interés de cada uno de los ciudadanos en particular, que podían tutelar o perseguir median-

te el ejercicio de un interdicto o de una acción popular, en litigios a favor o en contra del Estado³.

La noción de pueblo romano, *populus romanus*, como titular de derechos y obligaciones, constituye un elemento fundamental para la creación de la noción de acción popular, *actio popularis*, y de los interdictos populares, *interdicta popularia*, ejercitables por cualquier ciudadano para la tutela de los intereses públicos, del interés general, a la que se hace referencia en las fuentes con distintas expresiones como son, *utilitas publica*, *utilitas omnium*, *utilitas universorum*, *utilitas communis* y *utilitas rei publicae causa*, con una especial incidencia, en determinados ámbitos, también en los intereses particulares, *utilitas singulorum*. Así en relación con los bienes públicos destinados al uso público, *res publicae in usu publico*⁴.

La legitimación popular, fue objeto de una amplia regulación en el Derecho Romano, en atención no sólo a su propio interés específico, sino también a que afectaba a aspectos centrales de su sistema jurídico, como son, conforme ha subrayado Di Porto:

a) El papel del ciudadano en la sociedad y en el control de la actividad de la administración pública.

b) El papel del *civis* en la tutela de las cosas públicas de uso público.

c) La función de la acción popular como contrapeso del aparato estatal, y su íntima conexión con los conceptos de ciudadanía y soberanía, y

d) La conexión de la acción popular con la concepción del *populus* como persona jurídica o como pluralidad de ciudadanos que conforman la *civitas*⁵.

e) La ubicación de la acción popular en la dicotomía público-privado⁶.

En relación con la dicotomía público-privado, Scialoja realiza la siguiente graduación de derechos, públicos los tres primeros y privados el cuarto:

1) Derecho correspondiente a la comunidad como ente en sí mismo con-

³ Cicerón, en *De Republica*, l. 39, afirma: "Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi [...]", lo que, en opinión de Costa, A propósito, di alcuni recenti studi sulle azioni popolari romane, en *RISG*, II, 1891, pp. 358-374, espc. en p. 367, constituye una prueba de la identificación entre "populus, Estado y res publica".

⁴ Fernández de Buján, Recensión a Di Porto, *Res in usu publico* e "beni comuni". Il modo de la tutela, Torino, Giapichelli 2013, p. XXVI + 89, en *IURA*, LXIV, pp. 420-423; Id. *La Acción Popular*, un apunte histórico, *La Revista*. Thomson Reuters 2016; Id. Un apunte sobre legitimación popular, *RGDR*. Iustel, n. 29, dabr. 2017.

⁵ Al respecto en Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1878; Orestano, Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano, I, Torino 1968 y, Catalano, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, en *Diritto e persone*. Studi su origine e attualità del sistema romano, I, Torino 1990 y Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 177 ss.

⁶ Vid. en Di Porto, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, pp. 7 y ss., integrado en la obra del A. intitulada, "Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela", Giapichelli, Torino 2013, pp. 7 ss.

siderado, que se ejercita por un órgano propio de aquélla.

2) Derecho correspondiente a la comunidad como ente en sí mismo considerado, pero cuyo ejercicio corresponde a cada uno de sus miembros

3) Derecho correspondiente a cada uno de los miembros de la comunidad y susceptible de ser utilizado por cada uno de ellos, al que cabe referirse con la denominación de "derechos públicos difusos en todos los miembros de la comunidad" y

4) Derechos privados⁷.

Las acciones e interdictos populares se incardinarían, en la concepción de Scialoja, en la tercera categoría, y constituirían eficaces formas de tutela de los mencionados derechos difusos o colectivos.

Las distintas vertientes de legitimación procesal popular

Las distintas vertientes de legitimación popular, constituidas con finalidad análoga, de origen civil o pretorio, y naturaleza administrativa o penal, habrían ido surgiendo de forma sucesiva y coexistido el tiempo.

Un probable orden cronológico de aparición sería:

1. Las acciones pro populo, previstas en la etapa de las legis acciones

2. Los interdictos populares, interdicta popularia, que tutelan el uso público de las cosas públicas.

3. Las acciones penales populares previstas en leyes públicas que persiguen delitos públicos, crimina.

Ya en el año 594 a. C. el legislador Solón estableció en Atenas el carácter público de todas las acciones penales, y atribuyó a cada ciudadano el derecho de acusar de cualquier delito, según nos informan en sus obras Aristóteles y Plutarco⁸.

4. Las acciones penales populares, previstas en leyes comiciales, municipales o coloniales, que persiguen básicamente delitos privados, delicta, y

5. Las acciones penales populares, previstas en edictos pretorios o edilicios, con la denominación específica de acciones populares, que persiguen así mismos delitos privados, delicta⁹.

En la Roma republicana, al ejercicio de los interdictos y acciones de legitimación popular, que correspondía a cualquier ciudadano, se hace referencia en las fuentes con expresiones como: *actio popularis*, *omnes cives, qui volet ex populo*, *quavis de populo*, *quavis ex populo*, o *quiquunque agere volet*, es decir, cualquiera puede ejercitar la acción).

⁷ Scialoja, Prefazione a la obra de Bruns, cit., p. 117, y en Di Porto, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, p. 11. El comentario a la opinión de Scaevola al respecto le lleva a afirmar a Di Porto en p. 13 que "l'azione popolare costituisce un "nodo" del diritto romano".

⁸ Vid. en Palao, *El sistema jurídico ático clásico*. Colección de monografías de Derecho Romano. Dykinson 2007, pp. 566, prólogo Fernández de Buján, A., pp. 11-19, especialmente en pp. 86, 90, 115, 116, 142 y 476, Aristóteles, *Constitución de Atenas* 9 y Plutarco, *Solón*, 18, 5.

⁹ Así en Paulo, D. 47. 23. 1: "Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur".

3. 1. Las acciones pro populo, previstas en la etapa de las legis acciones

En las Instituciones de Gayo y de Justiniano¹⁰, se hace referencia a una etapa originaria, a la que se alude con el término *olim*, en la que estaría prohibido iniciar un procedimiento por medio de representante "*alieno nomine agere non licet*"¹¹, que Gayo ubica en el periodo de tiempo de vigencia del proceso de las legis acciones: "*Olim, quo tempore legis acciones in usu fuissent*", si bien en casos concretos se admitía la representación¹².

Dichos casos concretos, a los que alude Gayo en sus Instituciones con la expresión, *praeterquam ex certis causis*, no son, sin embargo, mencionados por el jurista de forma explícita, pero si se recogen en las Instituciones de Justiniano, que son un trasunto de las *gayanas*: "*pro populo, pro libertate, pro tutela y, ex lege Hostilia*".

El primero de los supuestos en los que se prevé la posibilidad de actuar por medio de representante hacía referencia a que cualquier ciudadano, qui *volet ex populo*, podía iniciar un proceso en interés del pueblo, *pro populo*. Los restantes supuestos en las que también se puede actuar por medio de representante son aquellos en los que se litiga para defender: la libertad de una persona, *pro libertate*, a la persona sometida a tutela, *pro tutela*, y a la persona ausente en interés de la República, *rei publicae causa*, conforme a lo previsto en la ley, *ex lege Hostilia*¹³.

3. 2. Los interdictos populares, *interdicta popularia*, que tutelan el uso público de las cosas públicas.

La segunda vertiente de legitimación popular abarca las infracciones del uso público de las cosas públicas, *res publicae in uso publico*, que se perseguían por medio interdictos populares que cualquier ciudadano podía solicitar al magistrado, destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público, como vías públicas, ríos y riveras públicas, riveras, acueductos y alcantarillado público.

Cabe subrayar que en la expresión *res publicae in uso publico*, el acento se pone en la función que cumplen los bienes públicos, en su destino al uso público, más que en la titularidad de los bienes, y es la función del bien, su destino al uso público, lo que determina el régimen de tutela, que se otorga a cualquier ciudadano, en cuanto titular del uso, como derecho provisto de un interdicto y de una acción.

¹⁰ Justiniano, Instituciones, 4. 10. pr.: "[...] *Olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea ex lege Hostilia [...]*". Así mismo, en la Paráfrasis de Teófilo, 4. 10.

¹¹ Gayo, Instituciones, 4. 82: "[...] *Olim, quo tempore legis acciones in usu fuissent, alieno nomine agere non licet, praeterquam ex certis causis [...]*".

¹² D. 50. 17. 123 pr., Ulpianus XIV ad Edictum: "*nemo alieno nomine lege agere potest*".

¹³ Cicerón, en *De Republica*, denomina, *civitas popularis* a la forma de la *civitas* en la que todo el poder recae en el pueblo "*in populo sunt omnia*" en contraposición a la *civitas optatium* y al *regnum* (XVIII).

Los interdictos eran disposiciones de carácter administrativo, por medio de las cuales los magistrados, con la finalidad de tutelar intereses públicos o privados, ponían fin a una controversia inter partes, de forma sumaria y con carácter provisional, sin entrar por ello en el fondo del asunto, en atención a la posible revisión de la resolución interdictal en un juicio ordinario.

La decisión interdictal tenía naturaleza declarativa, no sancionatoria, y consistía, en una prohibición, exhibición o restitución a favor de una de las partes.

Mediante esta tutela interdictal el pretor, como titular de potestad jurisdiccional y administrativa, entre otras resoluciones:

- Prohíbe que se introduzca algo en un lugar público, o que se realice algo que pueda causar daño, salvo que se disponga de autorización para ello, D.43.8.2. pr.

- Evita que se retenga lo que se ha hecho en perjuicio de las vías o caminos públicos, D.43.8.2.20

- Dispone que las vías o caminos públicos vuelvan a su anterior estado, 43. 8. 2. 35

- Otorga protección al arrendatario de un lugar público, con la finalidad de garantizar el pacífico disfrute del mismo, D.43.9.1.

- Impide todo tipo de perturbaciones frente a quien intenta realizar obras que perjudiquen el uso de la vía o camino público, D.43.11.1. pr,

- Prohíbe que se haga se construya o deposite en un río público o en su orilla, cualquier cosa que pueda entorpecer el estacionamiento o tránsito de la navegación, D.43.12.1.

- Prohíbe realizar cualquier actuación en un río público o en su orilla que perjudique o impida que el agua fluya con normalidad, D.43.13.1. pr.

- Prohíbe que se impida navegar por un río público, D.43.14.1.pr.

- Prohíbe que se obstaculicen las obras realizadas en beneficio de un río público o de su orilla, D.43.15.1.pr.

Entre otros muchos supuestos de interdictos públicos susceptibles de ser ejercitados por cualquier ciudadano, quivis ex populo¹⁴.

3. 3. En relación con la tercera vertiente de legitimación popular, relativa a las acciones penales populares previstas en leyes públicas que persiguen delitos públicos, crimina, cabe subrayar que los procesos ante los que se sustentan los delitos públicos se pueden iniciar:

- Mediante el ejercicio del ius accusandi del lesionado u ofendido por la actuación delictiva.

- De oficio, por accusatio publica de los magistrados competentes para perseguir los delitos públicos, o bien

- Mediante acción de legitimación popular en los supuestos previstos en las leyes, lo que tiene lugar con diferente intensidad en las distintas etapas

¹⁴ Vid. al respecto en,]; Di Porto, Interdetti popolari e tutela delle 'res in uso publico'. Linee di una indagine, en Diritto e processo nella esperienza romana (Atti del seminario in memoria di G. Provera), Napoli 1994; Alburquerque, J. M., La protección o defensa del uso colectivo

históricas¹⁵.

Como supuesto paradigmático de acción penal popular, cabe mencionar que en el marco del crimen de *peculatus*, consistente en la apropiación, o el abuso, por parte de un funcionario público o de un particular, de cosas públicas, sagradas o religiosas, así como la falsificación de moneda o de documentos públicos, se atribuye al impulso de Augusto la aprobación de una ley rogada, la *Lex Iulia de peculatus et de sacrilegiis*, promulgada el año 8 a. d. C., en la que se prevé la legitimación popular, y supone la actualización de una ley del mismo contenido votada a instancia de Julio Cesar.

Asimismo en el ámbito del crimen de *peculatus*, se atribuye al impulso de Augusto la aprobación de una ley rogada específica reguladora del delito de *residuis*, es decir, de retención de remanentes, consistente en la retención o desviación de dinero público o bienes públicos, que destinados a una finalidad específica no se le da el destino previsto, con la particularidad de que en el caso de fallecimiento del autor del hecho delictivo, la acción penal puede dirigirse contra los herederos, en la medida en que se hayan beneficiado, así en Sentencias de Paulo 5. 27, D.48.13 y CJ 9. 28.

Así en D.48.13.2, se afirma: "Por la Ley Julia de Peculado y de retención de dinero público queda sujeto el que retuvo una cantidad pública a él confiada para una finalidad en la que no la gastó" 5. "Queda sujeto a la ley Julia de retenciones quien retiene para sí algo de una cantidad pública que recibió a cuenta de arriendo, compra, cuenta de pensiones o cualquier otra causa. El condenado por esta ley es condenado a pagar el triplo de la cantidad retenida".

de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de *publicis locis* (*loca, itinere, viae, flumina, ripae*). Prólogo A. Fernández de Buján, Dykinson 2002, reimpr 2012; Ponte, V., Régimen jurídico de las vías públicas en Derecho Romano. Prólogo A. Fernández de Buján, Dykinson 2007; Gerez., El derecho de aguas en Roma. Prólogo A. Fernández de Buján, Dykinson 2007.

¹⁵ Sobre la cuestión relativa a la popularidad de la *accusatio pública*, a su ejercicio preferente por el lesionado para incoar el *iudicium publicum*, y a su involución o mantenimiento del régimen jurídico originario en las sucesivos periodos históricos, desde los orígenes hasta la etapa severiana, vid., entre otros autores, Lauria, *accusatio - Inquisitio*, ahora en Studii e Ricordi, Napoli 1983, pp. 277ss, que afirma que "en la época severiana los procesos criminales habrían sido incoados no ya por quivis de populo, sino, en la mayoría de los casos, por el ofendido" y, en sentido contrario, más o menos matizado, en Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei ' publica iudicia '*, Cagliari, Edizioni AV, 1966, pp. 462, recns. de Garofalo, en *lura XLVI*, 1995, pp. 107-115; Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-VI Secolo)* Giuffré, Milano, 1996, pp. 177; Vicenti, *Tra "iudicium publicum" e "publica accusatio"*, *Labeo*, 1998, vol. 44, n. 3, pp. 471-488. Subraya este autor en p. 476: "que para que exista *iudicium publicum*, en la época tardorepublicana, de las *quaestiones*, Botta y Pietrini llegan a idénticos resultados, se requieren dos requisitos: Uno de carácter formal: deriva de una ley pública, y otro de carácter procesal: la legitimación es difusa, en expresión de Botta, o la *accusatio* es accesible a quivis de populo, en expresión de Pietrini".

Es decir, se preveía que, si el dinero público o los bienes públicos no se restituían y se aplicaban a la finalidad prevista, pasado el plazo de un año, la pena pecuniaria aplicable consistía en el triplo del importe dinerario o del valor de los bienes retenidos. En este supuesto el *ius accusandi* se extendía así mismo a *quavis de populo*.

La previsión, ligada a la tutela de intereses generales, de incoar un juicio público¹⁶, para la persecución de crímenes, *crimina*, se sustancia, a partir del siglo III a C., ante tribunales penales permanentes, *quaestiones perpetuae*¹⁷. El conocimiento y sanción de cada uno de los delitos públicos previstos en leyes públicas, era atribuido al correspondiente tribunal al que se denominaba por el nombre del crimen que conocía de forma específica¹⁸.

3. 4. Las acciones penales populares, previstas en leyes comiciales, municipales o coloniales, que persiguen básicamente delitos privados, *delicta*.

Esta cuarta vertiente de legitimación popular, *quavis de populo*, está ligada a la tutela conjunta de intereses públicos y privados, mediante la persecución de determinados delitos privados, *delicta*, o *cuasidelitos*¹⁹, previstos en leyes, que se sustancian en un juicio privado ordinario, mediante el ejercicio de una acción penal, y se sancionan con penas pecuniarias consistentes en multas.

En contraposición a estas acciones penales de legitimación popular, las acciones penales en general previstas para la persecución de delitos privados, solo pueden ser ejercitadas por el lesionado u ofendido, y las acciones civiles sólo podían ejercitarse por las personas estrictamente interesadas, es decir, *ad quem res pertinet* o *cuius interest*, conforme a la terminología empleada en los textos.

¹⁶ Como afirma Mantovani, en *Il problema d'origine dell'accusa popolare: dalla "quaestio" unilaterale alla "quaestio" bilaterale*, Cedam 1989, el *iudicium publicum* era el que se realizaba con audiencia pública ante la *quaestio* constituida por *lex publica*.

¹⁷ Subraya Garofalo que a los procesos sustanciados ante las *quaestiones* se les habría muy pronto denominado "*iudicia publica*", mediante los cuales se juzgarían los crímenes previstos en las leyes constitutivas de las *quaestiones*, mediante *accusatio publica*, tendencialmente abierta a *quavis de populo*, en *La persecuzione del stellionato*, Padova 1992, pp. 30 ss., reedc. 1998.

¹⁸ Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, cit. p. 109. En relación con la relevancia reconocida por el Ordenamiento al interés de la víctima en un delito perseguible mediante un proceso incoado, y sustanciado, mediante *accusatio* de ésta, afirma Botta que mientras que en el crimen *stellionatus* y crimen *expilatae hereditatis*, el *ius accusandi* se reservaba al ofendido, en otros supuestos, el *ius accusandi* se extendía al *quavis de populo*, si bien en estos casos el interés del lesionado, al igual que la dignitas, la edad o los mores de cada solicitante del ejercicio de la acción criminal, por lo que se puede deducir de D. 48. 2. 16 y D. 40. 16. 5. 1, constituía un título preferente en la elección, que se solventaba en un pre procedimiento para designar al idoneor para actuar como acusador.

¹⁹ Vid. en, Paricio, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. *Civitas* 1987; Id. *Notas sobre los "cuasicontratos" y "cuasidelitos"*. *Estudios en homenaje al profesor Hernández-Tejero*, 1994, págs. 447-452.

Por regla general, aunque no en todos los casos, la pena pecuniaria prevista como sanción en las leyes corresponde al erario público. Por el contrario, se atribuye al actor victorioso que ejerce la acción, el importe de la multa o pena pecuniaria con la que se sancionan los delitos previstos en los edictos pretorios u honorarios²⁰.

Entre las leyes comiciales, municipales, coloniales y provinciales de los últimos siglos de la República y el siglo I de nuestra era²¹, que prevén delitos privados que pueden ser perseguidos *quavis de populo*²², si bien son escasas las fuentes que se conservan de los primeros siglos de la historia romana, cabe mencionar:

- La *Lex luci Lucerini*, que es una ley colonial del siglo III a. C., que prevé la legitimación popular, *qui volet*, en relación con la persecución de delitos como la prohibición de enterrar cadáveres, esparcir inmundicias o realizar ceremonias fúnebres en el territorio de un lugar sagrado.

- El *senadoconsulto de pago montano*.

Se hace referencia con esta denominación a un lugar sito en la ladera de una montaña, concretamente en una de las colinas que circundan Roma, denominada *Esquilina*, en 1875.

En el texto del SC, del siglo I a. C., se prohíbe el amontonamiento de desperdicios y basuras, en las inmediaciones de la Puerta *Esquilina*, debido a su consideración de lugar sagrado, al estar destinado a enterramientos.

Se prevé que los ediles plebeyos y, en su defecto, cualquier ciudadano, *quavis de populo*, puedan actuar mediante un procedimiento en vía ejecutiva, *manus iniectio*, consistente en el apoderamiento de cosas en garantía, *pignoris capio*, y la imposición de una multa, contra quien realizase actuaciones contrarias a lo previsto en el texto de la disposición senatorial²³.

Constituye un antecedente de la *actio de sepulchro violato*, prevista por el pretor en su edicto como *actio in factum y popular*, D.47.12.3.pr.

- La *lex Mamilia o Iulia Agraria*, de alrededor del 55 al 59 a. C., aprobada en el marco de la legislación agraria impulsada por Cesar, consistente en atribuir tierras públicas a veteranos de guerra, que prevé que cualquier miembro de la comunidad afectada, *qui volet*, ejerce una acción para la tutela de los tér-

²⁰ Vid., entre otros, en Lozano, *La legitimación popular en el Proceso romano clásico*, Barcelona 1982.

²¹ La profusión de leyes aprobadas en la etapa republicana, en torno a un millar, no llegó, sin embargo, al extremo denunciado por Tácito, en *Annales*, Libro III, 27, cuando afirma que el exceso de leyes corrompe la república: *corruptissima re publica plurimae leges*.

²² En ocasiones, se utilizan otras expresiones así, *quilibet de populo* o *ei cui placebit, omnes cives*, en D. 39. 1. 3. 4, *quicumque agere volet*, en D. 47. 12. 3. pr., o *quis quasi unus ex populo agit*, en D. 3. 3. 43, pr.

²³ Vid. en Scialoja, *Studi giuridici*, Vol 1, Roma 1933, pp. 471 ss, y en Lozano, *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, cit., pp. 319-320.

minos o lindes de las ciudades, mercados y lugares públicos o propiedades privadas, y sanciona su remoción forma dolosa.

Calistrato, en D.47.21.3, pr. se refiere a esta ley en los siguientes términos: "En la ley agraria que promulgó Cesar se establecía una pena pecuniaria contra los que con dolo malo movieran los mojones del suelo fuera de su lugar y límites: por cada uno que sacaran o corrieran de sitio, impone la ley una multa para el erario público de cincuenta áureos, y autoriza la acción y petición de esa cantidad a favor de qui volet, es decir, de quien quiera ejercerla"²⁴.

Es decir, que por cada mojón que se arrancare o movieran de sitio la pena prevista era de 50 áureos, que deberá ingresarse en el erario público: *quinquaginta aureos in publico dare iubet*.

- La *lex Iulia Municipalis*, cuyo texto se encontró en la costa de Asia Menor, en las llamadas *Tabulae Heracleensis*. Promulgada por Cesar en el 45 a. C., conforme a la opinión mayoritaria, se aplicó con carácter general a los municipios, y contribuyó a que numerosas ciudades y colonias accedieran al estatus de municipio, prevé numerosas acciones de legitimación popular.

Así, la acción que establece la sanción de los magistrados que distribuyen cereales a ciudadanos no inscritos en las listas, la que afecta a los magistrados que asumen funciones públicas habiendo sido condenados por robos o tachados de infamia o que ejercen cargos públicos sin haber cumplido la preceptiva edad de 30 años.

- La *lex Quinctia de aquaeductibus*, promulgada en el Principado de Augusto, el 9 a. C., que, en el marco de la regulación del agua pública, prevé que cualquier ciudadano, *quivis de populo*, pueda ejercitar una acción contra quien causare daño a los conductos o canalizaciones de los acueductos públicos, o capte agua de éstos sin la debida autorización. Establece una pena pecuniaria como sanción, de hasta 100.000 sextercios a favor del Erario.

- La ley de la colonia romana de Urso, *Lex Ursonensis*, (Osuna, en las proximidades de Sevilla) o *Lex Coloniae Genetivae Iuliae* (es decir en honor a

²⁴ Es probable que el alteración forzosa de confines de las fincas, dado el carácter sagrado de los confines en los primeros siglos, y la pena de muerte prevista como sanción, según una ley atribuida a Numa, haya oscilado entre su consideración como crimen o como delito, según las épocas, si nos atenemos a las penas previstas para el autor de la actividad delictiva.

La pena del crimen *termini moti* osciló, según las épocas, entre una multa, en las leyes agrarias republicanas, y la deportación a una isla con confiscación parcial de bienes o la *interdictio aquae et igni*, en época postclásica.

La distinción entre delitos públicos, *crimina*, y delitos privados, *delicta*, tiene lugar, por otra parte, en la etapa republicana, en la que comienza a distinguirse entre los crímenes, que lesionan no sólo derechos individuales sino también derechos de la colectividad, sancionados con penas que oscilan entre las que tienen carácter personal, como la pena de muerte, la *interdictio aquae et igni*, la *damnatio ad metalla* o la *publicatio bonorum* etc., hasta las multas en dinero para los casos menos graves, y los delitos que se sancionan con penas pecuniarias.

Venus, protectora de la gens Iulia) lex data, inscrita en bronce, autorizada por los comicios, sobre un proyecto de Cesar, fundador de la ciudad, y promulgada en el 44 a. C. por Marco Antonio.

Prevé numerosas acciones de legitimación popular, entre ellas, en los supuestos de:

a) Cremación de cadáveres o erección de monumentos funerarios en el interior de la colonia.

b) Demolición de un edificio sin autorización de las autoridades locales, decuriones.

c) Corrupción electoral, así la organización de banquetes de los candidatos en periodo electoral con un número de invitados superior a once.

d) Infracción de disposiciones relativas a cultos públicos.

e) Ocupación de los asientos reservados a los magistrados en espectáculos públicos.

- Las leyes municipales de Malaca y Salpensa, en los alrededores de Utrera, Sevilla, ambas promulgadas bajo el gobierno de Domiciano, I d. C., prevén numerosas acciones de legitimación popular, así en los supuestos de:

a) Demolición de un edificio sin autorización de los decuriones

b) Daños causados a cosas públicas o religiosas, Lex municipii Salpensani 26, y Lex Municipii Malacitani 58 y 62.

c) Actuaciones tendentes a impedir el normal desarrollo de las asambleas populares.

d) Demora en la entrega de una cantidad de dinero debida al Tesoro público

e) Incumplimiento de los magistrados de la obligación de prestar juramento con anterioridad al desempeño de un cargo público

- Ley municipal de Irni, Sevilla, de contenido similar a otras leyes de esta naturaleza en la península, lo que sugiere o bien la existencia de un modelo legislativo común o al menos una base oficial que explique las numerosas similitudes y paralelismos. Así en los supuestos de.

a) Delitos cometidos por los cives del municipio como: la inobservancia de normas de obligado cumplimiento en las construcciones, la organización de reuniones prohibidas por las leyes, o las infracciones urbanísticas en las edificaciones, o

b) Delitos cometidos por los magistrados municipales en el ejercicio de su cargo, así en los supuestos de extorsión o de sustracción de fondos públicos²⁵.

- La Ley Rivi Hiberiensis, de época de Trajano, descubierta en 1993 en el actual municipio de Agón, Zaragoza, y cuya primera edición data de 2006,

²⁵ Vid. en Murga J. L., Las acciones populares en el municipio de Irni, in BIDR., LXXXVIII, 1985 [1988]; A. D'Ors, La ley Flavia municipal. Texto y comentario. Roma 1986, y Lex Irnitana. Texto bilingüe. Santiago de Compostela 1988, en colaboración con D'Ors, X.; Lamberti, "Tabulae Irnitanae". Municipalité e "ius romanorum", Napoli 1993; Torrent, De lege Irnitana,   modelo único en las leyes municipales flavias?, RIDROM 4, 2010, pp. 88 ss; Fernández de

contiene normas referidas a una comunidad de regantes, entre ellas, las acciones populares contra los magistrados, *magistri pagi* y *publicani*, que actuaran de forma contraria a lo dispuesto en la ley²⁶.

3. 5. La quinta de las manifestaciones de legitimación procesal popular hace referencia a las acciones penales populares, previstas en edictos pretorios o edilicios, con la denominación específica de acciones populares, que persiguen, como en el caso de las leyes, también delitos privados, *delicta*.

Concepto, terminología, principios informadores y tipos de acciones populares.

A) Concepto

La expresión *actio popularis* se utiliza, *expressis verbis*, para denominar el tipo de acción prevista en los edictos de los pretores.

El título 23, del libro 47 del Digesto, está dedicado íntegramente, en sus ocho fragmentos, al concepto y requisitos de las acciones populares, bajo la rúbrica "*De popularibus actionibus*". El 23 es el último de los títulos del libro 47, dedicado a los juicios privados. A los juicios públicos se dedica de forma íntegra el libro 48 del Digesto.

En D.47.23.1, se contiene una definición de acción popular, atribuida a Paulo: "*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*", que he utilizado como título de la ponencia, y que podría traducirse como: "Denominamos acción popular la que tutela el derecho propio del pueblo"²⁷.

B) Terminología

La expresión *actio popularis* se utiliza en 22 fragmentos contenidos en textos de jurisconsultos clásicos, la mayoría de ellos correspondientes a los Comentarios de Paulo o Ulpiano al Edicto, o a obras de Gayo y Marciano²⁸.

Es frecuente la denominación explícita de *actio popularis* en relación con las acciones de esta naturaleza previstas en los edictos de los magistrados

Buján, La legislación de Augusto, *Revista General de Derecho Romano*. RGDR. Iustel, n. 23, diciembre 2014.

²⁶ Vid. en Torrent, *Las acciones populares en la Lex Rivi Hiberiensis*, RIDROM N.º. 9, 2012, págs. 104-172.

²⁷ Así en Paulo, D. 47. 23. 1: "*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*".

Vid., entre otros, Mommsen, *Die PopularKlagen*, ZSS, 1903, pp. 1-12; Bruns, *Le azione popolari romane*, trd. Scialoja, *Archivio Giuridico*, 1882; Fadda, *L'azione popolare*. Torino 1894; Danilovic, *Observations sur les "acciones populares"*, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 1974, vol VI, 1974, pp. 15-43; Zhimin, *Riflessioni sull' azione popolare da una prospettiva comparativa*, *Studi in onore di Luigi Labruna*. Fide. Humanitas. Ius. Vol. VIII, pp. 6065- 6077; A., Miglietta, *voz Azione Popolare*. *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, a cura de E. Segreccia e A. Tarantino, Napoli 2009, pp. 1-12; Giagnorio, *Brevi note in tema de azioni popolari*. *Teoria e storia del Diritto Privato*, n. V, 2012, pp. 1-32.

²⁸ El texto más antiguo en el q el adjetivo *popularis* aparece unido a *actio* corresponde a Cicerón, *Pro Rabirius*, 5. 14, si bien con un significado no técnico.

dotados de potestad jurisdiccional²⁹, lo que ha llevado a un sector doctrinal a considerar que stricto sensu sólo éstas son acciones populares, si bien cabe señalar que no todas las acciones con legitimación popular previstas en los edictos, del pretor y de los ediles, se denominan acciones populares³⁰.

En relación con la legitimación en la acción popular, cabe subrayar que no existe una regulación unitaria, así en algunos casos se reconoce en primer lugar al interesado y, en caso de no actuación de éste, a quivis ex populo, así en los supuestos de profanación de sepulcros o de muerte de una persona libre, y en otros la legitimación se atribuye ab initio a quivis ex populo.

Los supuestos de legitimación popular previstos en las leyes aprobadas en el periodo republicano y en el siglo primero del Principado, habrían sido tenidos en cuenta, en todo caso, por los pretores para crear la categoría de las acciones populares, dado que los delitos previstos por los pretores en sus edictos y los delitos previstos en las leyes, eran en su mayoría, idénticos o análogos, en atención a que los intereses que tutelaban ambos tipos de acciones eran los mismos.

No hay, por tanto, grandes diferencias entre las acciones qui volet de las leyes comiciales, municipales o colonarias y las acciones populares pretorias o edilicias, si bien cabe subrayar que mientras en las acciones populares pretorias el actor interviene en su propio nombre y en defensa de un interés que considera lesionado que es, al propio tiempo, personal, y de la colectividad, y el importe de la pena pecuniaria generalmente se le atribuye, en las acciones de legitimación popular previstas en las leyes, el actor interviene en representación del pueblo romano, por lo que el importe de la multa debe, con carácter general, depositarse en el erario.

C) Principios informadores de las acciones populares

Se contienen básicamente en el Título 23 del Libro 47 del Digesto: De popularibus actionibus

Digesto. Libro 47. Sobre los delitos privados. Digesto. Libro 48. Sobre los delitos públicos. Digesto. Libro 47. Título 23. 8 fragmentos

D.47.23.1. Decimos que es popular la acción que defiende el derecho propio del pueblo (Paulo, 8 libro ad Edictum).

“Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur”.

D.47.23.2. Si son varios los que intentan utilizar una acción popular, el pretor debe elegir al más idóneo (Paulo, libro 1 ad Edictum).

“Si plures simul agant populari actione, Paetor eligat idoneiorem”.

D.47.23.3. Cuando por la misma causa se ejercita varias veces la acción, siendo el mismo hecho, se puede oponer la excepción vulgar de cosa juzgada

²⁹ Así en D. 47. 2. 3; D. 47. 23. 1; D. 47. 12. 3. 12, para referirse a la actio de sepulchro violato; D. 2. 1. 7. pr., a la actio de albo corrupto, o D. 9. 3. 5. 13, a la actio de positis et suspensis.

³⁰ En este sentido en Sanna, L’Azione popolare como strumento di tutela dei ‘ beni pubblici ‘: alcune riflessioni tra ‘ bene pubblico ‘ ambiente nell’ordinamento giuridico italiano e res publicae nel sistema giuridico romano, en Diritto & Storia, V, 2006, p. 5.

(Ulpiano, libro 1 ad edictum). Cosa juzgada material, en sentido negativo³¹.

“Sed si ex eadem causa saepius agatur, quum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur”

1. En las acciones populares es preferido el que tiene más interés (Ulpiano, libro 1 ad edictum).

“In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur”.

D.47.23.4. La acción popular se concede a la persona plenamente capaz, es decir, a aquella a quien el edicto le permite defender una causa en juicio (Paulo, libro 3 ad Edictum).

“Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per Edictum postulare licet”.

D.47.23.5. El que fuere demandado con la acción popular puede nombrar procurador para que le defienda, pero el demandante no puede comparecer mediante procurador (Paulo, libro 8 ad Edictum)

“Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest, is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest”.

Excepcionalmente, sí cabía comparecer en juicio mediante procurador en una *actio popularis*. Así, en D.3.3.42: “Aunque en las acciones populares no se puede nombrar procurador, se ha afirmado que sí cabe nombrarlo, al igual que está previsto en las acciones privadas, por quien ejercita una acción de vía pública por haber sido particularmente perjudicado por un interdicto prohibitorio – *qui de via publica agit privato damno ex prohibitione afficitur* – y, con mayor razón, por el titular del sepulcro en caso de profanación, *ad sepulcri violati actionem est*”.

D.47.23.6. A la mujer y a la persona sujeta a tutela, no se les reconoce el ejercicio de las acciones populares, salvo que la cosa (o el asunto) les pertenezca o sea de su interés. (Ulpiano, libro 25 ad Edictum).

“Mulieri et pupilo populares actiones non dantur, nisi quum ad eos res pertineat”.

D.47.23.8. Las acciones populares ni se atribuyen contra los herederos (de quienha cometido el delito), ni subsisten después de un año (Ulpiano, libro 1 ad Edictum).

“Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur”.

D) Tipos de acciones populares

Cabe subrayar, en primer lugar, que los supuestos de legitimación popular previstos en las leyes aprobadas en el periodo republicano y en el siglo primero del Principado, fueron tenidos en cuenta por los pretores para crear la categoría de las acciones populares, dado que los delitos previstos por los

³¹ D. 47. 23. 3, Paulus, libro VIII ad edictum: *“Sed si ex eadem causa saepius agatur, quum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur”*. Vid. en Scialoja, *L’exceptio rei iudicatae nelle azioni popolari*, en *Studi giuridici I*, p. 211 ss. y, en Murga, *Derecho Romano Clásico. II. El Proceso*, Zaragoza 1980, pp. 241 ss.

pretores en sus edictos y los delitos previstos en las leyes son, en su mayoría, idénticos o análogos, en atención a que los intereses que tutelaban ambos tipos de acciones eran los mismos.

No hay, por tanto, grandes diferencias entre las acciones qui volet ex populo, de las leyes comiciales, municipales o colonias y las acciones populares pretorias o edilicias, si bien cabe subrayar que mientras en las acciones populares pretorias el actor interviene en su propio nombre y en defensa de un interés que considera lesionado que es, al propio tiempo, personal y de la colectividad, y el importe de la pena pecuniaria generalmente se le atribuye, en las acciones de legitimación popular previstas en las leyes, el actor interviene en representación del pueblo romano, por lo que el importe de la multa debe, con carácter general, depositarse en el erario o el fisco, según la época.

El ejercicio de acciones populares, pretorias o edictales, por cualquier ciudadano está previsto para perseguir, entre otros, a los autores de los siguientes hechos delictivos³²:

- El que profanare un sepulcro, actio de sepulchro violato, D.47.12.3.pr.³³.
- El ocupante de una vivienda que hubiera colocado o suspendido un objeto con riesgo de caer en la vía pública, actio de positis et suspensis³⁴.
- El usuario de una vivienda desde la que se han arrojado cosas sólidas o líquidas a la vía pública, actio de effusis et deiecit³⁵.
- El que dañare o alterase el texto o los términos de los edictos de los pretores, actio de albo corrupto.

³² Debe subrayarse, no obstante, que la doctrina discrepa sobre la consideración de actio popularis de alguno de los supuestos indicados y adiciona algunos otros no mencionados.

³³ Lozano Corbi, Competencia de los "recuperadores" en la "actio de sepulchro violato", en Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias III, pp. 1487-1496.

Dig. 47. 12. 3pr. Ulpianus 25 ad ed. praet.: "Praetor ait: "cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo".

³⁴ Rodríguez Ennes, Algunas consideraciones acerca de la "actio de positis vel suspensis", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 16, 1990. Homenaje al Prof. Juan Iglesias, pp. 255-260.

³⁵ Rodríguez Ennes, Notas sobre el elemento objetivo del effusum vel deiectum. Homenaje a Vallet de Goytisolo, Vol. 2, 1988, pp. 689-696; Id. El Edicto "de Effusis vel detectis" y la problemática urbanística romana Homenaje al profesor Alfonso Otero, 1981, págs. 301-323. D. 9. 3. 0. De his, qui effuderint vel deiecerint.

D. 9. 3. 1pr. Ulpianus 23 ad ed.: "Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: "unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum

- El que depositare objetos de desecho en lugares públicos o causare un daño de cualquier naturaleza a la vía pública, *actio de via publica*³⁶.
- El que procediere de forma ilícita a la apertura de las tablas testamentarias, *actio de testamento aperto*.
- El que amenazare la seguridad de los viandantes mediante la utilización de animales salvajes en las vías públicas, *Actio de bestiis o de feriis*³⁷.
- El que no acatare o desobedeciere resoluciones judiciales, si quis *iudicenti non obtemperaverit*, así, por ejemplo, no compareciendo ante el magistrado en una citación a juicio, si *in ius vocat, ito*.

Proyección de la acción popular en el derecho actual

La vigente acción popular en el Ordenamiento Jurídico español, conserva la denominación romana de *actio popularis*.

En las Constituciones españolas de 1812, (para los delitos de soborno y prevaricación de jueces y magistrados), 1869 y 1931, se prevé la acción popular limitada a supuestos específicos de naturaleza penal, y en el art. 125 de la Constitución de 1978 la acción popular se configura como una manifestación de soberanía popular: "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales".

La acción popular penal es pues un derecho constitucional, garantizado por el artículo 24 de la CE, que prevé la tutela judicial efectiva y puede ser ejercitada por los ciudadanos españoles, mediante interposición de querrela, respecto de todos aquellos delitos que pueden ser perseguidos de oficio por el ministerio público. No cabe su ejercicio en el derecho penal militar, ni en los delitos privados y resulta controvertido en el marco de los denominados delitos semipúblicos, es decir, aquellos que sólo resultan perseguibles previa denuncia del ofendido.

A efectos de legitimación, la acción popular se prevé así mismo en el art. 19 de la LOPJ.

En el derecho español, además de en los supuestos de acción popular en materia penal, se prevé la acción pública, considerada como un tipo especial

iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere".

³⁶ Takeshi Sasaki, ¿Quién podía solicitar los interdictos sobre el camino público? - Una exegesis de Ulp. D. 43. 8. 2. RGDR, lustel, 19, 2012; Rodríguez López, La licencia urbanística y el derecho de sobreedificación, CTH, 15. 1. 50, en Hacia un derecho administrativo y fiscal romano/Fernández de Buján ed., Gerez Kraemer, ed., Malavé Osuna, ed., págs. 393-408.

³⁷ Rodríguez Ennes, Estudio sobre el edicto de feris, Facultad de Derecho. Universidad Complutense. 1992.

de la acción popular, en materia de urbanismo en los artículos 5 y 62 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley.

En el derecho español, La acción pública, considerada como un tipo específico de la acción popular prevista en el art. 125 de la Constitución y en el art. 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), viene recogida expresamente en el campo del urbanismo en la legislación estatal dentro del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tanto en su art. 5, apartados c) y), como en su art. 62 donde literalmente nos dice lo siguiente:

„Artículo 62. Acción pública.

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

Desde un punto de vista procesal, el art. 19. 1. h) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa se refiere a dicha acción pública cuando indica que: “1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: [...] h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes”.

En Italia se conserva la acción popular en el marco del derecho electoral, al preverse que cualquier ciudadano pueda recurrir a la Comisión electoral en relación con cualquier actuación relativa a la inscripciones o denegaciones en materia electoral; así como en determinados asuntos de derecho local o beneficencia pública, en los que el civis interviene supliendo la inacción de la Administración Pública.

En Portugal la acción popular está prevista en el art. 52. 3 de la Constitución de 1976: “Todos tienen el derecho de ejercer la acción popular [...]”: “É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais”.

En el derecho iberoamericano, por influencia del derecho chileno de notable influencia romanística, se prevén diversas acciones populares, así en el marco del uso público de las cosas públicas y de seguridad viaria, en los Códigos civiles de Ecuador, Colombia, Panamá, Honduras y Salvador.

En Colombia existe una Ley específica de 1998 en la que se regula la acción popular, para proteger derechos colectivos, derechos difusos, y derechos de grupos específicos, denominada está última, class action, por la doctrina. En la Constitución, art. 88 se afirma que “La Ley regulará la acción popular

para la protección de los derecho e intereses colectivos [...]”.

En Brasil la *actio popularis* se prevé en la Constitución y en la legislación, con carácter de control y corrección de la actuación pública.

Como institución así mismo encuadrable en la idea de la *actio popularis* cabe considerar las *Citizen suits* de los Estados Unidos, previstas en distintos textos legales aprobados, a partir de los años setenta del siglo pasado, en distintos Estados como Michigan, Minnesota o Florida, en los que se establece la legitimación de cualquier ciudadano, con independencia de que haya sido personalmente perjudicado, para presentar y tramitar una demanda judicial en defensa principalmente del medio ambiente.

Análoga a la *actio popularis* ha sido considerada la institución de las *class actions*, en las que se consideran legitimados para incoar un procedimiento uno o varios miembros de un grupo, en defensa de cuyos intereses colectivos actúan, que haya sido víctima de determinados actos ilícitos. El conjunto de los componentes tendrán derecho al resarcimiento que se determine en el caso de que la acción judicial resulte victoriosa. La diferencia esencial con la *actio popularis* es que quien o quienes interpongan la acción judicial deben ser víctimas del acto ilícito y lesivo que se persigue.

Estos procedimientos han sido reconocidos especialmente en EEUU y, con algunas limitaciones, en otros países de *common law*.

Epílogo

Las acciones populares conocieron, en la segunda mitad del XIX, un periodo de fervoroso interés historiográfico, en coincidencia con la etapa de las democracias liberales y la experiencia de los nuevos estados nacionales³⁸.

La posterior relegación se habría debido a la evolución del Estado hacia la concepción de persona abstracta, separada de los ciudadanos³⁹.

En un texto de Plauto, contenido en el *Persa* 1, 3 v. 62-74, se alude a quienes se dedican a ejercer determinadas acciones populares penales con la única finalidad de enriquecerse con el importe de la pena prevista como con-

³⁸ En este sentido, Scialoja, *Prefazione a Bruns*, cit., p. 109: “Creo que las ideas liberales, que han transformado los gobiernos de casi toda Europa, incluyen necesariamente la concepción de una más estrecha conexión entre ciudadano y colectividad. El pueblo tiende a identificarse de nuevo con el Estado y esta tendencia es favorecida por el legislador”, y en Casavola, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, Labeo 1955 pp. 153 ss.; *Id. Studi sulle azioni popolari romane*. Le “acciones populares”. Jovene 1958.

³⁹ Al respecto en Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1878; Orestano, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, I, Torino 1968 y Catalano, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, en *Diritto e persone*. Studi su origine e attualità del sistema romano, I, Torino 1990 y Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 177 ss.

dena, praemium. Así en el caso de daños causados a cosas públicas la pena prevista podía llegar al cuádruplo del daño ocasionado, de ahí el nombre de actio quadrupli atribuido a la acción ejercitada y la denominación de quadruplatores dada a los actores procesales.

Plauto resalta que el lucro obtenido por los quadruplatores en el caso de que el reo fuese condenado, constituía la causa de su mala imagen social, al atribuirseles, con carácter general, un interés económico en la acusación.

Lo que no obsta, sin embargo, para que Plauto no tenga inconveniente en considerar como un leal y buen ciudadano a quien realiza esta tarea con una finalidad de utilidad pública, publicae rei causa, y proponga dos medidas disuasorias tendentes a limitar esta práctica: por un lado, que la mitad de la sanción impuesta al condenado sea entregada al fisco y, por otro, la posibilidad de retorsión de la pena del acusado al acusador en caso de que no se llegue a probar el hecho de la acusación, lo que revela, en opinión de Martino, un conocimiento del proceso romano y la denuncia de un problema social de la época, que influirá en la praxis judicial de las acciones populares⁴⁰.

El amplio contenido de la legitimación popular en la Atenas clásica y la Roma republicana, no ha vuelto a preverse, sin embargo, con ese alcance, en la historia jurídica posterior de ningún Ordenamiento Jurídico, por lo que una reflexión histórica sobre el ejercicio por los ciudadanos romanos de los interdictos populares y de las acciones populares, en su doble vertiente pública y privada, así como sobre las soluciones con las que se afrontaron, los problemas

⁴⁰ Conforme subraya Salazar Revuelta, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, n. 26 Valparaíso 2004, pp 85-111, La represión penal de la usura en la república romana y su evolución está testimoniada, la existencia de los quadruplatores a finales del siglo III a. C. o principios del II a. C.

Así, un texto de Plauto, contenido en el Persa 1, 3 v. 62-74, se refiere a la actividad de quienes eorum reorum accusatores, qui conuicti quadrupli damnari soleant; y que el significado de quadruplator viene ligado al ejercicio de la actio quadrupli, entendida como acción que condena al quadruplum.

El autor quiere resaltar la participación de los quadruplatores en la condena impuesta al reo y la existencia, en todo caso, de un lucro; lo que viene a explicar el interés de la acusación para éstos y la mala imagen que los caracterizaba socialmente: Plauto muestra la figura del quadruplator como un acusador odioso, puesto que persigue un interés lucrativo.

Lo que no obsta, continua Salazar Revuelta, que Plauto no tenga inconveniente en considerar como un leal y buen ciudadano a quien realiza esta tarea publicae rei causa, y que termine proponiendo dos medidas disuasorias tendentes a limitar esta práctica: por un lado, que la mitad de la sanción impuesta al condenado sea entregada al fisco y, por otro, la posibilidad de retorsión de la pena del acusado al acusador en caso de que no se llegue a probar el hecho de la acusación, que revelan un conocimiento del proceso romano y un problema social de la época, bien conocido por el pueblo romano y que, en opinión de Martino, desembocará en la praxis judicial de las acciones populares, I quadruplatores nel Persa di Plauto, en Labeo 1 (1955), pp. 34 ss.

planteados en su aplicación, puede resultar de utilidad en el debate actual⁴¹.

En la realidad española actual, está abierta una polémica doctrinal y política sobre la conveniencia de reformar el régimen jurídico de la acción popular, mediante una mejor delimitación de su objeto y finalidad, y lo está, en buena medida, debido al uso espurio o abusivo de esta acción en los últimos años por litigadores profesionales que, al igual que sucedía en la Roma republicana, la ejercen como fines vindicativos, de controversia política, de acoso o chantaje a los afectados, no obstante el importante papel, que ha cumplido, en determinadas materias, en ocasiones, la legitimación procesal popular, entre otras, en la lucha contra la corrupción.

En los últimos tiempos el ejercicio de la acción popular en materias como los derechos humanos, el medio ambiente, la salud o la protección de espacios marítimos, ha sido aceptada por la jurisdicción de Tribunales internacionales, al configurarse como una institución invocada cada vez con mayor frecuencia en la legislación internacional, en la doctrina internacionalista y en demanda de tutela en la práctica internacional, lo que ha generado así mismo un debate sobre la oportunidad de una regulación específica sobre la materia.

El uso inadecuado, temerario o abusivo de la acción popular, sin embargo, no pone en cuestión, a mi juicio, su papel de refuerzo de la conciencia jurídica del ciudadano y sus resultados en determinados supuestos de especial gravedad, como la corrupción, o la conculcación de intereses generales ligados a los derechos públicos difusos o colectivos, al uso público de los bienes públicos o al medioambiente.

⁴¹ En este sentido, Scialoja, Prefazione a Bruns, cit., p. 109: "Creo que las ideas liberales, que han transformado los gobiernos de casi toda Europa, incluyen necesariamente la concepción de una más estrecha conexión entre ciudadano y colectividad. El pueblo tiende a identificarse de nuevo con el Estado y esta tendencia es favorecida por el legislador", y en Casavola, Fadda e la dottrina delle azioni popolari, Labeo 1955 pp. 153 ss.; Id. Studi sulle azioni popolari romane. Le "azioni popolari". Jovene 1958.

LOS TIPOS DE DEMOCRACIA A LA LUZ DE LA ROMA REPUBLICANA ¹

José María Llanos ²,
Universitat de València

Resumen: En un análisis comparativo entre el mundo romano y la actualidad en España, este trabajo pretende establecer una eventual sintonía entre la labor de las Asambleas Comiciales, con el “refrendo” del Senado, y nuestras dos cámaras legislativas: el Congreso y el Senado. Se trata, por una parte, de analizar la posible correspondencia en el modo de proceder de Roma y el actual, así como de extraer las naturales diferencias, derivadas de dos sociedades abiertamente distintas. No todo es extrapolable entre dos mundos anacrónicamente distantes; pero sí parece posible el estudio de la democracia en la actualidad, partiendo de los postulados, premisas y fundamentos, que se remontan a la época romana, principalmente de la época republicana. La diferencia entre democracia participativa y democracia representativa tiene también una razón de ser en ambos tipos de sociedad, y en las posibilidades abiertas en una y otra. A todo ello cabe añadir la evidente semejanza entre el Senado romano y el Consejo de Estado que actúa como “consejo del reino” en nuestro ordenamiento jurídico-político positivo.

Palabras clave: Mundo romano, República, actualidad, democracia representativa, democracia participativa

¹ Este trabajo fue objeto de una ponencia presentada con el mismo título, con ocasión del acto de investidura de Profesor Honoris Causa al Profesor ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, por la Universidad de Sofía, Bulgaria, el 6 de noviembre de 2018. Se encuentra integrado en el Proyecto con núm. de Ref.: DER 2016-78378-P, “La Mujer en la Literatura y la Jurisprudencia Clásicas”, de la Universitat de València (España), Depto. de Derecho Romano y Eclesiástico del Estado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, en la Convocatoria 2016 de Proyectos I+D, correspondientes al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, siendo IP's los profesores: M^a Asunción Mollá Nebot y José María Llanos Pitarch.

² Doctor en Derecho, Profesor Titular de Universidad (Universitat de València), e-mail: Jose.M.Llanos@uv.es

THE TYPES OF DEMOCRACY AT THE LIGHT OF THE REPUBLICAN ROME

José María Llanos,
University of Valencia

Abstract: In a comparative analysis between the Roman world and today in Spain, this work aims to establish a possible harmony between the work of the Assemblies comitial with the “endorsement” of the Senate, and our two legislative chambers: The Congress and Senate. This is, firstly, to analyze the possible mapping mode proceed Rome and current, and to extract the natural differences, derived from two different companies openly. Not everything is extrapolated between two anachronistically distant worlds; but it seems possible the study of democracy at present, based on the principles, assumptions and foundations that date back to Roman times, mainly from the Republican era. The difference between participatory democracy and representative democracy also has a “raison d’être” in both types of society, and open possibilities both. The obvious resemblance between the Roman Senate and the Council of State acting as “council of the kingdom” in our positive juridical-political order must be added.

Keywords: Roman World, Republic, Present Time, Representative Democracy, Participatory Democracy

Planteamiento

Hay una crisis de la razón en el mundo, y por ello también en Europa y en España; y esa crisis de la razón comenzó ya en la era finisecular del s. XIX y principios. del s. XX, cuando nos encontramos con una crisis del pensamiento. Esa crisis actual, que también es económica, sociopolítica o de valores, es consecuencia de un mal entendido estado del bienestar, la superpoblación, la globalización, la multiculturalidad, el rechazo a la historia, a la tradición, la pérdida de clasicidad, etc. Y todo esto es lo que llevó a Rawls (filósofo político) a su "Teoría de la justicia" como equidad, en confluencia con el consenso superpuesto; y, por otro lado, Habermas (filósofo y sociólogo), ha tratado a este respecto de la dimensión ética, moral y pragmática de la política.

Los antecedentes de estos planteamiento filosófico-sociopolíticos se encuentra en el derecho, que necesita del reconocimiento de la sociedad a la que se dirige, pero que con ella sufre su transformación de modo dinámico, siendo además el sustento de esa sociedad. Fue pues el Derecho Romano el primer Ordenamiento Jurídico (más concretamente el primer sistema de acciones) que tuvo en cuenta la situación social a la que tenía que atender. Como señalaba d'Ors, "El estudio de la historia del sistema procesal romano enseña de la manera más clara y viva, la génesis del Derecho en sustitución de la guerra [...] el hombre moderno ha seguido un camino absolutamente equivocado: ha querido construir la casa empezando por el tejado. Se ha querido imponer la paz legislando; legislando un legislador sin fuerza para imponer su ley. Roma nos enseña aquí que hay que empezar por la acción. Hay que empezar por convertir en acción procesal el simple actuar belicoso". Y esa acción (procesal en el derecho privado; participación en las asambleas populares a nivel legislativo, en lo público, mediante la provocatio ad populum, con el correspondiente iudicium populi), tiene su fundamento en la maiestas populus, del mismo modo que hoy hablamos del Poder del Pueblo Soberano en los Sistemas Democráticos.

Herman sostiene que, con el advenimiento de la democracia, Atenas había dejado la venganza privada para dar paso al imperio de la justicia, de la ley, lo que hizo que los atenienses tuvieran un genio inusualmente moderado. Es lo que llama una "reorientación cognitiva" - "cognitive re-orientation" -, en la que el autocontrol, visto en otras sociedades como una indicación de cobardía, fue aceptado y promovido como una virtud en la Atenas democrática³.

³ Vid. HERMAN, G., *Morality and Behaviour in Democratic Athens: A Social History* (Cambridge 2006) p. 15.

También Roma, como indica Melillo⁴, sustituye el uso de la venganza por la transacción en lo privado, con una misma idea de fondo que nace de su propia etimología: transigir para llegar a un acuerdo y evitar de esta manera un mal mayor, o una venganza incierta o predeterminada; mientras que en lo público se organiza en las Asambleas Comiciales.

Y en referencia a estas dos sociedades tipo, el prof. Antonio Fdez. de Buján sostiene, con referencia al primer proceso de Sócrates, que: "La crisis de la polis griega y de la República romana es la crisis de la idea democrática de la ley, concebida como instrumento al servicio de la justicia, según la moral política de la comunidad y su conversión en un mero instrumento de los intereses partidistas. Es la ausencia de la concordia, entendida en el sentido aristotélico de fundamento de la sociedad"⁵.

Vemos, pues que, tanto ius como Política, fruto de la crisis del pensamiento, se entrelazan en una crisis social, quizás fruto de la propia naturaleza del ser humano, ya participé directamente en las decisiones, ya lo haga por medio de representantes.

Según Stuart Mill, la idea de la Polis de la antigua Grecia no podía sostenerse en la sociedad moderna. La noción de autogobierno o gobierno de asambleas abiertas es (de acuerdo con la tradición liberal en su conjunto) impracticable para toda comunidad que exceda a una pequeña ciudad. Por encima de los pequeños números, los individuos no pueden participar más que en una porción muy pequeña de los asuntos públicos. Además, existen límites geográficos y físicos obvios al momento y el lugar en que las personas pueden reunirse. Estos son límites difíciles de superar en una comunidad pequeña y en una grande son directamente irresolubles.

Es en este contexto en el que aparecen los sociólogos y filósofos de la política a transmitirnos la mejor forma de democracia, partiendo en todo caso de ser el mejor sistema de aquéllos a los que hacía referencia Escipión en la República de Cicerón: monarquía, aristocracia o democracia⁶.

Status quaestionis

En la segunda mitad del siglo XX se van a ir produciendo diferentes transformaciones en la democracia representativa que se había consolidado en el mundo occidental en la primera mitad del siglo en un acelerado proceso que va a suponer una partidocracia que monopolizará la representación electiva, y por otra parte el intervencionismo del Estado social que va a derivar en

⁴ Vid. MELILLO, s. v. "transazione" in diritto romano, en Enciclopedia del Diritto 44 (1992) 771ss., cit. por LLANOS, Reflexiones sobre la "vis" lícita frente a la "vis" ilícita, en RGDR 29 (2017) 7 n. 15.

⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., En el mil setecientos aniversario del Edicto de Milán sobre Tolerancia Religiosa, del año 313 después de Cristo, en RGDR. 22 (2014) 5.

⁶ Vid. Ciceron, De Re Publica, lib. 1.

el Estado del bienestar, trascendiendo en cierta manera la concepción de la democracia moderna representativa clásica, y estando constituida en una sociedad democrática de ciudadanos iguales, al menos en los asuntos básicos tienen todos ellos unos objetivos racionales que quieren cumplir dentro del marco de una concepción política de justicia que conllevará a una estabilidad política que propiciará el conseguir esos fines.

Y es en este contexto histórico en el que los filósofos John Rawls, en primer lugar, y posteriormente Jürgen Habermas, van a tratar de establecer, desde un punto de vista filosófico-político, una reflexión sobre la perspectiva normativa y teórica que dé solución a los problemas que las sociedades democráticas plantean ante la nueva aparición de lo que Habermas acuñó como “la gramática de las nuevas formas de vida” y las demandas de los ciudadanos cada vez más preparados y “sofisticados” en cuanto a sus planteamientos dentro del ámbito del modelo de persona titular de derechos, como ocurre en el ámbito de una sociedad bien ordenada.

Método contractualista

En el análisis de la democracia, como mejor sistema, o como único posible, pero con diferencias en su “aplicabilidad”, nos encontramos con una disputa planteada entre Rawls y Habermas. Rawls propuso como teoría política dos principios sobre los cuales basar la noción de justicia, a aplicar en las sociedades contemporáneas a partir de una posición original en el espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos, recibiendo especial atención de economistas, politólogos y sociólogos.

En definitiva, de lo que va a tratar Rawls es de elaborar una teoría de la justicia que se califica de “social” o de “política” porque se refiere a la estructura básica de la sociedad, o al Estado, y va dirigida a la sociedad democrática o al Estado democrático moderno⁷. Y trata de encontrar unos principios de justicia públicos que sean aplicables y efectivos en un “acuerdo público y viable en la materia de justicia social”; por ello hablamos del espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos.

En las condiciones de la sociedad democrática moderna ninguna de las doctrinas éticas tradicionales estaba en condiciones de afrontar la prueba de servir de base pública a una concepción de justicia, dado que se trataba con la ética tradicional de concepciones generales que podían ser aplicadas a todas las actitudes humanas y daban por supuestos unos principios, tratando de convencer desde ellos; y viendo que se quedaban muy reducidos, dada la complejidad de las sociedades democráticas modernas, elaboró su propia teoría de la justicia publicada en 1971, formulada bajo estos parámetros:

⁷ RODRÍGUEZ PANIAGUA, La democracia moderna y la distinción de moral y derechos: (con especial atención a J. Rawls), en Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 15-16, vol. I (1994) 307-319.

¿Cómo se justifica una concepción de la Justicia que pueda ser aceptada por todos y nos proporcione un modelo que nos permita considerar a una sociedad como justa, y proporcionar una concepción política de justicia que proporcione legitimidad a la democracia constitucional propia de nuestras sociedades contemporáneas, que posibilite considerar bien ordenados a los regímenes democráticos de las sociedades occidentales, cuando garanticen la libertad y la igualdad, y garantice la igualdad de oportunidades teniendo en cuenta la diferencia?; ¿qué criterios hacen que un Estado sea justo, y por ello se considere bien ordenado?

Rawls plantea una teoría normativa, considerando el método contractualista⁸, en torno a:

- a) La Concepción del Modelo de Persona.
- b) La Concepción del Modelo de la Posición Originaria.
- c) La Concepción del Modelo de la Sociedad Bien Ordenada.
- a) La Concepción del Modelo de Persona:

Las personas son iguales además son libres, responsables y fuente autooriginaria de demandas, sus demandas poseen su propia fuerza, es lo que en la teoría política tradicional denominamos "inputs" que generan "outputs" y así en esta rotación "inputs-outputs" se mueve todo el sistema político de las sociedades democráticas contemporáneas.

- b) La Concepción del Modelo de la Posición Originaria:

En las sociedades democráticas nos encontramos con ciudadanos iguales, libres y responsables; por ello las partes que intervienen en la posición original deben tener las características de la persona: ser libres, ser iguales, pero además de ser racionales han de ser morales.

Por ello la "Posición Originaria" es una posición de igualdad y de equidad y ello conlleva que los ciudadanos van a tener que incorporar unos principios de decisión racional extrayendo todos los elementos que puedan ser aleatorios y contingentes toman decisiones teniendo en cuenta que se verán influidas por los demás, en definitiva mantener una democracia con hombres "razonables", que con el mecanismo del "velo de la ignorancia" permitirá extraer de la posición original todos aquellos elementos que las personas poseen de forma contingente y aleatoria y garantizar así la equidad entre todos.

- c) La Concepción del Modelo de la Sociedad Bien Ordenada:

Con su teoría de justicia de equidad Rawls trata de crear un marco normativo para que una sociedad se considere bien ordenada; desarrolla un liberalismo donde la prioridad de lo justo sobre lo bueno facilita la incorporación de un fuerte principio de libertad negativa que posibilite por un lado el reconocimiento de la pluralidad social sobre lo individual y por otro garantiza el alcance y los límites del poder del estado, si bien con neutralidad de ese estado con respecto a la concepción del bien; en este sentido podemos decir

⁸ GONZÁLEZ ALTABLE, Democracia y Deliberación pública desde la perspectiva rawlsiana, en Isegoría, n° 31, 2004.

que la teoría de justicia de equidad es la base del liberalismo rawlsiano y del liberalismo en general.

Así, la concepción de la justicia también ha de ser neutral ya que su objetivo no es defender el bien como única verdad e imponerlo mediante las instituciones sociales básicas del estado, sino ordenar y estructurar una sociedad libre donde los individuos libres e iguales tomen como punto de partida la libertad, que es al mismo tiempo la justicia y esa justicia como equidad no busca cultivar otros valores distintos de los liberales de autonomía individual e igualdad, sino que pretende que los individuos desarrollen las capacidades propias de un buen ciudadano; persigue en definitiva garantizar con ello la estabilidad política⁹. Las ideas son para una sociedad democrática para que sobre ellas se organice su estructura básica.

Las propuestas de Rawls con su teoría de la justicia pretenden demostrar la posibilidad de plantear un pensamiento político liberal, reconociendo la autonomía del individuo como un valor político además de moral, en una sociedad democrática moderna que busca el beneficio de todos en este espacio global del siglo XX y más aún en el presente siglo XXI, compartiendo la humanidad una serie de problemas comunes que han de ser enfrentados cooperativamente, tanto en el ámbito de las sociedades democráticas modernas, como en el ámbito institucional supranacional en esta época de globalización.

Existen dos tradiciones en el pensamiento democrático mismo: la tradición asociada a Rousseau y la tradición asociada a Locke.

Justicia como equidad intenta ser el árbitro entre estas dos tradiciones, es decir, lo que se pretende es que justicia como equidad sea el centro de un consenso superpuesto que garantice la cohesión y que sirva como base de un acuerdo político voluntario informado; en definitiva, lograr las bases para una justificación pública del acuerdo constitucional en una democracia. El problema central para Rawls consiste en proporcionar una concepción política de justicia para un régimen constitucional democrático en la que una pluralidad de doctrinas razonables, a saber: religiosas y no religiosas, liberales y no liberales, puedan convivir libremente y ser aceptadas con base en razones correctas.

Este dualismo, como concepción política de la justicia y pluralidad de doctrinas, en el liberalismo político rawlsiano, consiste en la constatación del extremo de que para que una sociedad sea posible y esté ordenada su estructura básica e institucional, debe de ser capaz de ganar un consenso superpuesto y entrecruzado de la pluralidad de doctrinas y visiones del mundo existente en esa sociedad, y alcanzar así su estabilidad y considera que este dualismo se origina en la naturaleza especial de la cultura política democrática marcada por el pluralismo. Posteriormente Habermas irá más allá con su teoría de la acción comunicativa como vehículo de cohesión en ese pluralismo que consiga garantizar el ideal democrático en el actual contexto de nuestra mo-

⁹ GONZÁLEZ ALTABLE, Liberalismo vs. Comunitarismo. John Rawls: una concepción política del bien, en *Doxa*, 17-18, 1996.

derinidad, y así indicará que una norma moral aplicable es válida en la medida en que puede ganar el asentimiento de todos los afectados; así, cuando argumentamos en una comunicación, para convencer a otros estamos aplicando el principio de universalidad a la comunidad de quienes argumentan, luego al igual que Rawls, también Habermas habla del consenso, en lo que este autor denominó como "gramática de las nuevas formas de vida"¹⁰, si bien en sentido distinto al consenso entrecruzado de Rawls, pero coincidiendo con éste en el extremo de que no existe una forma vital socio-cultural en el mundo que no esté conectada a una comunicación, a un consenso, por muy rudimentario y poco institucionalizado que sea¹¹.

¿Cómo articulamos en este contexto la existencia de la razón pública?; pues bien, cada ciudadano en el ámbito de una sociedad civil alcanza mediante un consenso entrecruzado superpuesto una concepción política de justicia y acepta los límites de la razón pública en esta sociedad democrática, entendiendo que la democracia es la razón que se aplica a todos y logra un perfecto equilibrio entre el principio de legitimidad liberal y el principio de legitimidad democrática. Y así Rawls responde a esta cuestión diciendo:

"nuestro ejercicio de poder político, es decir a través del voto, es propio y consiguientemente justificable sólo si, se realiza de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyas esencias pueda razonablemente presumirse de todos los ciudadanos a la luz de los principios ideales admisibles para ellos como razonables y racionales. Este es el principio liberal de legitimidad"¹².

Lo racional, entendido como la capacidad de un ciudadano para actuar con razones, puede predicarse también de una sociedad política, y así nos encontramos con el término de la razón pública, aquella que se predica de ciudadanos iguales y libres. La razón pública es la que hace que un pueblo sea democrático y también la razón de ciudadanos iguales que como cuerpo colectivo ejercen el poder político determinante y coercitivo - unos respecto de otros - aprobando leyes y mejorando la constitución; y esto es lo que va a legitimar el poder político.

En definitiva para aprender a conducirnos como ciudadanos democráticos, dando por sentado que somos iguales y razonables dentro del perfil de la moral postconvencional, se incluye la comprensión de un ideal de razón pública formando parte del mismo los valores políticos realizados por un régimen constitucional bien ordenado, y los límites de esta razón pública vendrán

¹⁰ FERNANDO SEGOVIA, De la democracia representativa a la democracia deliberativa, en Verbo, núm. 465-466 (2008), 441-487.

¹¹ NINO, Constructivismo epistemológico entre Rawls y Habermas, en Doxa, 05 (1988) 87-105.

¹² GONZÁLEZ ALTABLE, Democracia y Deliberación pública desde la perspectiva rawlsiana, en Isegoría, n° 31, 2004.

impuestos por la concepción política de la justicia: una complicación entre ambas, si bien con una limitación de la segunda respecto del primero.

Rawls siempre se ha mantenido fiel a los principios del liberalismo clásico; de ahí la influencia de Locke y Rousseau, y su teoría pretendiendo ser juez entre las dos posturas tradicionales, a diferencia de Habermas que se basa en el legado marxista-hegeliano y con una emancipación de la integridad del hombre y que se realizará en una democracia comunicativa. Por el contrario, Rawls centra su teoría de la justicia de equidad para aplicar a una sociedad civil y ordenarla políticamente en los sujetos racionales libres e iguales, cuya racionalidad no sólo va a ser enfocada de forma individual, teniendo en cuenta sus propios intereses, sino con una predisposición a un entendimiento mutuo y a unos acuerdos que favorezcan el consenso entrecruzado que garantice la estabilidad social, para poder construir con ello una sociedad democrática organizada.

Ambos autores persiguen el mismo fin: dar respuestas y también soluciones de futuro a la sociedad de su tiempo – Rawls en la época dorada de la sociedad del bienestar, que se trató de articular tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial; y Habermas con posterioridad, en una sociedad del bienestar que tras conseguir los valores materiales de seguridad, realización personal de sus ciudadanos, empleo, etc., va a dirigir su mirada a los valores postmateriales –denominados así por el politólogo Ronald Inglehart-, y que van a determinar la aparición de nuevas formas de vida y en atención a esta nueva sociedad que emerge, Habermas va a desarrollar su teoría de la democracia comunicativa o deliberativa que expondremos a continuación.

Democracia “comunicativa”

Rawls y Habermas provienen de tradiciones filosóficas bien diferentes – Rawls de la filosofía moral de inspiración analítica, Habermas de la filosofía y sociología neomarxista de la Escuela de Francfort-, y tienen un talante personal casi opuesto: Rawls es el concienzudo académico norteamericano de trabajo lento y efectivo, tímido y retraído, lo que le hace sentirse a disgusto en espacios de discusión pública no especializada; Habermas, por el contrario, no sólo disfruta de su bien merecida fama, sino que se asoma continuamente a cuantos debates haya, ya sean éstos puramente académicos o de índole periodística.

Ambos autores comparten la confianza en poder sustentar una concepción pública de la justicia válida para las sociedades avanzadas contemporáneas, es decir, para sociedades sujetas, que no pueden apoyarse ya sobre una única concepción del bien, o sobre la eticidad propia de una específica forma de vida cultural. Estas restricciones del objeto influyen también de modo decisivo en la naturaleza de los recursos racionales disponibles. Las demandas que se dirigen a la razón se restringen a lo que se considera que son los requerimientos mínimos del “pensamiento posmetafísico” (Habermas) o de la razón “política”, expurgada de consideraciones “metafísicas” (Rawls). En ambos casos, la capacidad de pronunciamiento de la filosofía sobre las cuestiones de racionalidad moral se ve limitada por el carácter finito y falibilista de la razón, ciertamente reducida en su capacidad para poner orden o buscar

sintonizar la pluralidad de sus voces, por parafrasear una expresión habermasiana¹³. De ahí también que se refugie en la construcción de “procedimientos” de argumentación racional que se sostienen sobre delgados pilares. Aun así, como subraya Rawls en su réplica a Habermas¹⁴, la racionalidad procedimental, por muy purificada que esté de consideraciones sustantivas de carácter moral, nunca podrá renunciar a incorporarlas (las ideas de igualdad e imparcialidad y el concepto de persona moral, por ejemplo). El problema no es que estos elementos sustantivos se incorporen al procedimiento – en general en la forma de “mecanismo de representación” (device of representation), como son la posición original rawlsiana o las condiciones ideales del discurso de Habermas-, cuanto que su inclusión esté justificada¹⁵.

Así, el liberalismo político, defendido por Rawls, constituye un sistema que defiende la participación de los individuos en la vida política mediante el nombramiento de sus representantes con el ejercicio democrático del voto, y dirigido fundamentalmente a la consecución de fines sociales en el ámbito de lo público; mientras que aparece Habermas en esta “disputa de familia” – como él la califica-, planteando frente a ese liberalismo político, un Kantismo republicano, también como sistema legitimador de la democracia, y que persigue dar mayor voz a la sociedad civil, mediante una participación casi directa en los asuntos públicos, por medio de la creación de entes colectivos que unen a sus miembros, por relaciones de afinidad, interés inmediato, perteneciendo a diferentes asociaciones: Iglesias, asociaciones profesionales, clubes, universidades, etc.

Se trata, más o menos, de dos formas de legitimar la democracia: por una parte, la visión liberal de la misma, en la que las decisiones adoptadas por los representantes libremente elegidos por los ciudadanos deben ser respetadas, y deben responder a unos mínimos éticos comúnmente aceptados; y por otra, la visión socialdemócrata de la democracia, en la que en teoría se ofrece un mayor acceso a la participación ciudadana en los asuntos de la polis, mediante la configuración de un sistema de democracia deliberativa.

Es pues democracia representativa liberal, frente a democracia deliberativa republicana, destacando en esta última lo que Habermas denomina “la inclusión del otro”, precisamente por cuanto se defiende una participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones democráticas, con una base moral, y con respeto a las minorías.

En este sentido, podríamos asemejar la Democracia representativa, con una serie de términos, más o menos coincidentes en ocasiones: liberales, ti-

¹³ Sobre el carácter falibilista de la razón, vid. HABERMAS, *La Inclusión del Otro*. Estudios de Teoría Política (Barcelona 1999) p. 69.

¹⁴ HABERMAS-RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, en PAIDOS (2000) p. 132.

¹⁵ Vid. FERRER, *Participación Política*, en *España: Sociedad y Política en Perspectiva Comparada* (Valencia 2005) 221 ss.

ranía de la mayoría, un hombre-un voto (absoluta igualdad), imperfección de la representatividad por ejemplo con la Ley d'Hondt; y Democracia deliberativa, con: republicanos, Habermas, inclusión del otro, referéndum, Grecia, cantones Suizos, elitista (capital cultural), hombre sofisticado, otras opciones de participación ciudadana en la era postmaterialista.

Hay también otros tipos de democracia que limitan los inconvenientes de la democracia representativa, sin llegar a la democracia deliberativa: la democracia participativa, que se desarrolla mediante referendos (consulta vinculante), plebiscitos (consulta no vinculante); y la democracia directa: iniciativa (directa o indirecta –a través del legislativo–), referendo y revocatoria (destitución de un cargo público antes de la expiración de su mandato). La democracia deliberativa tiene aspectos de la democracia directa y de la democracia representativa.

En esta lucha entre las dos visiones de la legitimación democrática se encuentran Habermas y Rawls, quienes en su particular disputa de familia oponen planteamientos sobre el papel del individuo en la sociedad democrática: en Habermas, lo más destacable de su teoría democrática se encuentra en la limpieza con que combina las tres dimensiones de la razón práctica: la dimensión moral, la dimensión ética, y la dimensión pragmática¹⁶. En este sentido, la política habermasiana busca recuperar un espacio de discusión intersubjetivo en el que inexorablemente habrán de fundirse todas estas dimensiones. Y esto lo encuentra en la concepción kantiana de la autonomía moral de la persona, que constituye el fundamento de justificación de las normas morales. Los elementos de este discurso intersubjetivo son la imparcialidad, la igualdad, la apertura a todos, la ausencia de coerción, y la unanimidad, todos ellos equivalentes con el contenido de una moral del respeto mutuo y de la responsabilidad solidaria por todas las personas¹⁷.

Pero este principio discursivo, con la confluencia de todos sus elementos, es posible encontrarlo, quizás, en la Polis griega o en la Etruria arcaica; sin embargo, Habermas intenta aplicarlo también en las sociedades modernas, teniendo en cuenta dos problemas:

- la pérdida de un referente normativo unitario capaz de vincular a todos sus miembros (las normas no gozan necesariamente del común consenso, no han sido debatidas discursivamente por todos, no responden a las necesidades de todos, y a la idea de justicia moral y ética de todos); y

¹⁶ Por su parte, Rawls, vinculado a la tradición liberal angloamericana, deriva el problema de la moral moderna a "la negociación de una sociedad bien ordenada entre ciudadanos en una posición de igualdad, pero que, al mismo tiempo, no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, éticas y filosóficas igualmente legítimas y razonables"; vid. sobre esta cuestión, ALÚTIZ, Las fuentes normativas de la moralidad pública moderna. Las contribuciones de Durkheim, Habermas y Rawls, Tesis Doctoral (Pamplona 2002).

¹⁷ El principio del discurso se entiende por parte de nuestro autor como expresión de lo moralmente correcto; vid. HABERMAS, Facticidad y Validez, en Trotta (1998) p. 140.

- la creciente autonomización de los sistemas económico y administrativo, que amenazan con “ahogar” las lógicas comunicativas del mundo de la vida.

Es por ello, por lo que, para poder dar viabilidad a su principio discursivo en esta sociedad moderna, debe necesariamente recurrir a la legalidad, a través del derecho. Sólo así puede transmitirse la experiencia del reconocimiento mutuo y la igualdad propia de las relaciones cara a cara, a una sociedad constituida por personas que se relacionan anónimamente como extraños.

Y esto sólo puede conseguirse por la mediación institucional, sumada, para una verdadera legitimación democrática, a otros elementos no institucionales que compartan la esfera pública, como son las asociaciones y demás organizaciones cívicas, que no están reguladas por el mercado, y que expresan una opinión pública informal, que influencia, evalúa y critica la política de las instituciones.

Esta es la idea de Habermas: la íntima relación entre la autonomía pública y la privada, frente a la crítica a Rawls, que parece dar mayor prioridad a la autonomía privada, arraigada en el sistema de los derechos individuales.

Frente a esto, Habermas defiende una fusión entre la libertad negativa o autonomía privada, y la libertad positiva o autonomía pública, que permite, por un parte, blindar los derechos básicos frente a las injerencias sociales; y por otra, se abre a la pluralidad social al permitir un casi ilimitado acceso a la esfera y decisiones públicas a todos los ciudadanos y grupos sociales.

Sin embargo, aun siendo cierta la concurrencia en las sociedades democráticas modernas de nuevas formas de participación ciudadana, resulta utópico confiar en que se pueda obtener tal nivel de deliberación, de acuerdo, de conjunción de voluntades, que consiga una democracia deliberativa, en la que todos y cada uno de sus ciudadanos se encuentre íntegramente representado, por cuanto el desarrollo normativo y las resoluciones de los tribunales de justicia se acomoden a sus postulados. En palabras de Rawls, en su análisis de la obra *Facticidad y Validez* de Habermas: “el criterio de unanimidad de la ética del discurso se presenta como una exigencia demasiado grande para la práctica política ordinaria, que ya no puede ser colmado desde el centro de la toma de decisiones parlamentarias, sino desde la ratificación discursiva de la sociedad civil como contrapoder paralelo de la Opinión Pública”; y es que “leyes aprobadas por sólidas mayorías pueden considerarse legítimas, aun cuando muchos protesten y las juzguen como injustas o de algún modo erróneas”¹⁸.

¹⁸ Cfr. ALÚTIZ, *La Moral Posconvencional* de J. Habermas y J. Rawls: Un Debate de Familia, en *Papel Político*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre (Bogotá 2007) 380 n. 19.

ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS MÁS NECESITADOS EN ÉPOCA PROTOBIZANTINA ¹

José María Blanch Nougués²,
Universitat de València

Resumen: El artículo destaca la importancia que tuvieron las llamadas venerabiles domus o establecimientos cristianos de beneficencia (hospitales, hospederías, orfanatos, asilos de ancianos [...]) que surgieron en el Imperio Romano cristiano y en época bizantina. Dicha importancia se dio tanto desde un punto de vista histórico, porque es la primera vez en la historia que aparece una red de establecimientos, protegidos por el Poder Político, dedicados a proporcionar de modo gratuito ayuda y bienestar a los más pobres de la sociedad, como también, desde el punto de vista jurídico, porque algunos de ellos se configuraron como personas jurídicas fundaciones, gestionadas por administradores sujetos a responsabilidad. Dichos establecimientos fueron encuadrados por la pandectística del siglo XIX como fundaciones frente a las asociaciones o corporaciones.

Palabras clave: Venerabiles domus, establecimientos de beneficencia piae causae, fundaciones

¹ El artículo desarrolla la ponencia que presenté con el mismo título el día 6 de noviembre de 2018 en el congreso celebrado el día 6 de noviembre de 2018 en la New Bulgarian University de Sofía (NBU) sobre el tema "Rights of citizens and their protection", con ocasión del Doctorado Honoris Causa del Profesor Antonio Fernández de Buján en dicha universidad, y se enmarca dentro del Proyecto de Investigación: "La construcción de un Derecho Administrativo, Mediambiental y Fiscal Romano" (DER 2017 - 82833 - P), dirigido por el Prof. Antonio Fernández de Buján.

² E-mail: josemaria.blanch@uam.es

ABOUT THE PROTECTION OF THE NEEDIEST CITIZENS IN PROTO-BYZANTINE TIMES

José María Blanch Nogués,
Autonomous University of Madrid

Abstract: The article highlights the importance of the so-called venerabiles domus, that is, the Christian charitable establishments (hospitals, hostels, orphanages, nursing homes [...]) that emerged in the Christian Roman Empire and the Byzantine era. This importance was given both, from a historical point of view because it is the first time in history that a network of establishments appears, protected by the Political Power, dedicated to providing free help and welfare to the poorest of society, as also, from the legal point of view, because some of them were configured as legal entities foundations, managed by administrators subject to responsibility. These establishments were framed by pandectística in the nineteenth century as foundations in front of associations or corporations.

Keywords: Venerabiles Domus, Charitable Establishments, Piae Causae, Foundations

En el ámbito del Derecho postclásico romano y protobizantino surgieron las llamadas pías causas o establecimientos cristianos de beneficencia que contaban con la protección de los emperadores cristianos de su tiempo. Dichos establecimientos nacieron en primer término en el Imperio Romano de Oriente y dieron origen, a su vez, con el tiempo, a lo largo de la Edad Media, a los extraordinarios monasterios cristiano- ortodoxos que podemos contemplar en países como Grecia, Bulgaria, Rumanía, Rusia o Serbia. Aquí mismo tenemos el ejemplo del monasterio de Rila, patrimonio de la humanidad por la Unesco. También en la Europa occidental, inmersa en el ámbito del catolicismo romano, florecieron a lo largo de la Edad Media un gran número de establecimientos benéficos de caridad en el interior o al lado de las magníficas catedrales y monasterios románicos y góticos.

La aparición de las llamadas venerabiles domus³, esto es, de los establecimientos cristianos de beneficencia, se enmarca dentro de la expansión del cristianismo por todo el Imperio Romano, que propugna, entre otros ideales, la consecución en la práctica de unos objetivos de fraternidad y solidaridad entre todos los hombres y mujeres, tal y como se recoge, por ejemplo, en los escritos de los Padres de la Iglesia⁴ y que, incluso, fueron objeto de interpreta-

³ Sobre esta materia: BLANCH NOUGUÉS, J. M^a, La responsabilidad de los administradores de las piae causae en el Derecho romano justiniano, R. I. D. A., 49, 2002, pp. 129 ss.; ID., Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano, Madrid, 2007, pp. 175 ss.; ID., Sobre la personalidad jurídica de las fundaciones en Derecho Romano, RJUAM, 16, Madrid, 2007, pp. 9 ss. [= RGDR, www.iustel.com, 10, 2008, pp. 1 ss.]; ID., Acerca de la evolución histórica de los establecimientos de beneficencia desde el derecho romano justiniano, RGDR., www. iustel. com., 21, Madrid, 2013.

⁴ En los escritos de los Padres de la Iglesia se entiende la práctica de la limosna, la realización de donaciones y los legados a favor de los pobres no como meros actos de encomiable liberalidad sino como el auténtico debitum, que correspondía a todo cristiano, de devolver la riqueza recibida que pertenecía ab origine a Dios. KUNDEREWICZ, T., Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel diritto giustiniano, S. D. H. I., 47, Roma, 1981, pp. 54-56, señala que los Padres de la Iglesia distinguieron entre la "perfección", que sólo alcanzaban aquellos que habían dedicado su vida por completo a la oración y al servicio en favor de los más necesitados, y los "imperfectos", es decir, la gran mayoría de los cristianos que no optaban por ese modelo de vida pero que, en todo caso,

ciones radicales por parte de grupos cristianos heterodoxos, algunos de ellos de influencia maniquea que, por ejemplo, propugnaban entre otras cosas la abolición de toda forma de propiedad privada⁵.

Como señala Barone-Adesi⁶ en Concilios de la Iglesia como el de Gangra, celebrado a mediados del siglo IV en Asia Menor, no se condenó moralmente la propiedad privada, rechazándose implícitamente aquellas interpretaciones maniqueas de los Evangelios pero, al mismo tiempo, se afirmó claramente la función social de la propiedad privada y se fijó el deber de todo buen cristiano de hacer donativos, herencias y legados a los pobres y a la Iglesia, así como de realizar obras de caridad en favor de ancianos, enfermos, pobres y necesitados.

Asimismo, el origen cristiano de dichos establecimientos vino a coincidir con la arraigada tradición helenística fundada en la filosofía estoica y en el platonismo que propició también un amplio desarrollo del evergetismo en favor de los pobres y necesitados, tanto a cargo de ciudadanos pertenecientes a las aristocracias locales como de las propias ciudades griegas desde varios siglos antes de Cristo⁷.

tenían la obligación moral de dejar una cuota de su patrimonio en favor de Jesucristo o de los pobres que, por ejemplo, San Basilio o San Gregorio Nacienceno estimaron en la mitad de los bienes "para la salvación del alma", mientras que San Agustín estimó que si bien el testador debía dejar a Cristo una cuota filial de sus bienes como si fuese un hijo más, consideró que esta disposición se entendería como un "maximum" y no como un "minimum" de caridad. Sobre esta materia, entre otros: MURGA, J. L. El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho Postclásico y Justiniano, A. H. D. E, Madrid, 1965, pp. 357 ss.; ID., Los negocios "pietatis causa" en las constituciones imperiales postclásicas, A. H. D. E, 37, Madrid, 1967, pp. 245 ss. (p. 303); ID., Testamentos y donaciones "in bonum animae" y la llamada teoría de la personalidad jurídica, R. I. S. G., 22, Milano, 1968, pp. 15 ss.; Donaciones y testamentos "in bonum animae" en el Derecho Romano tardío, Pamplona, 1971; CONSTANTELOS. D. J., Byzantine Philantropy and Social Welfare, New Brunswick - New Jersey, 1968, pp. 67 ss.; AMARELLI, F., Cristianesimo e impiego delle ricchezze: l'insegnamento di Gesù e la esortazioni dei padri, Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XII Convegno Internazionale in onore di M. SARGENTI, Napoli, 1998, pp. 256 ss.; WACKE, A., "Una porción hereditaria para Jesucristo". La influencia del cristianismo sobre el Derecho de Sucesiones, S. D. H. D. I., 66, Roma, 2000, pp. 277 ss. (p. 285).

⁵ BARONE-ADESI, G., Dal dibattito cristiano sulla destinazione dei beni economici alla configurazione in termini di persona delle venerabiles domus destinate piis causis, Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, IX Convegno Internazionale, Napoli, 1993, p. 231 ss.; ID., Beni economici e schiavitù: istanze cristiane e legislazione imperiale, Catanzaro, 2002, pp. 31 ss.; AAVV., "Per foramen acus". Il cristianesimo antico di fronte alla pericope evangelica del "giovane rico", Studia Patristica Mediolanensia, 14, Milano, 1986; ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, F., Sulla repressione dell'eresia in età tardoantica. Crimina e delicta nel tardo antico. Atti del Seminario di Studi, Teramo, 19-20 gennaio, 2001, Milano, 2003 (a cura di LUCREZZI, F., - MANCINI, G.), pp. 255 ss.

⁶ BARONE-ADESI, G., Beni economici e schiavitù... cit., p. 9-10, nt. 3.

⁷ DE VISSCHER, F., Les fondations privées en droit romain classique, R. I. D. A., 2 (3ª serie),

Hoy en día, en la generalidad de los países, la tarea de protección a los sectores sociales menos favorecidos, es asumida básicamente, aunque no exclusivamente, por el Estado. Así, por ejemplo, el art 1, 1 de propia Constitución española proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. Ciertamente, un estudioso de la historia contemporánea nos dirá que dicha concepción del Estado tiene su origen en las ideologías políticas y sociales que surgieron en el siglo XIX y se desarrollaron en el siglo XX, frente a los resultados antisociales del liberalismo económico que nació de la Revolución francesa, pero, junto a esto, también debemos constatar que los pueblos y las naciones son el fruto de una tradición histórica que, en el caso de los países de la Europa meridional y oriental, hunde sus raíces, más allá de los acontecimientos históricos recientes, en la tradición cristiana, la filosofía griega y el Derecho Romano. Dichas fuentes confluyeron al mismo tiempo, en tiempos del emperador Justiniano, para propiciar la articulación de un verdadero régimen jurídico de los establecimientos cristianos de beneficencia, configurados a su vez como personas jurídicas de naturaleza fundacional.

Volviendo a los orígenes, vemos que en virtud del llamado edicto de Milán del emperador Constantino del año 313⁸ el Impero Romano reconoció la libertad de culto de los cristianos y, lo que es más importante, la capacidad jurídica de la Iglesia como sujeto de derechos y de obligaciones y titular de

Bruxelles, 1955, p. 200, destacaba que las fundaciones constituidas por benefactores para fines sociales tuvieron en general unas finalidades más elevadas que las fundaciones romanas ya que en aquellas aparecen objetivos tales como procurar la instrucción pública a jóvenes o fines culturales como son el mantenimiento de una escuela filosófica. También aparecieron en Grecia numerosas fundaciones puramente religiosas mediante la afectación de bienes al mantenimiento de los templos. LE BRAS, G-. Les fondations privées du Haut Empire, Studi Riccobono, III, Palermo, 1936, pp. 61-62.

⁸ Respecto al llamado edicto de Milán nos dice Eusebio de Cesarea, Hist. Eccl., 9, 9, 12, que Constantino y Licinio, Augustos de cada una de las dos partes del Imperio, se reunieron en Milán y publicaron una "ley perfectísima en todas sus partes"; el contenido del edicto se deduce del rescripto publicado por Licinio en Nicomedia el 13 de junio de 313 y dirigido al gobernador de la provincia de Bitinia (Eusebio de Cesarea, Hist. Eccl., 10, 5, 1-4; Lactancio, de mortibus persecutorum, 48, 2-12). Dicho rescripto puede constituir en sí mismo, a juicio de la generalidad de la doctrina, una aplicación del edicto de Milán, el cual dispondría, entre otras cosas, la restitución a las congregaciones de cristianos de las casas y fincas propiedad de las mismas confiscadas con anterioridad. No obstante, ya el emperador Galerio había promulgado poco antes un edicto de tolerancia religiosa en Serdica (Sofía), tal y como pone de relieve FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., En el mil setecientos aniversario del edicto de Milán sobre tolerancia religiosa, del año 313 después de Cristo, R. G. D. R. (www. iustel. com), 22, Madrid, 2014, pp. 1 ss. (p. 10); véase también sobre esta materia: CALDERONE, S., Costantino e il Catolicesimo, I, Firenze, 1962 (reed. Napoli, 2001), pp. 150 ss.; pp. 182 ss.; BARZANÒ, A., Il cristianesimo nelle leggi di Roma imperiale, Milano, 1996; MENTXACA, R., Sobre los bienes dedicados al culto cristiano en la época preconstantiniana, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 12 (2000), Madrid, 2004, pp. 147 ss.; pp. 207 ss.

un patrimonio propio⁹. A partir de este momento, los emperadores romanos, salvo alguna excepción, van a desarrollar una política decididamente pro cristiana que culminó en las leyes de Teodosio I, de finales del siglo IV, que convirtieron, de facto, al cristianismo en la religión oficial del Imperio Romano. Como hemos visto anteriormente, la doctrina cristiana, y, particularmente, los escritos de los Padres de la Iglesia, van a tener una gran influencia en la política y sociedad de su tiempo, impulsando donaciones, legados y herencias hacia la Iglesia y hacia las gentes más necesitadas de la sociedad.

En este contexto, la Iglesia movilizó sus recursos humanos y materiales para hacer posible la creación de numerosos establecimientos de beneficencia, tutelados por los obispos, y dedicados entre otros menesteres, a hospederías, hospitales u orfanatos¹⁰, especialmente en el Imperio Romano de

⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano* (21ª ed.), 2018, pp. 212 ss.

¹⁰ CONSTANTELOS, D. J., *Byzantine philanthropy...* cit., p. 69, refiere que setenta de los ochenta cánones del primer Concilio de Nicea (a. 325) establecían que debían erigirse hospitales en cada una de las grandes ciudades del Imperio. También, la octava y la décima regla del Concilio de Calcedonia (a. 451) estaban encaminadas a asegurar la buena administración de las instituciones existentes en ese momento, principalmente xenones, ptochotropheia y otras. El primer hospital del cual se tiene noticia en la Antigüedad Tardía y en el ámbito helenístico es el integrado en el complejo de caridad y beneficencia fundado hacia el año 372 por San Basilio cerca de la ciudad de Cesarea de Filipo (CONSTANTELOS, D. J., *Byzantine Philanthropy...* cit., p. 154; Sozom., *Hist. Eccl.*, 6, ch., 34, 9, p. 291) respecto del cual el historiador Sozomeno señala que fue el más célebre hospicio para pobres: "Προέστη δὲ καὶ Βασιλιάδος, ὁ πτωχῶν ἐστὶν ἐπισημότερον καταγώγιον, ὑπὸ Βασιλείου τοῦ Καισαρείας ἐπισκόπου οἰκοδομηθέν".

A dicho hospital siguieron otros muchos como, por ejemplo, el más antiguo conocido de Constantinopla que fue fundado por un potentado, Hosios Marcianos, cerca de la iglesia de Santa Irene en Perama, durante el reinado de Marciano (450-451). (CONSTANTELOS, D. J., *Byzantine philanthropy...* cit., p. 156). Asimismo, San Juan Crisóstomo fundó varias instituciones hospitalarias: así Palladios, *Vita S. Jo. Ch. 5*, señala que en el tiempo en el que aquel fue Patriarca de Constantinopla ordenó transformar la lujosa residencia de un obispo de dicha ciudad en un hospital para pobres. También CONSTANTELOS, D. J., *Byzantine Philanthropy...* cit., p. 157, nos refiere que la emperatriz Facilla, mujer de Teodosio I el Grande, restauró algunos hospitales y visitaba frecuentemente enfermos (Theodor., *De Cyprus, Hist. Eccle.*, 5, p. 314). Por otro lado, poco antes del reinado de Justiniano, Sampson fundó el hospital que lleva su nombre, localizado entre las iglesias de Hagia Sofia y Santa Irene, el cual fue destruido durante la revuelta de Nika, pero reconstruido, ampliado y mejorado por el propio Justiniano que lo dotó de una generosa renta anual para su mantenimiento (CONSTANTELOS, D. J., op. cit., p. 163).

Siglos más tarde, en el año 1136, el emperador Juan II Comnenos y su mujer Irene fundaron el más famoso e importante de los hospitales: el pantokrator, dentro del monasterio del mismo nombre, cuyo Typikon o constitución nos ha legado la organización administrativa y hospitalaria de este centro (CONSTANTELOS, D. J., op. cit., pp. 171 ss.). Precisamente constatamos con PHIPLIPSBORN, A., *Der Fortschritt in der entwicklung des Byzantinischen Krankenhauswesens*, B. Z., 54, Leipzig-Berlin-München, 1967, pp. 338 ss., y MILLER, T. S.,

Oriente¹¹. Dichos establecimientos formaron parte de las llamadas *piae causae*, y aparecieron denominadas en las fuentes con diversas expresiones entre las que destaca la de *venerabiles domus*, o casas venerables, y gozaron de un régimen jurídico privilegiado que les fue otorgado a través de sucesivas leyes, especialmente de los emperadores León I¹², Anastasio¹³, así como del propio Justiniano; así, en C. J. 1, 2, 19, a. 528; C. J. 8, 53 (54), 34, 1^a, i. f. [C. J. 8, 54 (53), 34 pr., i. f. en la edición de García del Corral], a. 529 y en C. J. 1, 2, 22, se regula la capacidad de las mismas de recibir donaciones; en C. J. 1, 2, 23; C. J. 1, 3, 45 (46) [C. J. 1, 3, 46 (45) en la edición de García del Corral], a. 530; C. J. 1, 3, 48 (49) [C. J. 1, 3, 49 (48), en la edición de García del Corral], a. 534; C. J. 1, 355 (57) [C. J. 1, 3, 57 (55), en la edición de García del Corral] a. 534, se regula la capacidad de recibir herencias, legados y fideicomisos; en C. J.

The Birth of the Hospital in the Byzantine Empire, Washington, 2003, que los hospitales como establecimientos destinados a la curación de enfermos de cualquier condición social mediante un tratamiento médico y quirúrgico, dotados de habitaciones con camas para su recuperación, y atendidos por un equipo de médicos, enfermeros y ayudantes, coordinados por un staff administrativo estable, tuvieron su origen -al menos en el ámbito europeo y en el Oriente Próximo- hacia los siglos IV y V en el seno de Imperio Romano de Oriente. Por último, CONSTANTELOS (op. cit., pp. 152-153) destaca el alto nivel alcanzado por la medicina en época bizantina heredera de la practicada en la Antigüedad en el ámbito helénico junto a los templos dedicados a Asklepios.

¹¹ Constantino no sólo reconoció a la Iglesia cristiana, sino que le otorgó una cierta posición de privilegio. En consecuencia, las iglesias locales empezaron a recibir donaciones de los emperadores, exenciones de tributos y subvenciones para la construcción de templos cristianos, el mantenimiento del culto, así como para el desarrollo de las actividades caritativas. De esta manera, DELMAIRE, R., *Largesses sacrées et "res privata". L'aerarium imperial et son administration du IVe au Ve siècle*, Roma, 1989, pp. 648-650, destaca el hecho de que tuvieron lugar confiscaciones en favor de las iglesias locales, monasterios y establecimientos de caridad, por orden de Constantino, de los ingresos obtenidos de rentas y bienes municipales que se destinaban hasta entonces a subvencionar templos paganos. También CARON, P. G., *L'esenzione fiscale del clero nella legislazione degli imperatori romani cristiani*, Atti della Accademia Romanistica Costantiniana, XII Convegno Internazionale in onore di M. Sargenti, 1998, pp. 263 ss., señala que, en el año 313, Constantino liberó a los clérigos y personal al servicio de las iglesias de realizar todos los munera para que pudiesen dedicarse por completo a sus obligaciones eclesíásticas. Asimismo DURLIAT, J., *Les finances publiques de Diocletien aux Carolingiens (284-889)*, Sigmaringen, 1990, p. 161, destaca que a partir de entonces el Fisco destinará grandes recursos para la construcción de templos cristianos.

¹² C. J. 1, 2, 14; C. J. 1, 3, 34 (35); C. J. 1, 3, 32 (33); C. J. 1, 3, 31 (32), pr.

¹³ El emperador Anastasio (491-518) concibió ya en C. J. 1, 2, 17, 1, a estos establecimientos de beneficencia como propietarios, ellos mismos, de los bienes que poseen, con capacidad para disponer de éstos por venta o permuta solo si son bienes muebles, y prohibiéndola en caso contrario, salvo algunas excepciones, como sucede cuando dichos inmuebles causen algún perjuicio a la propia institución. En todo caso, el establecimiento puede proceder a constituir hipotecas o enfiteusis sobre sus bienes.

1, 3, 45 (46), 4, la de recibir frutos y accesiones; en C. J. 1, 2, 23, 4, a. a. 530, y Nov. 7, 5, pr., a. 535, la capacidad para ser parte en un litigio; en Nov. 111, 1, a. 545, la de ser parte de un contrato; y, por último, en Nov. 120, a. 544, se fijó el régimen jurídico definitivo relativo a la prohibición de enajenación de bienes de las *piae causae*.

Precisamente, señala Murga que en nov. 120. 6, 1, “el legislador deja de dirigirse a los obispos-administradores, como había venido ocurriendo hasta entonces, y se refiere directamente a las casas autónomas, facultándolas a la actuación jurídica, como se desprende con claridad de dicho texto”: *licentiam igitur damus praedictis venerabilibus domibus non solum ad tempus emphyteosin facere immobilium rerum sibi competentium, sed perpetuae haec emphyteotico iure volentibus dari*.

Asimismo, se contenía en la legislación de Justiniano la normativa reguladora de los derechos y obligaciones de los administradores de los establecimientos, el deber de los mismos de sujetarse a las instrucciones del obispo correspondiente, estando obligados a rendirle cuentas de su gestión, y también articuló un régimen sancionador en caso de incumplimiento de sus deberes, malversación de fondos o venta fraudulenta de bienes del establecimiento.

Así, la administración de dichos establecimientos correspondía a un staff de dirección formado por el ecónomo o prepósito correspondiente ayudados por sus subordinados y auxiliares, cuyo nombramiento y forma de actuación en los hospitales de peregrinos y pobres, orfanatos y demás venerables domus, estaba regulada entre otras fuentes, en C. J. 1, 3, 41 (42). Dichos administradores gozaban de diversos privilegios e inmunidades, como las establecidas en C. J. 1, 3, 32 (33), a. 472, pero al mismo tiempo, estaban sujetos por ley a la vigilancia por el obispo correspondiente en el cumplimiento de la voluntad del fundador, ya que, en caso de que no se cumpliesen los fines fundacionales respectivos, la administración de la *pia causa* revertiría en el obispo de la iglesia diocesana. También, los gestores de las casas administradas directamente por la Iglesia y -seguramente también por ley y en la práctica - de los establecimientos que gozasen de una administración autónoma, estaban obligados a rendir cuentas al obispo respectivo; asimismo, tratándose de establecimientos autónomos fundados por benefactores particulares debían rendir cuentas a éstos o a sus herederos. Pero, tanto en un caso como en otro, los gestores debían presentar sus cuentas a sus sucesores en el cargo, a tenor de lo dispuesto en la legislación de Justiniano¹⁴. Respecto a la responsabilidad penal en que incurrían los administradores por delitos cometidos en relación con la gestión de las venerables domus, se puede decir que quedaban sujetos, además de a las penas establecidas por la legislación penal general, a penas específicas de la legislación penal eclesiástica, como sucede

¹⁴ C. J. 1, 3, 41 (42), 18 [C. J. 1, 3, 42 (41), 8, en la edición de García del Corral]; C. J. 1, 3, 41 (42), 20 [C. J. 1, 3, 42 (41), 9 en la edición de García del Corral]. SCARCELLA, A. S., *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997.

en una constitución de León I recogida en C. J. 1, 5, 10, y en nov. 131, 14, pr. de Justiniano. En todo caso, puesto que los administradores eran generalmente clérigos gozaban del privilegio del foro y debían ser juzgados por el procedimiento de la *episcopalis audientia*¹⁵.

La personificación de facto de la Iglesia como ente institucional en la legislación imperial romana fue seguramente determinante para entender la configuración de las venerabiles domus como personas jurídicas, esto es, como centros de imputación de derechos y de obligaciones¹⁶. La pandectística alemana

¹⁵ GAUDEMET, J., *L'Église dans l'Empire Romain (IV-V siècles)*, Paris, 1958, pp. 230 ss.; CUE-NA BOY, F., *La "Episcopalis Audientia"*, Valladolid, 1985; BANFI, A., *Habent illi iudices suos. Studi sull'esclusività della giurisdizione ecclesiastica e sulle origini del privilegium fori in diritto romano e bizantino*, Milano, 2005.

¹⁶ Ahora bien, debemos recalcar con ALBANESE, B., *Persona (Diritto romano)*, E. D., 33, Varese, 1983, p. 180, que "los juristas romanos no elaboraron una teoría de la persona jurídica. Una teoría semejante no podía, por lo demás, ser elaborada en un ambiente intelectual que no sentía la necesidad de abstraer conceptos más simples (como los de sujeto de derecho y capacidad jurídica) que constituyen evidentemente un presupuesto mismo del concepto de persona jurídica. Lo que cuenta es que los romanos tuvieron conciencia, al menos en época avanzada, de la utilidad de concebir como un único sujeto jurídico a ciertas pluralidades de personas. Se habló al respecto de *corpus* y de *universitas* para englobar otros términos de alcance específico (*populus*, *municipium*, *collegium*... etc.)". Posteriormente, sobre la base de las soluciones individuales y fragmentarias de los juristas clásicos, los compiladores de Justiniano ensayaron intentos de sistematización de esta materia generalizando dichas soluciones dadas por aquellos juristas por medio de la analogía, utilizando para ello el nomen unificador de los *corpora* y de las *universitates* e induciendo así de las fuentes clásicas una serie de principios generales y de reglas jurídicas aplicables al conjunto de entidades de tipo corporativo - *civitates*, *collegia* - es decir, a las *universitates personarum*: así, D. 3, 4 (quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur) - concretamente, DE ROBERTIS, F. M., *Personificazione giuridica e ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana*, Studi F. Santoro-Passarelli, VI, Napoli, 1972, pp. 278 ss., considera que D. 3, 4, 7, 2, constituye el mayor grado de abstracción a que llegaron los justinianos en materia de la consideración de las *universitates* como centro de imputación de derechos y de obligaciones - trata esta materia desde un punto de vista procesal; D. 47, 22 (de *collegiis et corporibus*) lo hace desde el aspecto penal; y en D. 27, 1 (de *excusationibus*) y D. 50, 6 (de *iure inmutatis*) desde la vertiente administrativa. Otros títulos del Digesto, en los que los compiladores ensayan un tratamiento orgánico de diversas situaciones calificadas como *universitates*, son los siguientes: D. 38, 3 (de *libertis universitatum*); D. 50, 1 (ad *municipalem et de incolis*): D. 50, 2 (de *decurionibus et filiis eorum*); D. 50, 7 (de *legationibus*); D. 50, 8 (de *administratione rerum ad civitates pertinentium*); D. 50, 12 (de *pollicitationibus*); D. 49, 14 (de *iure fisci*). El Código de Justiniano contiene en general títulos que vienen a ser análogos a los del Digesto sobre esta materia y destaca, sobre todo, la regulación sistemática de las *piae causae* cristianas en C. J. 1, 2 (de *sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum*) y en C. J. 1, 3 (de *episcopis et clericis et orphanotrophis et brephotrophis et xenodochis et asceteriis et monachis et privilegio eorum et castrensi peculio et de redimendis captivis et de nuptiis clericorum vetitis seu permissis*). Precisamente, ORESTANO, R., *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, I, Genova, 1958,

del siglo XIX, siguiendo el esquema de Savigny¹⁷, encuadró a las venerables domus de época justiniana dentro de la categoría de las personas jurídicas instituciones (Anstalten) de base patrimonial adscritas a un fin trascendente, es decir, duradero en el tiempo, de beneficencia pública y gestionadas por administradores que deben respetar en su actuación la voluntad del fundador¹⁸.

Por otro lado, principalmente a tenor de la Novela 120, 6, 1-2 de Justiniano, estudiosos de esta materia, como Hagemann¹⁹, ha distinguido dentro de las venerables domus, por un lado, entre aquellas que se configuraban como meras dependencias de las iglesias o monasterios locales o de un latifundista particular, "las cuales no podían ser tenidas por completo como independientes titulares de derechos y, en segundo lugar, aquellas otras "instituciones de beneficencia con su propia administración (idia dioijesis, Nov. 120, 6, 1)²⁰ configuradas como el tipo de organismo que en el tráfico (jurídico) aparecen como un sujeto jurídico". También DUFF²¹ refiere junto a aquellos establecimientos

p. 136, 166; Il problema delle persone giuridiche in diritto romano, Torino, 1968, pp. 97-98, pone de relieve que "sobre esta base- conceptual y lingüística - se apoyarán luego todas las construcciones que del medioevo hasta nuestros días consideran las situaciones unificadas como entidades diversas de sus elementos constitutivos, como trascendentes a éstos: es decir, como para ponerlos como un alterum respecto de ellos, idóneo para ser valorado y disciplinado como tal". Véase, BLANCH NOUGÉS, J. M^a., Régimen jurídico de las fundaciones... cit., p 21, pp. 56 ss.; Sobre la personalidad jurídica... cit., pp. 9 ss. [= RGDR, www. iustel. com, 18, 2008, pp. 14 ss.].

¹⁷ SAVIGNY, F. C., Sistema de Derecho Romano Actual², trad. esp. J. Mesía y M. Poley, II, Madrid, 1878-1879, § 88, pp. 73 ss. Concretamente afirma (op. cit., p. 74) que "bajo los emperadores cristianos, los establecimientos religiosos se nos presentan como personas jurídicas". WINDSCHEID, B., Lehrbuch der Pandektenrechts (9), I, § 57, (reed. anast. de la edición de Frankfurt am Main, Darmstadt, 1963), pp. 258-259 [= Diritto di Pandette, trad. ital. Fadda, B. - Bensa, P. E., I, § 57, Torino, 1930, pp. 172-173], distinguía tres clases de personas jurídicas: las constituidas por una pluralidad de personas físicas como las asociaciones o corporaciones, los complejos patrimoniales sin sujeto tanto si están destinados a la consecución de un fin específico (fundación - Stiftung) o no lo están (herencia yacente, Fisco), y las instituciones (Anstalten) "para la consecución de fines píos o de otro modo de utilidad pública, atender a la mendicidad, hospitales, escuelas, etc."

¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Privado Romano (10^a ed), Madrid, 2017, pp. 220 ss.; ID., Derecho Romano, Madrid, 2017, pp. 166 ss.

¹⁹ HAGEMANN, H. -R., Die Stellung der "Piae Causae" nach justinianischem Rechte, Basel, 1953, pp. 49 ss.; ID., Die rechtliche Stellung der christlichen Wohltätigkeitsanstalten in der östlichen Reichshälfte, R. I. D. A., 3, Bruxelles, 1965, p. 278.

²⁰ La traducción latina del original escrito en griego dice lo siguiente: et si quidem sanctissime sint ecclesiae vel aliae venerabiles domus, quarum gubernationem loci sanctissimus episcopus aut per se aut per venerabilem clerum facit (...) si vero ptochia aut xenones aut nosocomia aut reliquae venerabiles domus sint propriam administrationem habentes, si quidem venerabilia oratoria esse contigerit...

²¹ DUFF, P. W., Personality in Roman Private Law, Cambridge, 1938, p. 184

gobernados directamente por los obispos o bien administrados por personas nombradas por ellos, una segunda clase de centros que serían totalmente independientes en época de Justiniano, si bien, respecto de estos últimos, debe dejarse constancia de que en C. J. 1, 3, 45 (46), 3, en nov. 120, 6, 1-2 y en nov. 131, 10, 2, se dispone que están sometidas a las directrices y control de los obispos²². Asimismo, Philipsborn²³ distinguió dos tipos de establecimientos en tiempos de Justiniano: "unos provenientes de una liberalidad dada por una iglesia o monasterio según las reglas clásicas (*donatio sub modo*, institución de heredero o legatario) o erigidas por la iglesia o el monasterio por sus propios medios; y los otros creados como establecimientos que funcionan

²² A los que les correspondía el nombramiento de los rectores y administradores del establecimiento, siendo confiada dicha responsabilidad normalmente a clérigos. Por otro lado, frecuentemente los rectores de los principales establecimientos de beneficencia del Imperio Bizantino fueron nombrados luego obispos, lo que nos da una idea de la importancia de la función desempeñada por los directores de los centros tanto desde un punto de vista religioso como social. CONSTANTELOS, D. J., *Byzantine Philantropy...* cit, p. 220, refiere que el Patriarca de Antioquía, Pablo II (519-21) ocupó antes el cargo de xenon de Eubolos en Constantinopla (Malalas, *Chronographia*, p. 411) y que usualmente la administración de un xenon fue asignada a un presbítero con una sólida reputación por su virtud y conocimientos, y que a lo largo del tiempo fueron muchos los rectores de xenones que vinieron luego a ocupar importantes posiciones en el Estado y en las ceremonias religiosas. Asimismo, a los obispos y en último caso al gobernador provincial les correspondía también la vigilancia y la potestad sancionadora de las actuaciones de los rectores de los establecimientos, independientemente de que hubiesen sido fundados por un particular, por el emperador, por la emperatriz, por otros miembros de la Corte, o por la propia Iglesia. En este sentido, vemos que el octavo canon del Concilio de Calcedonia estableció que los directores de todos los establecimientos de beneficencia estuviesen bajo las órdenes del obispo respectivo. Además, dispuso penas para los clérigos y laicos que rehusasen aceptar las órdenes del obispo. Igualmente, se fijó un régimen de responsabilidad en C. J. 1, 3, 45(46), 1 (C. J. 1, 3, 46 (41), ed. García del Corral); C. J. 1, 3, 41(42), 10 (C. J. 1, 3, 42 (41), 5, ed. García del Corral); C. J. 1, 3, 48, (49), 8 (C. J. 1, 3, 49 (48), 8, ed. García del Corral); C. J. 1, 3, 41 (42), 29; C. J. 1, 3, 41 (42), 18 (C. J. 1, 3, 42 (41), 8, ed. García del Corral); C. J. 1, 3, 41 (42), 20 (C. J. 1, 3, 42(41), ed. García del Corral); C. J. 1, 5, 10; C. J. 1, 3, 45(46); C. J. 1, 3, 55 (57); Nov. 131, 14pr. Así, CONSTANTELOS, D. J., *Byzantine Philantrophy...* cit, p. 218, pone también de relieve que, en la *Epanagoge*, 9, parag. 19, el emperador Alejandro (912-13) establece que los *oeconomi* y *xenodochoi*, los *nosocomoi* y los *ptochotrophoi* y los administradores de todas las demás casas filantrópicas y todos los demás clérigos de las mismas serán responsables ante el obispo de su jurisdicción. Asimismo, el obispo no podía apropiarse para sí ni para sus parientes de ningún elemento patrimonial del establecimiento. Véase, CUENA BOY, F., *Para una comparación histórico-jurídica de las Piae Causae del Derecho Romano Justiniano con el Waqf del Derecho Islámico*, Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, 6, 2002, pp. 273 ss. (pp. 303 ss.); BLANCH NOUGUÉS, J. M^a, *La responsabilidad de los administradores...* cit, pp. 129 ss.

²³ PHILIPSBORN, A., *Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain*, R. I. D. A., 6, Bruxelles, 1955, pp. 141 ss. (p. 143); MÁSPERO, Papyr. grecs., t. 2, nt. 67. 151 (cit. PHILIPSBORN).

ellos mismos sin estar anexos a una institución ya existente: los primeros eran administrados por el centro matriz, los segundos gozaban de una administración autónoma y de su propio patrimonio". Añade el Autor que en la práctica nos encontramos con muchos más ejemplos de establecimientos de la primera categoría teniendo en cuenta las grandes sumas de dinero necesarias para fundar un hospital o un Xenon (hospedería) y para su mantenimiento. No obstante, Philipsborn²⁴ pone como ejemplo de establecimiento autónomo del siglo VI el Nosokomeion fundado por un médico de Antinoopolis en Egipto: "no tenemos la carta de fundación, pero sí el testamento de su hijo, que era el administrador del establecimiento, probablemente nombrado por su padre, y que en el testamento nombra a su hermano como sucesor".

Para terminar, aunque las fuentes jurídicas y literarias que han llegado hasta nosotros no nos precisan suficientemente la naturaleza de las diversas casas venerables en particular, se puede deducir la efectiva subjetividad jurídica institucional de algunas de ellas, quizá de las más importantes, sobre todo a partir de la consideración del régimen jurídico general relativo a las mismas contenido fundamentalmente en el Código y en las Novelas de Justiniano.

²⁴ PHILIPBORN, A., *Les établissements charitables...* cit., p. 144; MÁSPERO, *Papyr. grecc.*, t. 2, nt. 67. 151 (cit. PHILIPBORN).

EL OBISPO COMO DEFENSOR Y PROTECTOR DE LOS CIUDADANOS EN EL BAJO IMPERIO ROMANO. EL TESTIMONIO DE LAS CARTAS DE SAN AGUSTÍN

José Antonio MARTINEZ VELA ¹,
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El Bajo Imperio Romano es uno de los períodos más apasionantes de la historia, siendo importante su estudio y conocimiento como vía para poder comprender mejor algunos de los problemas que todavía se plantean actualmente, así como para plantear posibles soluciones.

Lógicamente a la hora de analizar las instituciones jurídicas, ha de realizarse tomando como base las fuentes jurídicas que han llegado hasta nosotros. Ahora bien, su carácter fragmentario y las posibles interpolaciones, hace necesario un análisis de las múltiples referencias que nos han sido conservadas en otro tipo de fuentes, como son las fuentes literarias.

A este respecto, la obra de uno de los más importantes pensadores que ha dado la historia, como fue San Agustín, constituye una fuente inmensa que nos puede ayudar a conocer el tratamiento en la realidad cotidiana de numerosas situaciones reguladas por el ordenamiento jurídico. Precisamente, su epistolario nos facilita comprender mejor las diversas vicisitudes que surgían en la tramitación de un proceso, y como los obispos asumieron un importante papel dirigido a proteger y defender los intereses de su "rebaño", no sólo ya a través de la "episcopalis audientia", sino también mediando ante las autoridades civiles competentes, sobre todo en litigios de naturaleza fiscal, cuestión sobre la que se centra nuestra comunicación.

Palabras clave: Bajo Imperio Romano, Obispo, Protección, Episcopalis Audientia, San Agustín

¹ E-mail: JoseAntonio.Martinez@uclm.es

THE BISHOP AS DEFENDER AND PROTECTOR OF CITIZENS IN LATE ROMAN EMPIRE. THE TESTIMONY OF THE LETTERS OF ST. AUGUSTIN

José Antonio MARTINEZ VELA,
University of Castilla-La Mancha

Abstract: The Late Roman Empire is one of the most exciting periods in history, so it's important its study and knowledge as a way to understand better some of the problems that still arise nowadays, as well as to raise some solutions.

Logically when someone analyze a legal institution, he must do it on the legal sources that have survived. But its fragmentary nature and the possible interpolations make necessary an analysis of the multiple references that have been conserved in other types of sources, such as literary sources.

In this respect, the works of one of the most important thinkers and philosophers of all time, as was Saint Augstin, constitute an immense source that can help us to know how it was the real development of numerous situations regulated by the later roman law. Precisely, his correspondence will help us to understand the various vicissitudes that arose along a procedure, and how the bishops assumed an important role to protect and defend the interests of their "flock", not only through the "episcopalis audientia", but also mediating before the competent civil authorities, especially in fiscal processes.

Keywords: Late Roman Empire, Bishops, Protection, Episcopalis Audientia, Saint Augstin

1. **C**omo ha sido señalado por el Prof. Antonio Fernández de Buján “es necesario un perfecto equilibrio entre lo jurídico y lo histórico en nuestra disciplina, pues el Derecho Romano es a la vez una ciencia jurídica y una ciencia histórica”², por ello en nuestra disciplina junto al recurso a las fuentes jurídicas es también habitual, y necesario, el acudir al estudio de las llamadas fuentes literarias, pues las mismas pueden proporcionarnos importantes datos para resolver y entender muy diversas situaciones no contempladas expresamente en los textos jurídicos que han sobrevivido al paso de los siglos, o que lo han hecho de modo fragmentario, pues tal y como ya indicó el Prof. Metro “puesto que el Derecho, en efecto – como es sabido- es un fenómeno social, que en cuanto tal puede ser comprendido y explicado totalmente solo en el marco del ambiente en que se aplica, es fácil concluir que cada explicación que aporte luz sobre cualquier aspecto de la vida romana se revela útil para aclarar algún aspecto jurídico”³.

Por otro lado, es innegable que Agustín de Hipona, esto es, San Agustín⁴, es, sin duda, uno de los personajes del mundo antiguo cuya trayectoria vital nos es mejor conocida, y ello gracias a su amplia obra escrita que ha llegado hasta nosotros, en la cual – junto a numerosas obras filosóficas y teológicas – se han conservado su epistolario y un gran número de los sermones pronunciados durante su episcopado⁵, a lo cual ha de sumarse la biografía que de él elaboró uno de sus discípulos – Posidio⁶ – y el relato que él mismo nos

² Fernández de Buján, A. Derecho Público Romano²¹, 2018, p. 49.

³ Metro, A. Las fuentes del Derecho Romano, Madrid, 2012, p. 27 (Metro, A. Le fonti del diritto romano, 2005).

⁴ Ver: Deane, H. A. The political and social ideas of St. Augustine, Nueva York, 1963; Brown, P. Augustine of Hippo. A biography, Londres, 1967; P. Brown, Religion and Society in the Age of Augustine, Londdres, 1972; Babcock, W. (ed.). The Ethics of St. Augustine, Atlanta, 1992; Lancel, S. Saint Augustin, Paris, 1999; Chadwick, H., Augustine of Hippo. A Life, Oxford, 2009; Ebbeler, J. V. Disciplining Christians: correction and community in Augustine’s Letters, Oxford, 2012.

⁵ La Editorial Biblioteca de Autores Cristianos ha publicado sus obras completas en 40 volúmenes; dentro de los cuales se conservan 300 cartas, y casi 400 sermones.

⁶ La Vita Sancti Augusti realizada por Posidio debió ser redactada entre los años 431 y 439,

dejó de sus años de juventud en sus Confesiones⁷, todo lo cual - como señala el Prof. García-Junceda - "nos proporciona suficiente información para poder establecer su biografía y su itinerario espiritual"⁸; debiéndose añadir, como ha indicado el Prof. BROWN que "la gran cantidad de testimonios existentes nos permiten situar a Agustín, año tras año, en un contexto social vivo, algo que nos resulta imposible de hacer con otros personajes tardorromanos [...]. Sus obras resuenan a lo largo de los siglos, pero no se trata de sonidos edificantes procedentes de ninguna parte. Saben a un mundo real"⁹.

Los elogios y el reconocimiento recibido por Agustín de Hipona a lo largo de los siglos es continuo, y ya lo tuvo en vida, como demuestra precisamente su epistolario¹⁰, donde son numerosas las cartas que le dirigen algunos de los más importantes personajes de su tiempo, buscando su opinión y/o consejo: Paulino de Nola¹¹, San Jerónimo¹², Simpliciano de Milán, [...] ¹³, pudiéndose

es decir, inmediatamente después de la muerte de Agustín.

⁷ Ver: Vizcaino, P. *Las 'Confesiones' de San Agustín comentadas (libros 1-10)*, Valladolid, 1994; Callejo, A. "Las Confesiones de san Agustín. Una aproximación a sus aspectos formales como autobiografía", *Paideia*, 2005; Martínez Vela, J. A. "Las Confesiones de Agustín de Hipona. Sociedad y Derecho en el siglo IV d. C.", *Glossae: european Journal of Legal History*, 14, 2017, pp. 473-492.

⁸ García-Junceda, J. A. *La cultura clásica y san Agustín*, 1992, p. 86.

⁹ Brown, P. *Por el ojo de una aguja. La riqueza, la caída de Roma y la construcción del cristianismo en Occidente (350-550 d. C.)*, Barcelona, 2016, p. 322.

¹⁰ Ver: Rebillard, E. "Augustin et le ritual épistolaire de l'élite sociale et culturelle de son temps. Éléments pour une analyse processuelle des relations de l'évêque et de la cité dans l'antiquité tardive", *L'évêque dans la cité Antique du IV au V siècle*, Roma, 1998, pp. 127-152; Buena-casa Pérez, C. "El epistolario de Agustín como muestra de la extensa actividad pastoral de un obispo en el África tardoantigua (siglos IV-V)", *Comunicazione e Ricezione del Documento cristiano in epoca tardoantica*, Roma, 2004, pp. 455-481.

¹¹ Ver: Courcelle, P. "Les lacunes de la correspondance entre Saint Augustin et Paulin de Nole", *Revue des Études Augustiniennes*, 53, 1951, pp. 253-300; Frend, W. H. C. "Paulinus of Nola and the last century of the western empire", *JRS*, LIX, 1969, pp. 1-11; Kirsch, W. "Spätantike Dichtungen als Quellen zur Sozialgeschichte (Paulinus von Nola; Paulinus von Pella)", *Index*, XVII, 1989, pp. 275-282; Navarro, F. "La correspondencia de Paulino de Nola con África durante los años 394 y 395. Una reconstrucción", *Vichiana*, 1, 1999, pp. 62-81; Desmulliez, J. "Pauline de Nole: du gouverneur de Campanie à l'évêque de Nole. Ruptures et continuités", *Cahiers Centre Gustav Glotz*, XVII, 2006, pp. 267-275.

¹² Ver: De Bruyne, D. "La correspondance échangée entre Augustin et Jérôme", *Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft*, 31, 1932, pp. 233-248; Kelly, J. N. D. *Jerome: his Life, Writings and Controversies*, Londres, 1975; Rebenich, S. *Hieronymus und sein Kreis. Prosopographie und sozialgeschichtliche Untersuchungen*, Stuttgart, 1992; Hennings, R. "The correspondence between Augustine and Jerome", *Studia Patristica*, 27, 1993, pp. 303-310; Burgess, R. W. "Jerome and the Kaisergeschichte", *Historia*, XLIV, 1995, pp. 349-369; Fürst, A. *Augustins Briefwechsel mit Hieronymus*, Münster, 1999.

¹³ Ver Marrou, H. *San Agustín y el Agustinismo*, Madrid, 1960, p. 42 (Marrou, H. *Saint Augustin*

encontrar quizás la razón para ello en la leyenda de un fresco conservado en la basílica de Letrán que constituye – además – la más antigua representación iconográfica de Agustín: “*Diversi diversa Patres, sed hic Omnia dixit Romano eloquio, mystica sensa tonans!*”, esto es, los diversos Padres han explicado diversas cosas, pero sólo él las dijo todas en latín, explicando los misterios con el trueno de su voz.

Por otro lado, hoy está fuera de toda discusión que Agustín de Hipona ha de ser considerado “uno de los máximos maestros de la cultura europea, por la profundidad de sus ideas y la asimilación del pasado, la armonía del pensamiento con el corazón y la brillantez de su estilo”¹⁴; debiéndose reconocer que la historia de la cultura europea lleva por todos lados impresas las huellas de su pensamiento.

Evidentemente, no disponemos aquí del espacio necesario para poder exponer con detalle todos los datos biográficos de un personaje tan intenso como fue Agustín de Hipona, simplemente podemos señalar algunos de los aspectos más relevantes de su curso vital: nació en la ciudad de Tagaste (la actual Souk Ahras, en Argelia)¹⁵ en el seno de una familia perteneciente a la nobleza municipal, si bien cuya posición económica no debió ser demasiado desahogada. Su inteligencia debió ser percibida desde muy niño por sus padres, pues procuraron proporcionarle una educación liberal esmerada que le permitiera ascender en la sociedad de su época¹⁶: acudió al pedagogo, posteriormente al gramático, se desplazó a la ciudad vecina de Madaura para iniciar sus estudios de oratoria, los cuales luego completaría en la capital de la provincia, Cartago, donde poco después de su finalización comenzaría a trabajar como profesor. Algunos años después, se desplaza a la ciudad de

et le Augustinisme, Paris, 1955), quien señala a su amigo Alipio como uno de los responsables de esa amplia difusión que ya en vida tuvo la obra de Agustín y que contribuyó a acrecentar su prestigio.

¹⁴ Dominguez, A. Agustín de Hipona: el Maestro o Sobre el Lenguaje, Madrid, 2003, p. 9.

¹⁵ Ciertamente Agustín nace en la actual África, pero el África de San Agustín, como ya señaló Marrou, H., San Agustín y el Agustínismo, Madrid, 1960, p. 15: “era una tierra latina (el latín no sólo fue su lengua culta, sino su lengua materna), una provincia de esa gran patria romana que se preciaba de haber extendido sus límites hasta los confines del mundo civilizado” (Marrou, H., Saint Augustin et l’augustinisme, Paris, 1955); ver también: De Luca, G., “La Romanità di Sant’Agostino”, *Studi Romani*, 10, 1962, pp. 256-268.

¹⁶ El propio Agustín, Confesiones II. 5, nos ha dejado recuerdo expreso de todas estas circunstancias: “*et anno quidem illo intermissa erant studia mea, dum mihi reducto a Madauris, in qua vicina urbe iam coeperam litteraturae atque oratoriae percipiendae gratia peregrinari, longinquioris apud Carthaginem peregrinationis sumptus praeparabantur animositate magis quam opibus patris, municipis Thagastensis admodum tenuis. [...] quis enim non extollebat laudibus tunc hominem, patrem meum, quod ultra vires rei familiaris suae impenderet filio quidquid etiam longe peregrinanti studiorum causa opus esset? multorum enim civium longe opulentiorum nullum tale negotium pro liberis erat, cum interea non satageret idem pater qualis crescerem tibi aut quam castus essem, dummodo essem disertus, vel desertus potius a cultura tua, deus, qui es unus verus et bonus dominus agri tui, cordis mei*”.

Roma buscando progresar en su carrera profesional, lo cual le conducirá poco después a Milán –ciudad donde residía el emperador en ese momento– para ocupar la cátedra municipal de retórica, y ciudad donde finalmente se convertirá al cristianismo, tras lo cual decidió retornar a su provincia de origen, donde inició una renuncia a la vida mundana, refugiándose en el monaquismo, procurando evitar permanecer o acudir a cualquier ciudad cuyo episcopado vacante pudiera serle ofrecido¹⁷, pese a lo cual no pudo evitarlo, tal y como nos dejó descrito su biógrafo Posidio:

“Eodem itaque tempore in Ecclesia Hipponiensi catholica Valerius sanctus episcopatum gerebat. Qui cum, flagitante ecclesiastica necessitate, de providendo et ordinando presbytero civitati, plebem Dei alloqueretur, et exhortaretur; iam scientes catholici sancti Augustini propositum et doctrinam, manu iniecta (quoniam et idem in populo securus et ignarus quid futurum esset astabat: solebat autem laicus, ut nobis dicebat, ab eis tantum ecclesiis quae non haberent episcopos, suam abstinere praesentiam); eum ergo tenuerunt, et, ut in talibus consuetum est, episcopo ordinandum intulerunt, omnibus id uno consensu et desiderio fieri perficique petentibus, magnoque studio et clamore flagitantibus, ubertim eo flente: nonnullis quidem lacrimas eius, ut nobis ipse retulit, tunc superbe interpretantibus, et tamquam eum consolantibus ac dicentibus, quia et locus presbyterii, licet ipse maiore dignus esset, appropinquaret tamen episcopatu¹⁸.”

A la muerte de Valerio fue designado como obispo de la citada ciudad de Hipona¹⁹, donde permaneció hasta el día de su muerte en el año 430 d. C.²⁰, en pleno asedio de la ciudad por parte de las tropas vándalas que habían invadido poco antes la provincia romana de África²¹.

¹⁷ Ver Sermo 335. 2.

¹⁸ Posidio, IV.

¹⁹ Sobre la antigua Hippo Regius, ver: DENNIS, H. Hippo regius from the earliest times to the arab conquest, Amsterdam, 1970; LANCEL, S. “Études sur la Numidie d’Hippone au temps de Saint-Augustin. Recherches de topographie ecclésiastique”, MEFRA, XCVI, 1984, pp. 1085-1113; DE SALVO, L. “Gli spazi del potere ecclesiastico nella Ippona di Agostino”, L’Africa Romana. Trasformazione dei Paesaggi del Potere nell’Africa Settentrionale fino all’ fine del Mondo Antico. Atti del XIX Convegno di studio. Sassari, 16-19 dic. 2010, Roma, 2012, pp. 1035-1052.

²⁰ Ver: STUIBER, A. “Der Tod des Aurelius Augustinus”, Jenseitsvorstellungen in Antike und Christentum. Gedenkschrift A. Stuibler, Münster, 1982, pp. 1-8.

²¹ Respecto a los Vándalos, consultar: COURTOIS, C. Les Vandales et l’Afrique, Paris, 1955; DIENER, H. -J. Geschichte des Vandalenreiches. Aufstieg und Untergang, Stuttgart, 1966; BOURGEOIS, C. “Les Vandales, le Vandalisme et l’Afrique”, Ant. Afric. XVI, 1980, pp. 213-228; MODERAN, Y. “L’établissement territorial des Vandales en Afrique”, Antiquité Tardive, X, 2002, pp. 87-122; AIELLO, V. “I vandali nell’Africa romana: problema e prospettive di ricerca”, Mediterraneo Antico, VIII, 2005, pp. 547-569; CASTRITIUS, H. Die Vandalen. Etappen einer Spurensuche, Stuttgart, 2007; MERRILLS, A. & MILES, R. The Vandals, Oxford, 2010; MODERAN, Y. Les Vandales et l’Empire romain, 2014; VÖSSING, K. Das Königreich der Vandalen, Darmstadt, 2014.

2. Sin duda, la época en que vive Agustín y a la cual hacen referencia las casi 300 cartas de su epistolario, es el período comprendido entre los años 387 y 430 d. C. en el ámbito del occidente romano, momento donde el cristianismo se encuentra ya perfectamente implantado como religión oficial del Imperio, donde la crisis de la organización estatal comienza ya a evidenciarse, razón por la cual cada vez es más importante el papel desempeñado por los diferentes episkopos, esto, es, por las cabezas de las distintas comunidades cristianas en cada ciudad.

Esta importancia que asume en el funcionamiento interno de las ciudades la figura del obispo se manifiesta perfectamente en su intervención como mediador e intercesor a instancia de sus feligreses y amigos, como defensor y protector de los mismos²², pudiéndose encontrar numerosos ejemplos de esta praxis precisamente en el epistolario de Agustín de Hipona.

Sin duda, uno de los géneros literarios más representativos de este período histórico, es el epistolar²³, habiendo llegado hasta nosotros los epistolarios de numerosos personajes que vivieron en esta época, tanto de origen cristiano como no, así podemos citar los epistolarios de San Jerónimo²⁴, San Basilio de Cesarea²⁵, o San Ambrosio²⁶, por un lado, y por otro, aludir a los de Símaco²⁷

²² Con relación a este fenómeno, ver: SALLER, R. P. *Personal patronage under the early empire*, Cambridge, 1982, especialmente pp. 152-153. De modo más específico, BUENACASA PÉREZ, C. "El epistolario de Agustín como muestra de la extensa actividad pastoral de un obispo en el África tardoantigua (siglos IV-V)", *Comunicazione e Ricezione del documento cristiano in epoca tardoantica*, Roma, 2004, p. 456, ya afirmaba: "Como obispo, Agustín ejerció el liderazgo religioso -en buena parte, carismático- no sólo sobre su sede sino también sobre el resto de comunidades cristianas del Norte de África occidental. En tanto que pastor, asumió la defensa de los intereses de la plebs cristiana".

²³ Ver: DESMULLIEZ, J., HOET-VAN CAUWENBERGHE, C. & JOLIVET, J. (eds.). *L'étude des correspondances dans le monde romain de l'antiquité classique à l'antiquité tardive: permanences et mutations*, Lille, 2010.

²⁴ Ver supra nota 11.

²⁵ Ver: COURTONNE, Y. *Un témoin du IV siècle oriental. Saint Basile et son temps d'après sa correspondance*, Paris, 1973; POUCHET, R. *Basile le Grand et son univers d'amis d'après sa correspondance*, Roma, 1992; VOGLER, C. "L'Administration imperiale dans la correspondance de Saint Basile et Saint Gregoire de Naziance", *Mélanges A. Chastagnol. Institutions, société et vie politique dans l'empire romain au IV siècle*, Roma, 1992, pp. 447-464; ROUSSEAU, P. *Basil of Caesarea*, Berkeley, 1994.

²⁶ Consultar: PAREDI, A. *S. Ambrogio e la sua età*, Milan, 1960; LAZZATI, G. (ed.). *Ambrosius Episcopus*, Milan, 1976; MAZZARINO, S. *Storia sociale del vescovo Ambrogio*, Roma, 1989; MCLYNN, N. *Ambrose of Milan. Church and Court in a Christian Capital*, Berkeley, 1994.

²⁷ Ver: BRUGGISSER, P. "Libanios, Symmaque et son père Avianus. Culture littéraire dans les cercles païens tardifs", *Ancient Society*, XXI, 1990, pp. 17-31; MUÑOZ MARTÍN, M^a N. "El 'officium amicitiae' en el clasicismo tardo antiguo. Análisis de la epístola de Símaco", *El mundo mediterráneo (siglos III-VII)*, 1999, pp. 171-184; EBBELER, J. & SOGNO, C. "Religious identity and the politics of patronage: Symmachus and Augustine", *Historia*, LVI, 2007, pp. 230-242.

o Libanio²⁸, dos de los más importantes representantes del sector politeísta tradicional dentro de la sociedad romana.

Dichos epistolarios constituyen una representación viva de las dinámicas existentes en la sociedad de dicha época, de tal manera que con independencia de que el autor sea cristiano o pagano, procura de modo muy frecuente utilizar su prestigio y amistad como vía para interceder ante el destinatario a favor de sus familiares, amigos o conocidos²⁹.

Perfectamente reveladora de esta praxis es el Epistolario de San Agustín³⁰, si bien su biógrafo Posidio, probablemente con una finalidad laudatoria propia del tipo de obra que realizó, afirma que no era especialmente pródigo³¹ a la hora de escribir este tipo de cartas:

*“Novimus quoque eum a suis carissimis litterarum intercessum apud saeculi potestates postulatum non dedisse, dicentem cuiusdam sapientis servandam esse sententiam, de quo scriptum esset, quod multa suae famae contemplatione amicis non praestitisset: et illud nihilominus suum addens, quoniam plerumque potestas quae petitur, premit. Cum vero intercedendum esse rogatus videbat, tam id honeste ac temperate agebat, ut non solum onerosus ac molestus non videretur, verum etiam mirabilis existeret”*³².

²⁸ Ver: PINTO, M. “La scuola di Libanio nel quadro del IV secolo dopo Cristo”, *Rendiconti Istituto Lombardo*, CVIII, 1974, pp. 146-179; LÓPEZ EIRE, A. “Retórica y ética en las epístolas de Libanio”, *Homenaje a Luis Gil*, 1994, pp. 387-402; PETIT, P. *Les fonctionnaires dans l’oeuvre de Libanius. Analyse prosopographique*, Paris, 1994; DE SALVO, L. “Giudici e giustizia ad Antiochia. La testimonianza di Libanio”, *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, XI, 1996, pp. 485-507; CRIBIORE, R. *The School of Libanius in Late Antique Antioch*, Princeton, 2007.

²⁹ A este respecto, como ya señaló REBILLARD, E. op. cit., p. 136: “la lettre de recommandation est, par excellence, le moyen d’entretenir et de faire jouer la amicitia. Elle joue en effet un rôle capital dans le fonctionnement de la société, en particulier dans l’exercice de la justice où elle sert de lettre de référence. Accorder une lettre de recommandation, en bénéficier ou en recevoir une sont des actes lourdement chargés de sens et qui impliquent un jeu d’échange très complexe”.

³⁰ Ver Holder, A. “Styles of clerical address in the letters of Augustine”, *Studia Patristica*, 33, 1997, pp. 100-104.

³¹ A este respecto, ha de indicarse que según señala MCLYNN, N. *Ambrose of Milan. Church and Court in a Christian Capital*, 1994, pp. 259-260, San Ambrosio habría sido también bastante reticente a la hora de escribir este tipo de cartas de recomendación, a diferencia de por ejemplo de Basilio de Cesarea, si bien la razón para ello se encontraría exclusivamente en que su sede de Milán le daba acceso directo a los más importantes funcionarios, por lo cual no precisaba normalmente de recurrir a la comunicación escrita: “At Milan, Ambrose was at the very heart of this network. He could therefore eschew the troublesome business of recommendation, exercising his influence (and providing those who danced attendance upon him with their opportunities for advancement) less formally, at occasions like the banquets that attracted the elite of court society”.

³² Posidio, *Vita Sancti Augusti* 20.

No obstante, si es posible encontrar algún claro ejemplo de este tipo de cartas de recomendación³³, como sería la ep. 206, fechada en el año 418, y dirigida a Valerio, funcionario imperial:

"Quotiescumque a me petunt homines, ut eos tuae benignitati fideique commendem, si non facio, non mihi recte videor de tua vel erga opis indigos misericordia, vel erga nos benevolentia iudicare. Itaque facio, et maxime ministros Christi, qui Ecclesiae curam gerunt, cuius te cohaerem et filium esse gaudemus, tuae Praestantiae commendare non dubito, domine merito illustris atque praestantissime, atque in Christo carissime fili. Sanctus itaque frater et coepiscopus noster Felix cum hoc me rogasset, utique negare non debui. Commendo ergo tibi episcopum Christi egentem auxilio viri sublimis: fac ergo quod potes; quoniam tibi plurimum posse praestitit Dominus, cuius te lucrorum avidissimum novimus".

En todo caso, es innegable su actuación en apoyo de determinadas personas en otras muchas ocasiones, así es muy significativa la ep. 96, fechada en el 408, y dirigida a Olimpio, magister officiorum³⁴, cuya intervención se solicita en este caso para evitar que la iglesia de la ciudad de Cataqua pueda perder la propiedad de unos fundos que habían sido adquiridos por el anterior obispo de la misma, de nombre Pablo, cuya actuación había sido fraudulenta, razón por la cual el actual obispo, llamado Bonifacio, había tratado de regularizar la situación solicitando la correspondiente condonación imperial de las deudas fiscales, si bien finalmente había preferido terminar por admitir el fraude cometido por el anterior obispo ante las autoridades fiscales, pues podemos leer:

"et cum posset pro solis fiscalibus debitis, quae de memoratis possessiunculis ille contraxerat, imperiale beneficium postulare, totum maluit confiteri, quod eas Paulus de argento proprio, cum esset fisco obnoxius, de hastario emera"³⁵.

Ante la imposibilidad de hacer frente a la citada deuda, Agustín solicita la intercesión de su poderoso corresponsal para que mediante su intervención se pueda lograr, aunque sea por vía indirecta, que la citada iglesia de Cataqua recupere dichas tierras; esto es, que Olimpio reclame para sí dicho fundo cuando salga a pública subasta³⁶, y posteriormente se lo done a la misma:

"cum etiamsi tuo nomine eadem loca peteres, et memoratae Ecclesiae ipse donares, quis reprehenderet, aut quis non maxime praedicaret petitionem tuam, non terrenae cupiditati, sed christianae pietati servientem?"³⁷.

³³ Similar carácter puede apreciarse en otras cartas, como sería Ep. 45.

³⁴ Ver: PURPURA, G. "Il Magister Officiorum e la 'scola agentum in rebus'", *Labeo*, XXVI-XXVI, 1979, pp. 202-208; CLAUS, M. *Der Magister Officiorum in der Spätantike (4-6 Jahrhundert)*. Das Amst und sein Einfluss auf die kaiserliche Politik, Munich, 1980.

³⁵ San Agustín, Ep. 96. 2.

³⁶ Ver CTh. 10. 17. 1.

³⁷ San Agustín, Ep. 96. 3.

Vemos, precisamente, en esta última frase, como Agustín trata de incitar la intervención de su corresponsal acudiendo a su piedad cristiana, si bien en un párrafo anterior, ya había tratado de mover el ánimo de su interlocutor con otro argumento de naturaleza sentimental, y en ningún caso jurídico, como es la manifiesta liberalidad que ha de mostrar siempre todo emperador cristiano: *“Ut eas Ecclesia, si fieri potest, non occulta episcopi iniquitate, sed manifesta christiani imperatoris liberalitate possideat. Quod si fieri non potest, melius inopiae laborem servi Dei tolerant, quam ut necessariorum facultatem cum conscientia fraudis obtinean”*³⁸.

3. Como evidencian los ejemplos anteriores, mayoritariamente las intervenciones de Agustín ante los altos funcionarios imperiales tienen por objeto proteger y defender a otros sacerdotes y obispos, si bien también es posible encontrar ejemplos en los que su intercesión tiene por objeto la tutela de los derechos de ciudadanos particulares de su comunidad, así podemos citar la Ep. 247, donde se dirige a Rómulo, otro alto funcionario imperial, probablemente competente en materia de administración de los bienes imperiales, a quien solicita que no se vuelva a exigir a unos colonos imperiales de su circunscripción el pago de su renta anual, pues éstos creían haber cumplido ya con dicha obligación al habersele sido exigido por un tal Ginés, quien normalmente actuaba como representante del citado funcionario:

*“Aut si ego iniquus sum, qui hoc tecum ago ne miseri et egeni homines bis reddant quod debent, cum coloni actori suo dederint, subdito praeposito et iubenti servientes, nec ille se accepisse negare potuerit: si ergo ego iniquus sum, quia mihi videtur iniustum ut bis exigantur, qui vix semel reddere sufficiunt; fac quod vis. Si autem tu vides quia iniustum est; fac quod decet, fac quod Deus iubet, et ego rogo”*³⁹.

Nuevamente, vemos aquí como sigue acudiendo al argumento de la piedad cristiana para mover el ánimo de su destinatario. Sin embargo, en otros párrafos de esta misma carta comienza a utilizar argumentos jurídicos en apoyo de su petición, en concreto, alude a la existencia de un error inexcusable en el comportamiento de los citados colonos, pues ellos habían ya efectuado el pago en la creencia de haberlo hecho a favor de una persona con competencia para exigirselo:

“nec possent distinguere quousque servirent, et quousque non servirent, maxime cum ea peteret quae se debere sciebant. Tuas autem litteras habere debuerunt, quas proferrent actori, si te nolente exigebat, et relegerent ei non se debere dare, nisi cum tuas litteras accepissent. Nam si verbo aliquando iussisti ne actori aliquid darent, multum est ut meminerint; multum est ut tu ipse memineris an vere iusseris, an ipsis iusseris, an aliis, an omnibus: maxime quia etiam nunc alteri actori audisti datam et salvam esse ipsam pecuniam, et non tibi displicuit quia dederunt. Sed cum ego dixissem: “Quid si et iste intervertisset, ab ipsis iterum exigendum erat? rursus tibi coepit displicere quia dederunt: et

³⁸ San Agustín, Ep. 96. 2.

³⁹ San Agustín, Ep. 247. 1.

cum mihi saepe dixisses, numquam te iniunxisse vices tuas vel Valerio vel Aginesi, subito cum de vino ageretur, quia debuerunt ostendere si acescere coeperat, et diceretur tibi quod absens erat; credo, excidit tibi quid mihi toties dixeras, et dixisti, quia habuerunt Aginesi ostendere, et ex ipsius agere arbitrio. Ibi ego cum dixissem: "Certe vices tuas istis non soles iniungere"; respondisti: "Sed litteras meas habebat Aginesis": quasi semper illi quibus aliquid iniungis, litteras tuas recitent rusticanis hominibus, ut credant quia tu iussisti. Sed quia eos vident tibi sic iniungi, non utique credunt temere illos aliquid audere praesumere, nisi a te data potestate. Ideoque inter ista incerta non apparet quid iubeas, nec possunt firmum aliquid retinere, nisi litteras tuas habuerint, quas omnibus proferant, et non nisi tuis litteris prolatis obtemperent, quando eis aliquid dandum est"⁴⁰.

Otro ejemplo de Agustín actúa en defensa de ciudadanos particulares son las 4 cartas que se nos han conservado con relación a la situación jurídica de un tal Favencio⁴¹, quien según se desprende de dichas cartas habría sido detenido por parte de varios apparitores incumpliendo, supuestamente, el derecho de asilo al que se había acogido el mismo en la iglesia de Hipona⁴², cuando huía de alguna reclamación que le había efectuado el propietario del fundo en el que vivía y para quien trabajaba como conductor⁴³; añadiendo, además, Agustín que dicha detención efectuada por los alguaciles municipales y las autoridades con relación a dicho sujeto había incumplido con lo prescrito por la legislación vigente⁴⁴:

⁴⁰ San Agustín, Ep. 247. 3.

⁴¹ Ver: Folliet, G. "L'affaire Faventius. Examen du dossier (Augustin, Epist. 113-116)", *Revue des Études Augustiniennes*, XXX, 1984, pp. 240-250.

⁴² Respecto al derecho de asilo en época postclásica, puede consultarse: MANFREDINI, A. D. "Ad ecclesiam confugere, ad statuas confugere nell'età di Theodosio I", *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VI, 1986, pp. 39-58; GAUDEMET, J. "Ordre public et charité chrétienne. La loi du 27 juillet 398", *Hestiasis. Studi di tarda antichità offerti a Salvatore Calderone*, 1989, pp. 245-264; Ducloux, A. 'Ad ecclesiam confugere'. Naissance du droit d'asile dans les églises (IV - milieu du V s.), Paris, 1994; TURNER, B. *Asyl und Konflikt von der Antike bis Heute. Rechtsethnologische Untersuchungen*, Berlin, 2005.

⁴³ SAN AGUSTÍN, Ep. 115: "Faventium bene novit Sanctitas tua, qui Paratianensis saltus conductor fuit. Is, cum ab eiusdem possessionis domino nescio quid sibi metueret, ad Hipponensem confugit ecclesiam; et ibi erat, ut confugientes solent, exspectans quomodo per intercessionem nostram sua negotia terminaret [...]".

⁴⁴ En concreto, en estas cartas se está aludiendo a la regulación prevista por la constitución promulgada por Honorio y Teodosio a Ceciliano, Prefecto del Pretorio, en el año 409, y donde se disponía: "si quos praecepto iudicum praemisso inscriptionis vinculo reos factos adminiculum curiae propriae dirigere iussum fuerit, municipalibus actis interrogentur, an velint iuxta praeceptum triumphalis patris nostri xxx diebus sibi concessis sub moderata et diligenti custodia propter ordinationem domus propriae parandosque sibi sumptus in civitate residere. quod si fieri voluerint, hoc genus beneficii cupientibus non negetur: si vero dirigi velint, mox reos cum suis accusatoribus mittant nec ad arbitrium adversariorum

"Rogo itaque Benignitatem tuam, quoniam difficile et incredibile est, ut non iam vel noveris vel nosse possis in qua causa detentus sit, hoc interim apud apparitorem qui eum tenet, petitionem meam adiuvare digneris, ut faciat quod Imperatoris leget praecipitur: ut eum apud Acta municipalia interrogari faciat, utrum sibi velit dies triginta concedi, quibus agat sub moderata custodia in ea civitate in qua detentus est, ut sua ordinet, sumptusque provideat. Quorum dierum spatio, tua nobis annuente benevolentia, si eius causam amica disceptatione finire potuerimus, gratulabimur"⁴⁵.

Sin duda, éste fue un asunto que ocasionó gran pesar en el propio Agustín, pues atentaba contra su propio prestigio y autoridad, razón por la cual se dirige pidiendo la intercesión en este asunto a varios funcionarios imperiales: a Creconio⁴⁶, tribuno encargado de la guarda de las costas; a Florentino⁴⁷, funcionario que habría ordenado la citada detención; a Fortunato⁴⁸, sacerdote en buenas relaciones con el gobernador provincial quien finalmente sería el competente para conocer del proceso al cual se pretende someter al citado Favencio; y, finalmente, al propio Generoso⁴⁹, gobernador provincial.

Podemos ver, como en este caso, en la carta que dirige a Fortunato para que interceda ante Generoso le recomienda hacer uso de argumentos técnicos y jurídicos, al afirmar:

"Habet enim causam cum homine pecuniosissimo, quamvis iudicis integritas fama clarissima praedicetur. Ne quid tamen apud Officium pecunia praevaleat, peto Sanctitatem tuam, domine dilectissime et venerabilis frater, ut honorabili nobisque carissimo Consulari digneris tradere litteras meas, et hasei legere; quia bis eamdem causam insinuare necessarium non esse arbitratus sum. [...] Et quod circa eumdem leges non servatae sunt, ut sic raperetur, neque ut ab Imperatore praeceptum est, ad Acta municipalia perduceretur interrogandus, utrum beneficium dilationis vellet accipere, non contemnat; ut per hoc possimus cum eius adversario rem finire"⁵⁰.

Mientras que en la carta que remite directamente al citado gobernador provincial, vuelve a hacer uso nuevamente del argumento de la piedad cristiana que ha de guiar el comportamiento de las autoridades, al mismo tiempo que despliega toda una retórica de alabanza hacia las virtudes que adornan al citado Generoso:

in civitatibus retineri patiantur".

⁴⁵ San Agustín, Ep. 113.

⁴⁶ San Agustín, Ep. 113.

⁴⁷ San Agustín, Ep. 114.

⁴⁸ San Agustín, Ep. 115.

⁴⁹ San Agustín, Ep. 116.

⁵⁰ San Agustín, Ep. 115.

"Laus et praedicatio administrationis tuae et fama praeclara cum me pro dilectione quam tuis meritis benevolentiaeque debemus, plurimum delectaret, numquam adhuc in aliquo beneficio postulando Eximietati tuae mea intercessio extitit onerosa, domine dilectissime et venerabilis fili. Sed nunc quid in civitate in qua Ecclesiae Dei servio, factum sit, cum ex litteris quas ad venerabilem fratrem et coepiscopum meum Fortunatum dedi, cognoverit Praestantia tua qua fuerim necessitate compulsus ut petitionem meam ingererem occupationibus tuis, tua benignitas pervidebit. Et profecto facies quod non solum integrum, verum etiam christianum iudicem decet, eo circa nos animo, de quo in nomine Christi utique fuerat praesumendum"⁵¹.

4. Por otro lado, dentro de su epistolario, podemos destacar otro importante grupo de cartas donde él mismo trata de hacer valer esta pietas cristiana con relación a los donatistas que habían sido condenados tras la famosa Conferencia de Cartago celebrada entre católicos y donatistas⁵² a instancias del emperador Honorio y presidida por Marcelino, la cual finalizó con el edicto de supresión del donatismo pronunciado el 26 de junio del 411, y que se plasmó en la constitución conservada en CTh. XVI. 5. 52⁵³. Con relación a él,

⁵¹ San Agustín, Ep. 116

⁵² Respecto a este punto, puede consultarse: Brown, P. "Religious coercion in the Later Roman Empire: the case of North Africa", *Historia*, 47, 1963, pp. 283-305; Castello, C. "L'unione fra cattolici e donatisti disposta da Onorio nel 412 ed i suoi immediati precedenti storici", *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VI, Perugia, 1986, pp. 23-38; Morgenstern, F. "Die Kaisergesetze gegen die Donatisten in Nordafrika (mitte 4. Jh. bis 429) im Zusammenhang mit den Antidonatistischen Wirken des Augustinus von Hippo", *ZSS*, CX, 1993, pp. 103-123; Spagnuolo Vigorita, T. "Legislazione antidonatista e cronología agostiniana", *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Nápoles, 2007, pp. 5351-5370; Arbi Nsiri, M. "La survivance du donatisme après la conférence de Carthage de 411", *L'Africa Romana. Momento di continuità e rottura: bilancio di trent'anni di Convegni L'Africa Romana*, 2015, pp. 1195-1204; Escribano Paño, M^a V. "Textos bíblicos y aplicación de la legislación antidonatista: los criterios de Agustín de Hipona", *Cristianesimo e violenza: gli autori cristiani di fronte a testi biblici 'scomodi'*, Roma, 2018, pp. 373-390.

⁵³ En concreto, la citada constitución, fechada el 30 de enero de 412, vino a ordenar la obligación para todos los donatistas de reintegrarse en las comunidades cristianas, estableciéndose durísimas penas para los renuentes a hacerlo: "cassatis, quae pragmaticis vel adnotatione manus nostrae potuerint impetrari, et manentibus his, quae iam dudum super hoc definita sunt, et veterum principum sanctione servata, nisi ex die prolatae legis omnes donatistae, tam sacerdotes quam clerici laicique, catholicae se, a qua sacrilege descivere, reddiderint, tunc illustres singillatim poenae nomine fisco nostro auri pondo quinquaginta cogantur inferre, spectabiles auri pondo quadraginta, senatores auri pondo triginta, clarissimi auri pondo viginti, sacerdotales auri pondo triginta, principales auri pondo viginti, decuriones auri pondo quinque, negotiatores auri pondo quinque, plebei auri pondo quinque, circumcelliones argenti pondo decem. 1Qui nisi a conductoribus, sub quibus conmanent, vel procuratoribus executori exigenti fuerint praesentati, ipsi teneantur ad poenam, ita ut nec domus nostrae homines ab huiusmodi censura

son varias las cartas de Agustín, dirigidas tanto al citado Marcelino⁵⁴ como a su hermano Apringio⁵⁵, gobernador provincial, instándoles a no aplicar duras penas corporales a quienes contravinieran el citado edicto:

“Unde mihi sollicitudo maxima incussa est, ne forte Sublimitas tua censeat eos tanta legum severitate plectendos, ut qualia fecerunt, talia patiantur. Ideoque his litteris obtestor fidem tuam quam habes in Christo, per ipsius Domini Christi misericordiam, ut hoc nec facias, nec fieri omnino permittas. [...] Non quo scelestis hominibus licentiam facinorum prohibeamus auferri; sed hoc magis sufficere volumus ut vivi et nulla corporis parte truncati, vel ab inquietudine insana ad sanitatis otium legum coercitione dirigantur, vel a malignis operibus alicui utili operi deputentur. Vocatur quidem et ista damnatio; sed quis non intellegat magis beneficium quam supplicium nuncupandum, ubi nec saeviendi relaxetur audacia, nec poenitendi subtrahatur medicina?”⁵⁶.

Como hemos indicado, el argumento que utiliza aquí, como en tantas ocasiones, es la apelación a la piedad cristiana, junto a la amistad que los une, así como a su autoridad como obispo, pues considera que tal piedad redundaría en beneficio de la Iglesia, indicándole así a Marcelino:

habeantur inmunes. 2Uxores quoque eorum maritalis segregatim multa constringat. 3Eos enim, quos nequaquam illata damna correxerint, facultatum omnium publicatio subsequetur. 4 Servos etiam dominorum admonitio vel colonos verberum crebrior ictus a prava religione revocabit, ni malunt ipsi ad praedicta dispendia, etiam si sunt catholici, retineri. 5 Clerici vero ministrique eorum ac perniciosissimi sacerdotes, ablati de africano solo, quod ritu sacrilego polluerunt, in exilium viritim ad singulas quasque regiones sub idonea prosecutione mittantur, ecclesiis eorum vel conventiculis praediisque, si qua in eorum ecclesias haereticorum largitas prava contulit, proprietati potestatique catholicae, sicut iam dudum statuimus, vindicatis”.

En todo caso, en los años anteriores no habían faltado constituciones imperiales dirigidas a sancionar a los donatistas, junto a judíos y heréticos, por poner en peligro las creencias católicas. Así, por ejemplo, CTh. XVI. 5. 44, fechada en 408: “have, donate, karissime nobis. donatistarum haereticorum iudaeorum nova adque inusitata detexit audacia, quod catholicae fidei velint sacramenta turbare. quae pestis cave contagione latius emanet ac profluat. in eos igitur, qui aliquid, quod sit catholicae sectae contrarium adversumque, temptaverint, supplicium iustae animadversionis expromi praecipimus”.

⁵⁴ San Agustín, Ep. 133 y 139. Con relación a esta relación epistolar, ver: Moreau, M. “Le dossier Marcellinus dans la correspondance de saint Augustin”, *Recherches Augustiniennes*, IX, 1973, pp. 5-181.

⁵⁵ San Agustín, Ep. 134. Respecto al ejercicio por Apringio del oficio de gobernador proconsular de Africa, recientemente SHAW, B. D. “Augustine and Men of Imperial Power”, *Journal of Late Antiquity*, 8. 1, 2015, p. 38, ha puesto de relieve que éste debió ser durante un período muy breve de tiempo, entre mediados del verano del año 411 y finales del otoño de ese mismo año 411.

⁵⁶ San Agustín, Ep. 133. 1.

"Postremo pro Ecclesiae utilitate missus es. Hoc Ecclesiae catholicae, aut, ut modum dispensationis meae non supergredi videar, hoc Ecclesiae ad Hipponensium Reginum dioecesim pertinenti prodesse, hoc expedire contestor. Si non audis amicum petentem, audi episcopum consulentem. Quamvis quoniam christiano loquor, maxime in tali causa, non arroganter dixerim, audire te episcopum convenit iubentem, domine eximie et merito insignis, atque carissime fili"⁵⁷.

Por su parte, en la carta que dirige a Apringio se manifiesta en términos muy similares:

"cur non flectas in partem providentioem, lenioemque sententiam, quod licet iudicibus facere etiam non in causis Ecclesiae? Time ergo nobiscum iudicium Dei Patris, et commenda mansuetudinem matris: cum enim tu facis, Ecclesia facit, propter quam facis, et cuius filius facis. [...] Illi impio ferro fuderunt sanguinem Christianum: tu ab eorum sanguine etiam iuridicum gladium cohibe propter Christum. Illi ministro Ecclesiae occiso extorserunt spatium vivendi: tu inimicis Ecclesiae viventibus relaxa spatium poenitendi. Talem te oportet esse in causa Ecclesiae iudicem christianum, petentibus, monentibus, intercedentibus nobis. Solent homines quando cum inimicis eorum convictis lenius agitur, a mitiore sententia provocare: sed inimicos nostros ita diligimus, ut nisi de tua christiana obedientia praesumamus, a tua severa sententia provocemus. Deus omnipotens Excellentiam tuam auctioem felicitoemque conservet, domine insignis et merito sublimis, ac praestantissime fili"⁵⁸.

Mientras que, en una carta posterior, dirigida nuevamente a Marcelino, se manifiesta en este mismo sentido, pero añadiendo como argumento que la aplicación de la pena de muerte a los donatistas podría conllevar que pasaran a ser considerados como mártires, algo no conveniente, como ya evidenció el propio emperador en un suceso acaecido años antes:

"Poena sane illorum, quamvis de tantis sceleribus confessorum, rogo te ut praeter supplicium mortis sit, et propter conscientiam nostram, et propter catholicam mansuetudinem commendandam. [...] Si autem nec litteris meis ad hoc consenserit, hoc saltem praestet ut in custodiam recipiantur, atque hoc de clementia Imperatorum impetrare curabimus, ne passiones servorum Dei, quae debent esse in Ecclesia gloriosae, inimicorum sanguine dehonorentur. Scio enim in causa clericorum Anaunensium, qui occisi a Gentilibus, nunc martyres honorantur, Imperatorem rogatum facile concessisse ne illi qui eos occiderant et capti iam tenebantur, poena simili punirentur"⁵⁹.

⁵⁷ San Agustín, Ep. 133. 3.

⁵⁸ San Agustín, Ep. 134. 4.

⁵⁹ San Agustín, Ep. 139. 2.

5. Por último, hemos de hacer mención al intercambio epistolar que hacia los años 413-414 Agustín mantuvo con Macedonio⁶⁰, quien según parece ser fue por esa época Vicario de África⁶¹, recogido en las cartas 152, 153, 154 y 155, conteniéndose en la primera de ellas la consulta dirigida por el citado Macedonio a Agustín sobre cuál era el verdadero fundamento, y si éste afectaba a la religión, del continuo uso que los eclesiásticos hacían de la intercesión ante las autoridades públicas⁶²:

„Officium sacerdotii vestri esse dicitis intervenire pro reis, et nisi obtineatis, offendi, quasi quod erat officii vestri minime reportetis. Hic ego vehementer ambigo utrum istud ex religione descendat. Nam si a Domino peccata adeo prohibentur, ut ne poenitendi quidem copia post primam tribuatur; quemadmodum nos possumus ex religione contendere ut nobis qualecumque illud crimen fuerit, dimittatur? quod utique, cum impunitum volumus, probamus. [...]

ut mores nostri sunt, et sceleris poenam cupiunt homines sibi relaxari, et id propter quod scelus admissum est, possidere. Pro his quoque interveniendum putat sacerdotium vestrum, de quibus adeo futuri nulla spes est, ut etiam in praesenti eadem criminis ratio perseveret. [...]. Ob haec igitur consulo prudentiam tuam, et me hoc ambigo quo laboro, absolvi desidero: nec ob aliam causam consultum te putes.”⁶³.

Ante esta consulta, Agustín no dudó en responder rápidamente, justificando su actuación y la de otros obispos en protección y tutela de determinados individuos en la compasión cristiana que ha de dirigir el comportamiento de todo ciudadano:

“Nullo modo ergo culpas quas corrigi volumus, approbamus, nec quod perperam committitur, ideo volumus impunitum esse, quia placet; sed hominem miserantes, facinus autem seu flagitium detestantes, quanto

⁶⁰ Sobre las relaciones entre Agustín y Macedonio, puede consultarse: RAIKAS, K. K. “The State Juridical Dimensions of the Office of a Bishop and the Letter 153 of St. Augustine to Vicarius Afrique Macedonius”, *Vescovi e pastori in epoca teodosiana, in occasione del XVI centenario della consacrazione episcopale di s. Agostino, 396-1996*, vol. 1, Roma, 1997 pp. 683-694; MOREAU, M. “Le magistrat et l'évêque. Pour une lecture de la correspondance Macedonius-Augustin”, *Recherches et Travaux. Université de Grenoble*, 54, 1998, pp. 105-117; KAUFMAN, P. I. “Augustine, Macedonius, and the Courts”, *Augustinian Studies*, XXXIV, 2003, pp. 67-82.

⁶¹ Ver Posidio, *Vita Sancti Augustini* 20.

⁶² Como ya indicó REBILLARD, E. op. cit., p. 144, Macedonio no termina de encontrar la lógica a este nuevo intento de justificación religiosa de la intercesión llevada a cabo por los obispos: “Macedonius se monterait ainsi moins convaincu par l'argumentation religieuse d'Augustin en faveur de l'intercession épiscopale que par les bonnes manières de l'ancien professeur de rhétorique qui sait adopter le langage des gens de bien et donc, reconnu comme un des leurs, obtenir ce qui fait partie du traditionnel jeu de l'amicitia des membres de l'élite sociale. En d'autres termes, en dépit des efforts d'Augustin pour fonder une nouvelle amicitia sur une foi commune, cet exemple suggère que ses partenaires sociaux le renvoient parfois à l'amicitia traditionnelle des gens de bien”.

⁶³ San Agustín, Ep. 152. 2-3.

magis nobis displicet vitium, tanto minus volumus in emendatum interire vitiosum. [...] Morum porro corrigendorum nullus alius quam in hac vita locus est; nam post hanc, quisque id habebit quod in hac sibimet conquisierit. Ideo compellimur humani generis caritate intervenire pro reis, ne istam vitam sic finiant per supplicium, ut ea finita non possint finire supplicium.”⁶⁴

Añadiendo, al mismo tiempo, que es consciente que en ocasiones esa defensa que se llevaba a cabo por eclesiásticos en favor de algunos acusados o condenados por el poder civil podía tener efectos perniciosos en la propia sociedad, pero que ello no puede ser óbice para tratar de dar cumplimiento a la caridad cristiana:

“Sic etiam cum intercedimus pro peccatore damnando, sequuntur aliquando quae nolumus; sive in ipso qui nostra intercessione liberatur, ut vel immanius impunita grassetur audacia, subdita cupiditati, ingrata lenitati, atque unus morti ereptus plurimos necet; vel ipso per beneficium nostrum in melius commutato, moribusque correcto, alius male vivendo pereat, sibique huius impunitate proposita, talia vel graviora committat. Non, ut opinor, haec mala imputanda sunt nobis, cum intercedimus vobis: sed potius illa bona quae, cum id facimus, intuemur et volumus; id est commendatio mansuetudinis ad conciliandam dilectionem verbo veritatis, et ut qui liberantur a temporali morte, sic vivant, ne in aeternam, unde numquam liberentur, incurrant”⁶⁵.

Por último, debe ser destacado que el propio Agustín, en esta misma carta, no cuestiona en modo alguno la legislación vigente y su recta aplicación, pues considera que es precisamente esta ordenación de las cosas humanas la única que puede permitir la vida en sociedad de modo seguro:

“Nec ideo sane frustra instituta sunt potestas regis, ius gladii cognitoris, ungulae carnificis, arma militis, disciplina dominantis, severitas etiam boni patris. Habent ista omnia modos suos, causas, rationes, utilitates. Haec cum timentur, et coercentur mali, et quietius inter malos vivunt boni: non quia boni pronuntiandi sunt qui talia metuendo non peccant, non enim bonus est quisquam timore poenae, sed amore iustitiae; verumtamen non inutiliter etiam metu legum humana coercentur audacia, ut et tuta sit inter improbos innocentia, et in ipsis improbis dum formidato supplicio frenatur facultas, invocato Deo sanetur voluntas. Sed huic ordinationi rerum humanarum contrariae non sunt intercessiones episcoporum; imo vero nec causa, nec locus intercedendi ullus esset, si ista non essent. Tanto enim sunt intercedentium et parcentium beneficia gratiora, quanto peccantium iustiora supplicia”⁶⁶.

⁶⁴ San Agustín, Ep. 153. 1. 3.

⁶⁵ San Agustín, Ep. 153. 6. 18.

⁶⁶ San Agustín, Ep. 153. 6. 16.

6. A modo de conclusión, puede afirmarse que como evidencia este último grupo de cartas, el fenómeno de la intercesión por parte de los obispos ante las autoridades civiles en procesos competencia de estos últimos debió ser muy habitual en época postclásica una vez que el cristianismo había devenido en religión oficial del Imperio.

Igualmente, ha resultado claro que Agustín, en cuanto uno de los más destacados y conocidos miembros de la Iglesia católica del Norte de África, en ningún momento, eludió su intervención como intercesor o mediador en numerosos casos, si bien en la mayor parte de los mismos lo hizo en apoyo de los intereses propios de su propia comunidad religiosa, esto es, cuando los intereses de ésta se veían afectados, como evidencia perfectamente el conjunto de cartas referentes a su intercesión a favor de Favencio, pues había sido precisamente la dignidad de la Iglesia de Hipona, y en consecuencia, del propio obispo, la que se había visto afectada como consecuencia de la detención del mismo cuando se encontraba acogido al asilo que le había sido otorgado por la misma; otro tanto, podemos afirmar que sucede en las cartas dirigidas a Marcelino solicitando que no se aplique la pena capital a los donatistas contumaces tras el edicto de supresión del donatismo, pues aquí la insistencia en que no se aplique la pena capital ni tormentos especialmente duros, puede verse como un intento de atraerse la benevolencia hacia la iglesia católica de aquel sector de la población que con anterioridad había militado en el citado partido donatista.

Finalmente, ha de ser puesto de relieve que los argumentos empleados por Agustín en estos casos suelen siempre responder a un mismo esquema: la apelación a la pietas cristiana de su interlocutor y su autoridad como obispo frente al magistrado cristiano, si bien esto no impide que en algunos casos evidencia un conocimiento bastante detallado del ordenamiento jurídico vigente, como sucede en el caso del propio Favencio en cuanto se habían vulnerado varios preceptos legales en materia de detención de un ciudadano romano.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ANTIGÜEDAD Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO ACTUAL: ANTÍGONA

Juan Alfredo Obarrio ¹,
Universidad de Valencia

Resumen: El presente estudio pretende plantear una cuestión inquietante, que, por antigua, no deja de estar presente en buena parte de la doctrina jurídica: ¿puede el Derecho renunciar a la fuerza –o al miedo– para ordenar las conductas?, o si se prefiere: ¿puede un Estado utilizar el Derecho para realizar prácticas de control que vayan más allá de lo razonable? La respuesta la hallamos en la Antigüedad, en concreto, en el enfrentamiento que mantuvieron Creonte y Antígona. Un enfrentamiento que no es personal, sino conceptual. Creonte se alza como defensor de la ley del Estado. Antígona como defensora de una ley más antigua y eterna, la de los dioses, una la ley que salvaguarda las conciencias de los individuos, y que está por encima de toda ley.

Palabras clave: Antigüedad, Ley positiva, Ley Natural, Poder

HE RIGHT TO INTIMACY IN ANTIQUITY AND ITS PROJECTION IN THE CURRENT LAW: ANTIGON

Juan Alfredo Obarrio ·
University of Valencia

Abstract: The present study intends to raise a disturbing question, which, as an old one, is still present in a good part of the legal doctrine: can the Law renounce force – or fear – to order behaviours?, or is preferred: can a State use the law to carry out control practices that go beyond what is reasonable? We found the answer in Antiquity, specifically, in the confrontation that Creon and Antigone maintained. A confrontation that is not personal, but conceptual. Creon stands up as a defender of state law. Antigone as defender of a more ancient and eternal law, that of the gods, a law that safeguards the consciences of individuals, and that is above all law.

Keywords: Antiquity, Positive Law, Natural Law, Power

¹ E-mail: Juan.Obarrio@uv.es

Introducción²

Sirva este artículo de emotivo homenaje a un Maestro, de quien bien pudiera decir lo que afirmara Nietzsche: “cuando encontré a mi maestro Schopenhauer, fueron la lealtad, la sinceridad y la constancia lo que más me impactó de mi maestro y lo que se produjo en mí fue un reconocimiento”³. Una realidad que recordaría Dionisio Ridruejo años más tarde, cuando, al hablar de Ortega, sostuvo: “Tenemos por maestro a quien ha remediado nuestra ignorancia con su saber, a quien ha formado nuestro gusto o despertado nuestro juicio, a quien nos ha introducido en nuestra propia vida intelectual, a quien –en suma– debemos todo, parte o algo de nuestra formación y de nuestra información; a quien ha sido mayor que nosotros y ha hecho de su superioridad ejemplaridad; a alguien de quien nos hemos nutrido y sin cuyo alimento u operación no seríamos quien somos. Alguien, en fin, cuya obra somos en alguna medida”⁴. No reconocerlo sería un acto de ingratitud al que no estamos dispuesto a incurrir.

1. La Gorgona del Poder

En su obra *S/Z*, Roland Barthes señala que la escritura literaria obliga al lector a no ser un mero consumidor del texto, sino a ser un ente creativo, un ser capaz de evaluar el laberinto de contenidos que la obra ofrece: “Porque lo que está en juego en el trabajo literario (en la literatura como trabajo) es hacer del lector no ya un consumidor, sino un productor” capaz de desentrañar el tejido de códigos que se desarrollan en el relato⁵. En este sentido, dirá Barthes, “Interpretar un texto no es darle un sentido, (más o menos fundado, más o menos libre), sino por el contrario apreciar el plural de que está hecho”⁶, una pluralidad de ideas y de discursos que hacen que el texto no concluya nunca, que continúe siempre, porque con cada nueva lectura se origina otro texto,

² El presente artículo se encuadra dentro del Proyecto I+D - Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia. Subprograma estatal de generación de conocimiento: “La mujer en la Literatura y Jurisprudencia clásicas” (DER2016-78378-P).

³ Friedrich Nietzsche, *Consideraciones intempestivas*, Madrid, 2015, p. 32.

⁴ Miguel Ángel Zabalza, “Ser profesor universitario hoy”, *La cuestión universitaria*, 5 (2009), p. 69.

⁵ Roland Barthes, *S/Z*, México, 1992, pp. 1-2.

⁶ Roland Barthes, *S/Z*, ob. cit., p. 3.

otra escritura: el del autor y el del lector. Por esta razón afirma: “la unidad del texto no está en su origen, sino en su destino [...] sabemos que para devolverle su porvenir a la escritura hay que darle la vuelta al mito: el nacimiento del lector se paga con la muerte del Autor”⁷.

En análogo sentido se expresa Eco, quien afirma que “Un texto quiere ser una experiencia de transformación para su lector”. Por esta razón busca a un lector que sea cómplice de su Literatura⁸, de su forma de ver la realidad y la Historia, para hacer de él “el lector modelo que había soñado”; un lector al que le exige un esfuerzo de comprensión lectora: la que va más allá de una lectura acomodaticia⁹. No es una exigencia insustancial, muy al contrario, es, en palabras de Gadamer, el camino que hay que recorrer si queremos que un texto que deje de ser un ser “extraño y muerto” para convertirse “en un ser absolutamente familiar y coetáneo”¹⁰.

A esta hermenéutica nos encaminamos. Y lo hacemos, no por el mero placer de acercarnos a unos textos que han configurado, en buena parte, nuestra forma de pensar o de vivir, sino porque nos sentimos movidos por una inquietante pregunta: ¿puede el Derecho servir de cortapisa para sojuzgar las conciencias, los derechos y las vidas de los individuos?¹¹ Y si es así, si el Derecho solo es la argamasa donde se asienta un Estado-Poder que adormece, aliena, somete y oprime, ¿cabe entender que estamos ante la negación del Derecho?

Estas preguntas plantean una cuestión que, por antigua, no deja de estar presente en buena parte de la doctrina jurídica: ¿puede el Derecho renunciar a la fuerza –o al miedo– para ordenar las conductas?¹², o si se prefiere: ¿puede un Estado utilizar el Derecho para realizar prácticas de control que vayan más allá de lo razonable? Si afirmamos que puede hacerlo, estaremos entrando en el tenebroso laberinto de lo que Foucault denominó anatomopolítica y biopolítica, términos con los que viene a significar un cambio drástico en la forma en que se ostenta el poder: del poder soberano, a un biopoder que no busca solo la disciplina física, sino el control y la regulación absoluta de la vida misma, o lo que es lo mismo: la no vida, aquella que solo subsiste:

⁷ Roland Barthes, “La muerte del autor”, *El susurro del lenguaje: más allá de la palabra escrita*, Barcelona: 1987, p. 71,

⁸ Umberto Eco, *Apostillas a El nombre de la Rosa*, Barcelona, 1985, p. 21: “Cuando la obra está terminada, se establece un diálogo entre el texto y sus lectores (del que está excluido el autor). Mientras la obra se está haciendo, el diálogo es doble. Está el diálogo entre ese texto y todos los otros textos escritos antes (sólo se hacen libros sobre otros libros y en torno a otros libros), y está el diálogo entre el autor y su lector modelo”.

⁹ Umberto Eco, *Los límites de la interpretación*, Barcelona, 1992, pp. 16-37.

¹⁰ Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método I*, Salamanca, 1987, pp. 216-217.

¹¹ Michel Foucault, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, 2004, p. 172, para quien existen dos modelos de poder: “El que nos propone el derecho (el poder como ley, prohibición, institución) y el modelo guerrero o estratégico en términos de relación de fuerzas”.

¹² Karl Olivecrona, *El derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959, pp. 113-116.

"Más acá, por lo tanto, de ese gran poder absoluto, dramático, sombrío que era el poder de la soberanía, y que consistía en poder hacer morir, he aquí que, con la tecnología del biopoder, la tecnología del poder sobre la población como tal, sobre el hombre como ser viviente, aparece ahora un poder continuo, sabio, que es el poder de hacer vivir. La soberanía hacía morir y dejaba vivir. Y resulta que ahora aparece un poder que yo llamaría de regularización y que consiste, al contrario, en hacer vivir y dejar morir. [...]"

Tenemos, por lo tanto, dos series: la serie cuerpo-organismo-disciplina-instituciones; y la serie población-procesos biológicos-mecanismos regularizadores-Estado. Un conjunto orgánico institucional: la de la institución, por decirlo así, y, por otro lado, un conjunto biológico y estatal: la biorregulación por el Estado"¹³.

Cuando esta realidad se impone, la estructura político-jurídica, como señala Giorgio Agamben, se resquebraja silenciosa e irremediadamente, hasta el punto de que los ciudadanos no advierten -por desidia o por desconocimiento- que los derechos y los principios jurídicos que sustentan la democracia se resienten ante el poder omnímodo de un Estado que se asienta en máquinas binarias "de sobrecodificación"¹⁴:

"Y es significativo que una transformación similar del orden constitucional que hoy se da en medida diversa en todas las democracias occidentales, si bien es percibida perfectamente por juristas y políticos, permanezca totalmente inobservada por parte de los ciudadanos. Precisamente en el momento en que pretende dar lecciones de democracia a culturas y tradiciones diferentes, la cultura política de Occidente no se da cuenta de que ha perdido por completo el canon"¹⁵.

Un ejemplo paradigmático y, a la vez, extremo de esta situación, sería el campo de concentración, porque en él no hay lugar para la Ley, para la Justicia. En él, la violencia física y moral son la única norma, y el silencio, el único pacto social al que tienen derecho los reclusos. Cuando esta situación se origina, el lenguaje, la interrelación, no tiene arraigo, porque la palabra, como el Derecho, únicamente tiene cabida en la medida en la que la nuda vida la tiene en la polis¹⁶. Una reflexión que nos hace comprender que si el estado de excepción se vuelve recurrente, ya no estamos ante una anacronía o una distopía, sino ante una realidad en la que ya no es posible diferenciar entre la norma y la excepción, entre el Derecho y su violación, porque toda la sociedad se ha visto sometida "sin fisuras al poder"¹⁷, a un Estado-Poder que impide

¹³ Michel Foucault, *Defender la Sociedad*, Buenos Aires, 2001, p. 223.

¹⁴ Guilles Deleuze y Claire Parnet, *Diálogos*, Valencia, 1980, pp. 6, 156, 160: "El poder del Estado no se basa en una máquina de guerra, sino en el ejército de las máquinas binarias que nos atraviesan y de la máquina abstracta que nos sobrecodifica: toda una 'policía'".

¹⁵ Giorgio Agamben, *Estado de Excepción*, Buenos Aires, 2005, p. 51.

¹⁶ Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, 2006, pp. 17-18.

¹⁷ Reyes Mate, *Medianoche en la historia: Comentarios a las tesis de Walter Benjamin "So-*

dibujar esa fractura “limpia y nítida” que se origina entre “los oprimidos y los opresores, entre los verdugos y las víctimas”¹⁸. Y en ese instante, como diría Agamben, “todos somos virtualmente homines sacri”, hombres a los que se les puede ejecutar sin cometer ningún crimen; una impunidad que deviene cuando el hombre se haya excluido de toda condición jurídica, lo que permite su ejecución, una ejecución en la que no se requiere proceso, ni sentencia. No obstante, los puristas dirán, no sin razón, que únicamente se necesita un requisito previo: que la soberanía se asiente en el estado de excepción, el que conduce a la delación y al olvido de las garantías y derechos fundamentales¹⁹:

“La contigüidad entre democracia de masa y Estados totalitarios no tiene, sin embargo, la forma de una transformación imprevista: antes de emerger impetuosamente a la luz de nuestro siglo, el río de la biopolítica, que arrastra consigo la vida del homo sacer, discurre de forma subterránea pero continua. Es como si, a partir de cierto punto, cualquier acontecimiento político decisivo siempre una doble faz: los espacios, las libertades y los derechos que los individuos conquistan en su conflicto con los poderes centrales preparan en cada ocasión, simultáneamente, una tácita pero creciente inscripción de su vida en el orden estatal, ofreciendo así un nuevo y más temible asiento al poder soberano del que querían liberarse²⁰.”

Afortunadamente, en la actualidad, la tolerancia es admitida sin reserva alguna. La intolerancia, en cambio, siempre lo estuvo. Esta realidad nos lleva a reconocer -no sin tuviera tristeza- que, a lo largo de la Historia, el Derecho ha servido -y aún sirve- para legitimar a un Poder que tiende, con sus acciones, a delimitar o a condicionar la vida y las conciencias de los individuos. Lo recuerda Kelsen, cuando afirmaba: “El problema del Derecho natural es el eterno problema de lo que está tras el Derecho positivo. Y quien busca una respuesta no encuentra -me temo- ni la verdad absoluta de una metafísica ni la justicia absoluta de un Derecho natural: quien alza el velo y no cierra los ojos queda engeguecido por la Gorgona del Poder”²¹.

Si nos paramos a pensar, comprenderemos que Kelsen entendió que la realidad jurídica no se libraba en el campo de la lógica, sino en un campo mucho más oscuro: el del Poder. Su profundo conocimiento del Derecho le llevó a descubrir que lo que subyacía, efectiva y físicamente, en la Ley Positiva no era otra cosa que un terrible y gigantesco monstruo, la Gorgona del Poder, o el Poder de la Gorgona, un poder que, al introducirse por los entresijos del sistema, contamina, ofusca y petrifica toda virtud, hasta convertir su pensamiento en ley, y su palabra en verdad, en la única verdad. Es la verdad de los

bre el concepto de historia”, Madrid, 2011, p. 148.

¹⁸ Reyes Mate, *Medianoche en la historia*, ob. cit., p. 12.

¹⁹ Giorgio Agamben, *Homo sacer I*, ob. cit., p. 107: “en el caso del homo sacer se pone sencillamente fuera de la jurisdicción humana”.

²⁰ Giorgio Agamben, *Homo sacer I*, ob. cit., p. 154.

²¹ Patricia Cuenca Gómez, “La relación entre el derecho y el poder en la teoría pura del derecho de H. Kelsen”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 13 (2010), p. 289.

Creontes que la Historia ha engendrado. Es la verdad de todo totalitarismo, porque: "La política totalitaria no reemplaza un grupo de leyes por otro, no establece su propio consensus iuris, no crea, mediante una revolución, una nueva forma de legalidad. Su desafío a todo, incluso a sus propias leyes positivas, implica que cree que puede imponerse sin ningún consensus iuris y que, sin embargo, no se resigna al estado tiránico de ilegalidad, de arbitrariedad y de temor. Puede imponerse sin el consensus iuris, porque promete liberar a la realización de la ley de toda acción y voluntad humana; y promete la justicia en la Tierra porque promete hacer de la humanidad misma la encarnación de la ley"²².

Frente a él, como dijera Ihering, no basta con "que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad"²³.

Esta realidad no nos ha de llevar a deslegitimar o a negar la virtualidad del Poder, porque este es tan inevitable como necesario. Muy al contrario, únicamente se pretende señalar que existen dos opciones, dos caminos a recorrer: el que marca el poder de las normas o el poder que trasciende a toda Ley, a toda norma. Quien transite por esta segunda vía, pronto sabrá que el Poder es la norma, y la norma, como el ciudadano, es "el súbdito" abnegado y silencioso, la voluntad domada de la que se sirve el Poder para extender sus tentáculos, los mismos que impidieron al joven campesino entrar a conocer una Ley que estaba custodiada por fieros guardianes que intimidaban hasta la abnegación más cruenta (Ante la ley)²⁴.

En torno a esta cuestión se pronuncia, con su habitual lucidez, Hannah Arendt, quien sostiene:

²² Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, 2001, p. 562.

²³ Rudolf Ihering, *La lucha por el Derecho*, Madrid, 1985, p. 101.

²⁴ Faustino Martínez, "Unrecht. Out of law", *Ambiente Jurídico*, 11 (2009), p. 184: "Derecho y violencia parecen ser dos caras de la misma moneda. El enfrentamiento entre ambas es inmediato y el primero intenta meter en vereda a la segunda, situarla en unas coordenadas concretas, de las cuales no puede salir aquélla. La lucha por el derecho, como quería Ihering en su clásico trabajo, es una lucha para determinar el triunfo del primero o de la segunda. Si vence el derecho, vence el orden, la estabilidad de cara al futuro; si vence la segunda, aparece en toda su plenitud la arbitrariedad, el desorden, la discrecionalidad llevada a sus máximos extremos, la ausencia de previsión, lo actual frente a lo futuro, porque finalmente todo queda supeditado a la voluntad caprichosa de quien acaba por ser propietario titular de la violencia legítima y legal, a pesar de que no pueda ser calificada como tal porque su comportamiento le hace perder esos adjetivos calificativos. Ésa es la pugna nuclear del pensamiento jurídico. ¿Quién vence ese debate? ¿Quién triunfa? ¿El derecho o el poder? Con el primero tendremos el orden; con el segundo, lo arbitrario. Con el primero, la protección; con el segundo, la indefensión. Con el derecho sabemos lo que esperamos; con el poder bruto, ni sabemos, ni podemos esperar nada, porque todo es posible en la mente del que dirige los hilos y mecanismos de ese ciego poder. Nada lo puede frenar. El poder es protagonista del derecho y, al mismo tiempo, es protagonista de la vida del hombre, sin que su reflejo literario sea una excepción".

"Mucha gente opina que no se puede luchar contra el totalitarismo sin comprenderlo. Afortunadamente, esto no es cierto; si lo fuese, nuestro caso no tendría esperanza. La comprensión, diferenciada de la información correcta y del conocimiento científico, es un proceso complicado que nunca produce resultados inequívocos. Es una actividad sin final, en constante cambio y variación, por medio de la cual aceptamos la realidad y nos reconciliamos con ella, esto es, intentamos sentirnos a gusto en el mundo. [...] No podemos aplazar nuestra lucha contra el totalitarismo hasta que lo hayamos 'entendido', porque no lo haremos, y no podemos esperar comprenderlo definitivamente, hasta que no haya sido definitivamente vencido. La comprensión de los asuntos políticos e históricos, en cuanto que éstos son tan profunda y fundamentalmente humanos, tiene algo en común con la comprensión de las personas: sólo conocemos quién es esencialmente alguien tras su muerte [...] La manera más obvia de huir de este razonamiento es equiparar el gobierno totalitario con alguno de los bien conocidos males del pasado, tales como la agresión, la tiranía o la conspiración. Parece que aquí estamos pisando terreno firme, ya que junto con esos males creemos que hemos heredado la sabiduría del pasado para guiarnos a través de ellos [...] Comprender la naturaleza del totalitarismo -que sólo puede comprenderse después de haber analizado y descrito sus orígenes y sus estructuras- es, por tanto, casi idéntico con la comprensión del verdadero corazón de nuestro siglo"²⁵.

Con esta reflexión inicia Hannah Arendt su estudio titulado *De la historia a la acción*. A juicio de la filósofa alemana, el totalitarismo constituye una ruptura con todas nuestras tradiciones y criterios morales, así como con nuestro pensamiento político. Una quiebra que nace porque el totalitarismo, en cualquiera de sus facetas y ámbitos, designa "el ansia de poder, el deseo de dominar, el terror, y lo que se denomina una estructura monolítica del Estado"²⁶. Un ansia de poder y de control que señala una historia que tiene muchos inicios, pero ningún final.

A descubrir sus elementos y sus orígenes, a analizar sus estructuras y su naturaleza está llamado el historiador, quien debe "detectar esta novedad inesperada en todo período histórico [...] y resaltar todo el poder de su significado"²⁷. A esa tarea está llamado el historiador, y no solo el historiador,

²⁵ Hannah Arendt, *De la historia a la acción*, Barcelona, 1995, pp. 2-5. Una cuestión que ya planteara John Stuart Mill, *De la libertad*, Barcelona, 2013, p. 9, quien, al inicio de su introducción, nos dice: "Este ensayo no trata de la llamada libertad de la voluntad, que con tan poco acierto suele oponerse a la mal titulada doctrina de la necesidad filosófica, sino que se ocupa de la libertad civil o social: la naturaleza y los límites del poder que la sociedad puede ejercer legítimamente sobre el individuo. Una cuestión rara vez planteada y, en términos generales, apenas discutida, pero cuya presencia latente tiene una influencia medular en los debates cotidianos de nuestra época y sin duda pronto será reconocida como la cuestión vital del futuro".

²⁶ Hannah Arendt, *De la historia a la acción*, ob. cit., p. 11.

²⁷ Hannah Arendt, *De la historia a la acción*, ob. cit., p. 26.

estamos llamados todos los que sentimos que, bajo la máscara del horror, del fanatismo y de la tiranía se halla la faz de "un monstruo" que está al acecho, de un viejo leviatán que nos quiere dominar, que nos quiere someter, que nos quiere devorar. Tarea asequible, porque nosotros, la sociedad civil, somos víctimas propiciatorias. Víctimas del miedo: del miedo a la pureza histórica, lingüística, biológica e ideológica. Y a ese miedo se acoge el fanatismo para extender ese terrible e implacable mecanismo de la sinrazón, del que se sirve para destruir al individuo, y así legitimar la jerarquización de unos principios que exigen sacrificio, disciplina y obediencia. Muros de la vergüenza que se alzan para destruir el mundo y sus valores, para vaciar al hombre y sojuzgar su conciencia. Solo el Poder -y quien lo ostenta- es el principio y fin de toda verdad. Nosotros, los espíritus críticos, somos sus víctimas²⁸. Nosotros, los hombres libres, somos víctimas con heridas abiertas, por donde se infiltra el dolor y la amenaza permanente de unos ejecutores sin escrúpulos²⁹, o de una sociedad adormecida y sin conciencia como fue la Alemania de Eichmann:

"La conciencia de Eichmann quedó tranquilizada cuando vio el celo y el entusiasmo que 'la buena sociedad' ponía en reaccionar tal como él reaccionaba. No tuvo Eichmann ninguna necesidad de 'cerrar sus oídos a la voz de la conciencia', tal como se dijo en el juicio, no, no tuvo tal necesidad debido, no a que no tuviera conciencia, sino a que la conciencia hablaba con voz respetable, con la voz de la respetable sociedad que le rodeaba"³⁰.

Sin duda, esta es "la lección de la terrible banalidad del mal, ante la que las palabras y el pensamiento se sienten impotentes"³¹; de un mal que hace que sea la humanidad quien se siente en el banquillo de los acusados, de un mal que ha deshumanizado a los hombres hasta convertirlos en "simples ruedecillas de la maquinaria administrativa"³², en hombres que sintieron que el perdón o la piedad constituían un sentimiento monstruoso, una cruel enfermedad:

"Estaba enfermo de piedad [...] Esto es la piedad [...] Debe de haber algo terrible malo en un mundo -pensó-, donde ese sentimiento monstruoso se llama virtud"³³.

²⁸ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, 2003, p. 262: "Pero los estados totalitarios se limitan a hacer desaparecer a sus enemigos en el silencio del anonimato".

²⁹ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, ob. cit., p. 157: "Las cosas eran tal como eran, así era la nueva ley común, basada en las órdenes del Führer; cualquier cosa que Eichmann hiciera la hacía, al menos así lo creía, en su condición de ciudadano fiel cumplidor de la ley. Tal como dijo una y otra vez a la policía y al tribunal, él cumplía con su deber; no solo obedecía órdenes, sino que también obedecía la ley".

³⁰ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, ob. cit., p. 148: "El hecho de que no hubiera voces procedentes del exterior que despertaran su conciencia fue uno de los argumentos esgrimidos por Eichmann".

³¹ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, ob. cit., p. 284

³² Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, ob. cit., pp. 317 y 321.

³³ Ayn Rand, *El manantial*, Barcelona, 1975, p. 653.

Ante esta maquinaria del terror, Hannah Arendt nos recuerda que solo "Los pocos individuos que todavía sabían distinguir el bien del mal se guiaban solamente mediante su buen juicio, libremente ejercido, sin la ayuda de normas que pudieran aplicarse a los distintos casos particulares con que se enfrentaban. Tenían que decidir en cada ocasión de acuerdo con las específicas circunstancias del momento, porque ante los hechos sin precedentes no había normas"³⁴. Son esos hombres que saben, con Ayn Rand, que "detener la conciencia es detener la vida"³⁵, y la vida se paraliza cuando se vacía el alma de un hombre hasta convertirlo en un colectivo, en una masa informe y grisácea, sin perspectiva ni futuro alguno³⁶.

En esa infinita soledad vive el individuo que se sabe vulnerable frente al Estado-Poder. Una soledad que, paradójicamente, no está exenta de cierta complicidad por buena parte de la sociedad. Lo recuerda Derrida cuando afirma: "La fascinación admirativa ejercida en el pueblo por la 'figura del 'gran' criminal' se explica así: no es alguien que ha cometido tal o cual crimen por quien se experimentaría una secreta admiración; es alguien que, al desafiar la ley, pone al desnudo la violencia del orden jurídico mismo"; de un orden jurídico que es utilizado por el Estado, no para la salvaguardia de los derechos y de las haciendas, sino para protegerse a sí mismo mediante el uso de la Ley y de la violencia; de una violencia que niega al individuo, pero que se arroga hasta el punto de que quien no la reconoce queda fuera del Sistema, de la Ley. De ahí que se pueda entender "la fascinación que ejerce en Francia un abogado como Jacques Verges, que defiende las causas más difíciles, las más insostenibles a los ojos de la mayoría, practicando lo que llama la 'estrategia de la ruptura', es decir, la discusión radical del orden establecido de la ley, de la autoridad judicial, y finalmente de la legítima autoridad del Estado que hace comparecer a sus clientes ante la ley"³⁷. Es la fascinación de una sociedad que observa cómo el Derecho se constituye para sostener una violencia sin fundamento alguno, al que el Estado no pone freno, muy al contrario, la legitima, y al hacerlo, deslegitima su poder y el del Derecho, lo que da paso a una crisis de legalidad y de legitimidad.

En torno a esta cuestión, Derrida se hace eco de una reflexión que realiza Pascal en torno al fundamento de la ley:

³⁴ Hannah Arendt, Eichmann en Jerusalén, ob. cit., pp. 326-327.

³⁵ Ayn Rand, El manantial, Barcelona, 1975, p. 682.

³⁶ Por esta razón, Albert Camus, Moral y política, Madrid, 1984, p. 16, sostendrá que el futuro se construirá: "no con el poder sino por la justicia; no por la política sino por la moral; no por la dominación de su país, sino por su grandeza", de ahí que entienda que la tarea de este siglo "es edificar la justicia en el más justo de los mundos y salvar la libertad de esas almas destinadas a la servidumbre desde el principio" (p. 28).

³⁷ Jacques Derrida, "Fuerza de ley: el "fundamento místico de la autoridad", Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 11 (1999), p. 161.

"[...] uno dice que la esencia de la justicia es la voluntad del legislador, otro, que es la conveniencia del soberano; otro dice que es la costumbre presente; y es seguro que se trata de lo último: nada, siguiendo la sola razón, es justo por sí mismo; todo se desmorona con el tiempo. La costumbre realiza la equidad por el mero hecho de ser recibida; es el fundamento místico de su autoridad. El que remonta a su principio, la aniquila"³⁸.

¿Cuál es su fundamento? La aceptación plena de la sociedad. Quien, como leemos en *Ante la ley*, impide su conocimiento, su universalidad, la aniquila, porque la Ley no ha nacido para quedar guarnecida en oscuros y tenebrosos muros. Su autoridad descansa, no en el miedo, ni en la violencia, sino en el crédito y en el respeto que se le tiene; porque esta no se promulga para crear seres marginados, seres desolados a los que, como el campesino, se les excluye de la Ley, porque la Ley, el Derecho, ha dejado de tener un componente de moralidad, de justicia, para convertirse en fiel guardián del Poder, al que sirve y reguarnece. Por esta razón, Derrida se pregunta:

"¿Cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo, haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni legal ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta?"³⁹.

Como se desprende de la lectura de Derrida, ni la legalidad, ni la justicia, ni la legitimidad constituyen criterios válidos para juzgar la violencia legítima. El propio Derrida reconoce que admitir que la fuerza ejercida por el Derecho es legítima porque deviene de una autoridad legítimamente constituida constituye una tautología sin salida. La historia del decadente siglo XX, con su vis absoluta, así lo confirma.

2. Creonte versus Antígona:

La Ley de la ciudad frente a las leyes antiguas de los dioses

Al leer los primeros diálogos de *Antígona* nos asalta una duda, un dilema desde el ámbito del Derecho Público: ¿es Creonte un tirano ególatra o es un genuino representante del Estado-ciudad?⁴⁰ Para dar una respuesta a este interrogante, se debe acudir al diálogo del segundo episodio de *Antígona*.

El desafío al que nos enfrenta el diálogo entre Creonte y Antígona, recogido en el segundo episodio, vv. 440-580, es considerable. Por esta razón tenemos que intentar comprender el texto haciendo frente a las exigencias a las que nos somete la escritura de Sófocles. Unas exigencias que nos llevan a leerlo con pausa y paciencia, sin apriorismos ni determinismos. Pero, sobre todo, debemos leerlo intentando hallar los elementos fundamentales que configuran la disputa multiseccular sobre la justicia, la ley, la moral y la conciencia, una reflexión que subyace en el origen de la Filosofía, de un

³⁸ Jacques Derrida, *Fuerza de ley*, ob. cit., p. 137.

³⁹ Jacques Derrida, *Fuerza de ley*, ob. cit., p. 132.

⁴⁰ Francisco Rodríguez Adrados, "Religión y política en la *Antígona* de Sófocles", *Democracia y literatura en la Atenas clásica*, Madrid, 1997, p. 188.

saber socrático en el que encontramos los elementos necesarios para poner en duda la legitimidad de las premisas sobre las que descansa la declamada victoria de la ciencia moderna y del historicismo más radical⁴¹.

En su obra *Derecho natural e historia*, Leo Strauss inicia su capítulo tercero con esta sugerente reflexión: "Para comprender el problema del derecho natural, no se debe empezar por la comprensión 'científica' de las cosas políticas sino por su comprensión 'natural', es decir, por la manera en que estas se presentan en la vida política, en la acción, cuando son asunto nuestro, cuando tenemos que tomar decisiones", de esta forma, apunta Strauss, el Derecho natural se presenta "como un problema inevitable", ya que "La conciencia de este problema no es más antigua que la ciencia política, sino que le es coetánea"⁴². Una concepción que le lleva a sostener que "La filosofía no puede emerger, o la naturaleza no puede ser descubierta, mientras la autoridad en tanto tal no sea puesta en duda, o mientras todo postulado general de quienquiera que sea se acepte a base de confianza. La emergencia de la idea de derecho natural presupone, por ende, la duda respecto de la autoridad"⁴³. Esta posibilidad de poner en cuestión la autoridad civil no sólo nos devuelve al contencioso entre los Antiguos y Modernos⁴⁴, sino al conflicto entre la ley y la conciencia, entre el hombre que aparece como medida de la verdad y el respeto a las creencias ancestrales, a los dioses y a la moral; a una moral que no se resigna, con Antígona, a resguardarse bajo el prudente manto de la ley; a una moral que busca alojarse en una Justicia que trasciende de los límites de la ciudad, para afirmar la equivalencia entre la ley con la naturaleza, lo justo con lo legal, la verdad con la prudencia⁴⁵.

Esta dualidad de legalidades, de concepciones de la vida y de la comunidad son expuestas con claridad en el denso diálogo-enfrentamiento entre Creonte y Antígona, en un interrogatorio en donde se dan cita disyuntivas jurídico-morales como legalidad e ilegalidad, culpa y castigo, ley y moral, libertad y opresión, díke y nómos⁴⁶, disyuntivas que han trascendido a la tragedia y al tiempo en que fueron escritos, hasta formar parte de nuestro acervo cultural y jurídico⁴⁷.

⁴¹ Leo Strauss, *Derecho natural e historia*, Buenos Aires, 2014, pp. 78-90: "Es forzoso sospechar que el historicismo es el ropaje con el que el dogmatismo prefiere aparecer en nuestro tiempo".

⁴² Leo Strauss, *Derecho natural e historia*, ob. cit., p. 133.

⁴³ Leo Strauss, *Derecho natural e historia*, ob. cit., p. 136.

⁴⁴ Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1983, p. 28: "El griego se enorgullece de someterse a un orden, no a un hombre, a diferencia de lo que ocurre con los bárbaros persas", lo que facilita que se pueda cuestionar sus decretos.

⁴⁵ Leo Strauss, *Derecho natural e historia*, ob. cit., p. 193.

⁴⁶ Conrado Eggers Lan, "En torno al origen de la noción de la ley en Grecia", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 6, (1986), p. 42: "Con Antígona estamos, pues, en presencia del testimonio probablemente más antiguo de un enfrentamiento explícito entre el derecho natural y el derecho positivo".

⁴⁷ Lucas Soares, *Anaximandro y la tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de*

Dejemos que los textos literarios nos acerquen a la concepción que, del Derecho, de la moral y de la vida se tiene en “esa grandiosa disputa”⁴⁸ que sostienen Creonte y Antígona:

CREONTE. “[...] Y tú dime sin extenderte, sino brevemente, ¿sabías que había sido decretado por un edicto que no se podía hacer esto?

ANTÍGONA. Lo sabía. ¿Cómo no iba a saberlo? Era manifiesto.

CREONTE. ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

ANTÍGONA. No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno.

Sabía que iba a morir, ¿cómo no?, aun cuando tú no lo hubieras hecho pregonar. Y si muero antes de tiempo, yo lo llamo ganancia. Porque quien, como yo, viva entre desgracias sin cuento, ¿cómo no va a obtener provecho al morir? Así, a mí no me supone pesar alcanzar este destino. Por el contrario, si hubiera consentido que el cadáver del que ha nacido de mi madre estuviera insepulto, entonces sí sentiría pesar. Ahora, en cambio, no me aflijo. Y si te parezco estar haciendo locuras, puede ser que ante un loco me vea culpable de una locura” -vv. 445- 470.

ANTÍGONA. “¿Qué derecho de los dioses he transgredido? ¿Por qué tengo yo, desventurada, que dirigir mi mirada ya hacia los dioses? ¿A quién de los aliados me es posible apelar? Porque con mi piedad he adquirido fama de impía. Pues bien, si esto es lo que está bien entre los dioses, después de sufrir, reconoceré que estoy equivocada. Pero si son éstos los que están errados, ¡que no padezcan sufrimientos peores que los que ellos me infligen injustamente a mí!” -vv. 920- 928-.

Al comentar el cántico que constituye el primer estásimo de Antígona, Lesky señala que “Grande y poderoso, pero también terrible e inquietante es el hombre que quiere subordinar la naturaleza en todos sus dominios a su voluntad y está dispuesto a las mayores osadías para conseguirlo. Pero lo decisivo es siempre que reconozca lo absoluto que los dioses han colocado por encima de él o se arrastre a la destrucción y consigo arrastre a la comunidad por despreciar el orden entero”⁴⁹. Así lo entienden ambos personajes.

La legitimidad de Creonte no se puede poner en duda, ni en su ámbito político ni en el legislativo. Él representa la nueva concepción de la sociedad, la nueva Tebas. Su intención es alejarla de la maldición de los Labdácidas, y para ello necesita recurrir a la ley, a su ley, a un decreto que no ampare la maldición de una vieja familia, ni a un enemigo de la ciudad, para crear así un nuevo orden, una nueva ciudad. Por esta razón, su decreto, como observa

Sófocles, Buenos Aires, 2002, pp. 61-66.

⁴⁸ Albin Lesky, Historia de la literatura griega, Madrid, 1985, p. 308.

⁴⁹ Albin Lesky, Historia de la literatura griega, ob. cit., p. 309.

Reinhardt, "se convierte en la piedra angular de sus convicciones políticas"⁵⁰. Corifeo lo expresa con claridad:

"Eso has decidido hacer, hijo de Meneceo, con respecto al que fue hostil y al que fue favorable a esta ciudad. A ti te es posible valerte de todo tipo de leyes, tanto respecto a los muertos como a cuantos estamos vivos" -vv. 211-214-.

Corifeo lo sabe, e incluso recrimina a la piadosa Antígona que se enfrente al poder, porque una cosa es ser piadosa, y otra dejarse llevar por la pasión y el desatino: "Ser piadoso es una cierta forma de respeto, pero de ninguna manera se puede transgredir la autoridad de quien regenta el poder. Y, en tu caso, una pasión impulsiva te ha perdido" -vv. 872-875-.

Frente a esta legitimidad, "las leyes no escritas de Antígona tienen un valor más universal y son conocidas por todos. Parecen tener por función el oponer, a la relatividad de las leyes humanas, algo inquebrantable"⁵¹. En efecto, Antígona no reconoce haber infringido ninguna ley -nomos-, ni ninguna justicia -díke-, porque para ella la única ley y la única justicia es la que proviene de los dioses, ya sea de Zeus o de los dioses infernales; de ahí que al no haber violado "las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses" -"Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre" -, no ha podido infringir la voluntad de Zeus, ni de los dioses infernales, porque ellos no han mandado publicar el decreto de Creonte. Por esta razón se pregunta: "¿Qué derecho de los dioses he transgredido?". Y se lo pregunta porque Antígona, como Sócrates⁵², sabe que nada se hace "fuera de la ley", ni "despreciando las leyes de esta tierra"⁵³. Pero la ley y la justicia a la que ella se acoge no es, como advierten Vernant y Vidal-Naquet, el nomos y la díke de Creonte, sino las leyes no escritas de los dioses, de ahí que "Lo que muestra la tragedia es una díke en lucha contra otra díke, un derecho aún no fijo, que se desplaza y se transforma en su contrario", de tal forma que "a la díke (justicia) de los muertos se opone la díke celestial"⁵⁴. Unas leyes no escritas que aspiran a una justicia que superaría las reglas impuestas por el legislador, por un nuevo monarca que acaba de acceder al poder y que se ha atrevido a dictar un decreto que contraviene el sentir de justicia de las leyes divinas⁵⁵, las "leyes de los dioses" -Ajax, vv. 1130 y 134 -, las "antiguas leyes de Zeus" -Edipo en Colono, v. 1383- o las leyes que moran en las alturas, como canta el coro en Edipo Rey:

⁵⁰ Karl Reinhardt, Sófocles, Madrid, 2010, p. 85.

⁵¹ Jacqueline de Romilly, La ley en la Grecia clásica, Buenos Aires, 2004, p. 29.

⁵² Platón, Apología de Sócrates, Granada, 1989, 19a: "Lo mío es obedecer la ley y abogar por mi causa".

⁵³ Sófocles, Edipo en Colono, Barcelona, 2005, v. 914.

⁵⁴ Jean-Pierre Vernant, y Pierre Vidal-Naquet, Mito y tragedia en la Grecia antigua, Barcelona, 2002, pp. 18 y 35.

⁵⁵ Jacqueline de Romilly, La ley en la Grecia clásica, ob. cit. p. 27 y ss.

“¡Ojalá el destino me asistiera para cuidar de la venerable pureza de todas las palabras y acciones cuyas leyes son sublimes, nacidas en el celeste firmamento, de las que Olimpo es el único padre y ninguna naturaleza mortal de los hombres engendró ni nunca el olvido las hará reposar! Poderosa es la divinidad que en ellas hay y no envejece”
-vv. 863-871-

Antígona sabe que actúa en virtud de unas leyes divinas, eternas, que están imbuidas de un sentido moral que le llevan a respetar el amor a su familia y el cadáver insepulto de su hermano; de aquellas “leyes no escritas -que- conllevan por sanción una vergüenza indiscutida”, como leemos en la oración fúnebre dedicada a Pericles; leyes que escapan del dominio de la política y del poder, porque son leyes que viven en la memoria de sus antepasados y en la conciencia de quienes les suceden, como costumbres no escritas, como una ley natural que podía corregir, completar y anticipar el contenido de una ley civil o de un decreto. A esas leyes se acoge Antígona. Y se acoge porque sabe que “los hombres privados de perspectivas comenzaron a no respetar nada, ni divino, ni humano. Es así como fueron trastornadas todas las costumbres observadas antaño para las sepulturas” -II 52, 3. 4-. Lo sabe, como lo sabrá Creonte, quien al final de la obra reconoce que desea “cumplir las leyes establecidas por los dioses mientras dure la vida”. Tarde reconoce que son “leyes establecidas”, leyes prescritas por los dioses, leyes de obligado cumplimiento para Antígona y para el rey Creonte. Leyes que hacen que el orden de lo real, de la vida cotidiana, esté entretejido por el confluir de las leyes ancestrales y de las leyes cívicas, un orden en armonía, un orden sin posible disociación. Unas leyes que, como leemos en la Antígona de Gambaro, le llevarán a exclamar: “¡No! aún quiero enterrar a Polinices. ‘Siempre’ querré enterrar a Polinices. Aunque nazca mil veces y él muera mil veces”⁵⁶. Ésta es su “gloriosa fama”, como ella misma reconoce -v. 503-, una fama que le impide enojarse por honrar a los que salieron del mismo seno materno -v. 511-.

En un primer momento, ese deseo de cumplir con un deber sagrado le lleva a no sentir pena por el devenir de su vida, porque, como Sócrates⁵⁷, una vida sin virtud no merece ser vivida -“Y si muero antes de tiempo, yo lo llamo ganancia”-. Éste es el carácter indomable de la hija de Edipo, de una joven que “no sabe ceder ante las desgracias”, como reconoce el propio Corifeo -vv. 471-474-; de un carácter del que Creonte desconfía y reniega, porque para él, en buena lógica jurídica, atentar contra la ley de la ciudad es un acto temerario de desobediencia, un delito que no puede ser ocultado ni amparado en virtud

⁵⁶ Griselda Gambaro, *Antígona furiosa*, Teatro 3, Buenos Aires, 1989, p. 217. Asimismo, en p. 202: “Antígona: Polinices, seré césped y piedra. No te tocarán los perros ni las aves de rapiña. (Con un gesto maternal) Limpiaré tu cuerpo, te peinaré. (Lo hace) Lloraré, Polinices [...] Lloraré [...] ¡Malditos! Ceremonia, escarba la tierra con las uñas, arroja polvo seco sobre el cadáver, se extiende sobre él. Se incorpora y golpea, rítmicamente, una contra otra, dos grandes piedras, cuyo sonido marca una danza fúnebre”.

⁵⁷ Platón, *Apología de Sócrates*, 28d: “Prefiero morir aquí mismo, después de haber castigado al asesino, que seguir vivo, objeto de burlas y desprecio, siendo carga inútil de la tierra, arrastrándome junto a las naves cóncavas”.

de otras leyes ajenas a la ciudad, al Derecho que él sustenta y promulga. Él es la ley, y sobre su Decreto no cabe otra ley, otra regla, otra costumbre. Y quien atenta contra ella no puede disipar su culpa enmascarándola con otras leyes de dudosa vigencia:

CREONTE. "Sí, pero sábetes que las voluntades en exceso obstinadas son las que primero caen, y que es el más fuerte hierro, templado al fuego y muy duro, el que más veces podrás ver que se rompe y se hace añicos. Sé que los caballos indómitos se vuelven dóciles con un pequeño freno. No es lícito tener orgullosos pensamientos a quien es esclavo de los que le rodean. Ésta conocía perfectamente que entonces estaba obrando con insolencia, al transgredir las leyes establecidas, y aquí, después de haberlo hecho, da muestras de una segunda insolencia: ufanarse de ello y burlarse, una vez que ya lo ha llevado a efecto. Pero verdaderamente en esta situación no sería yo el hombre -ella lo sería-, si este triunfo hubiera de quedar impune. Así, sea hija de mi hermana, sea más de mi propia sangre que todos los que están conmigo bajo la protección de Zeus del Hogar, ella y su hermana no se librarán del destino supremo. Inculpo a aquélla de haber tenido parte igual en este enterramiento. Llamadla. Acabo de verla adentro fuera de sí y no dueña de su mente. Suele ser sorprendido antes el espíritu traidor de los que han maquinado en la oscuridad algo que no está bien. Sin embargo, yo, al menos, detesto que, cuando uno es cogido en fechorías, quiera después hermosearlas" -vv. 474-496-.

Como recuerda Antígona, esta es la verdad y la fuerza de los tiranos: "En efecto, a la tiranía le va bien en otras muchas cosas, y sobre todo le es posible obrar y decir lo que quiere" -vv. 505-507-. Una verdad que Creonte se niega a aceptar -"Tú eres la única de los Cadmeos que piensa tal cosa" v. 508-, pero que Antígona le recuerda que es el sentir de un pueblo atezado por el miedo a su poder y a su represalia -"Éstos también lo ven, pero cierran la boca ante ti" v. 509-. Ante estas duras palabras, Creonte le recuerda que su decreto no es arbitrario, como ella parece dar a entender, sino que obedece a la lógica de honrar a quien enaltece y guarda a la ciudad, para deshonrar a quien la agrede. Pero Antígona le recuerda una doble verdad: la primera, que Polinices no era un siervo, sino su hermano; la segunda, que el "Hades, sin embargo, desea leyes iguales" -vv. 515-519-.

A tenor del contenido de este diálogo, Reinhardt señala: "Como si se tratara de reducir a un adversario igual en fuerza, el soberano se rodea de las imágenes de su mundo [...] sin sospechar el reflejo de su propio ser en ellas. Su propia estrechez le empuja, prisionero de sus propios votos, a estar atado a su propio edicto. Para autoafirmarse, Creonte necesita que la rebelión quede humillada, reducida a las dimensiones de su propio mundo, castigada con los medios que tiene a su alcance. Aquí no se contraponen su justicia a otra justicia, ni su idea a otra idea, sino lo divino, como aquello que todo lo envuelve y con lo que la muchacha se sabe en armonía, frente a lo humano que, en su limitación, en su ceguera, se finge, se da caza y se falsea a sí mismo"⁵⁸. Y es esa

⁵⁸ Karl Reinhardt, Sófocles, ob. cit., pp. 16-17.

armonía lo que le lleva a proclamar que no ha nacido para el odio, sino para el amor, el amor a sus dioses y a su familia, a sus tradiciones y a sus deberes. Unos deberes que Ismene quiere hacer suyos por primera vez: "**¡Hermana, no me prives del derecho a morir contigo y de honrar debidamente al muerto!**" -v. 454-, un derecho que su hermana le niega, con dureza, porque entiende que tardíamente ha actuado de palabra, dejándola sola cuando más la necesitaba -"Yo no amo a uno de los míos, si sólo de palabra ama" -v. 544-.

Creonte no puede ni aceptar, ni menos aún comprender, estos principios y estas creencias, porque si consideramos la utilización que hace de los términos éticos, como advierte Nussbaum, "descubriremos que los ha transformado, alejándolos de su uso ordinario y aplicándolos a personas y a cosas en virtud de su relación con el bienestar de la ciudad, el cual él mismo ha establecido como único bien intrínseco". Y los ha deformado hasta el punto de que llega a "sustituir los lazos de la sangre por los vínculos de la amistad civil", de tal forma que para Creonte "no podrán surgir conflictos entre familia y ciudad si la ciudad es la familia, si nuestra única familia es la ciudad". Y al concebir que la ciudad lo es todo, tanto la vida pública como la privada, "Polinices pierde toda relación con la familia de Creonte, salvo la enemistad". En consecuencia, como acertadamente argumenta nuestra autora, "Para Creonte, los filósofos hacen en el servicio de la ciudad", razón por la que "no reconoce vínculo alguno que él mismo no haya elegido", de ahí que quienes no busquen el bien civil, el bien de la ciudad, son sus enemigos, a los que no hay que dar sepultura, a los que no hay que enterrar porque son como "plagas de víboras" que intentan derrumbar su trono -vv. 530-535⁵⁹-. Por esta razón afirma que la inhumación del cadáver de Polinices es un acto impío -v. 516-, porque los dioses no pueden honrar a quien ultraja y deshonra a la ciudad. Una deshonra que cae sobre Antígona al incumplir el decreto, porque, "quien, habiendo transgredido las leyes, las rechaza o piensa dar órdenes a los que tienen el poder, no es posible que alcance mi aprobación", ya que "Al que la ciudad designa se le debe obedecer en lo pequeño, en lo justo y en lo contrario", lo contrario a la obediencia es el mal mayor: la anarquía -vv. 660-671-, un mal que está dispuesto a cortar de raíz:

"La llevaré allí donde la huella de los hombres esté ausente y la ocultaré viva en una pétrea caverna, ofreciéndole el alimento justo, para que sirva de expiación sin que la ciudad entera quede contaminada. Así, si suplica a Hades **-único de los dioses a quien venera-**, alcanzará el no morir, o se dará cuenta, por lo menos en ese momento, que es trabajo inútil ser respetuoso con los asuntos del Hades" -vv. 775-780-.

¡Nada más aterrador que el hombre!, nos recuerda el Coro -v. 332- en clara premonición a la sentencia que lleva a Antígona a una muerte en vida. Nada más aterrador que el hombre que tiene la llave del poder, y que no va a tolerar que se viole su poder, y menos por una mujer. Terrible es su condena. Y terrible la soledad en que se halla la joven heroína, quien "desciende al Hades viva y por su propia voluntad" -v. 823-. Y en ese lento caminar a su "lecho nup-

⁵⁹ Martha C. Nussbaum, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Madrid, 1995, pp. 96-109.

cial”, el Coro no sólo se apiada de ella, sino que siente, como parte del pueblo, el dolor por un decreto injusto que todos desean desobedecer, pero que sólo la joven hija de Edipo ha sido capaz de rechazar, y no por soberbia, sino para reivindicar, como leemos en la Antígona de Zambrano, “la misma ley, la ley siempre nueva, siempre reveladora, la ley sepultada que ha de ser resucitada por obra de alguien humanamente sin culpa. Es la ley dejada atrás, caída en el olvido, sepultada a veces [...] La ley en que el destino se configura y, por ello mismo, se rescata”⁶⁰. Y al escuchar su dolor, al hacerlo suyo, se siente inclinado a desobedecer el decreto de Creonte y a llorar por esa vida sin tiempo que es Antígona, porque, como escribe M. Yourcenar: “Sólo Antígona, víctima por derecho divino, ha recibido como patrimonio la obligación de perecer y ese privilegio puede explicar el odio que se le tiene”⁶¹:

“También yo ahora me veo impelido a alejarme ya de las leyes al ver esto, y ya no puedo retener los torrentes de lágrimas cuando veo que aquí llega Antígona para dirigirse al lecho, que debía ser nupcial, donde todos duermen” -vv. 800-805-.

Sólo el Coro y Hemón la lloran. Lloran su triste final, que será el de Hemón. Muertes propiciadas por Creonte, quien, con su *hybris*, traerá la ruina de su familia y el dolor a Tebas. Nos lo recuerda la reflexión final de Corifeo: “No hay que cometer impiedades con relación a los dioses” -v. 1350-.

Consumada la tragedia, aún resuenan, lapidarios, los lamentos de un Coro que une los extremos de la vida y la muerte, los del hombre con la divinidad⁶²:

¡Felices aquellos cuya vida no ha probado las desgracias! Porque, para quienes su casa ha sido estremecida por los dioses, ningún infortunio deja de venir sobre toda la raza, del mismo modo que las olas marinas, cuando se lanzan sobre el abismo submarino impulsadas por los desfavorables vientos tracios, arrastran fango desde el fondo del negro mar, y resuenan los acantilados azotados por el viento con el ruido que producen al ser golpeados.

Veo que desde antiguo las desgracias de la casa de los Labdácidas se precipitan sobre las desgracias de los que han muerto, y ninguna generación libera a la raza, sino que alguna deidad las aniquila y no les deja tregua. Ahora se había difundido una luz en el palacio de Edipo sobre las últimas ramificaciones. Pero de nuevo el polvo sangriento de los dioses infernales lo siega, la necesidad de las palabras y la Venganza de una resolución.

[...] Para lo que sucede ahora y lo que suceda en el futuro, lo mismo que para lo que sucedió anteriormente, esta ley prevalecerá: nada extraordinario llega a la vida de los mortales separado de la desgracia” -vv. 581-614-.

⁶⁰ María Zambrano, *La tumba de Antígona y otros textos sobre el personaje trágico*, Madrid, 2013, p. 163.

⁶¹ Marguerite Yourcenar, *“Antígona o la elección”*, Fuegos, Madrid, 1983, p. 54.

⁶² Cecil Maurice Bowra, *Historia de la literatura griega*, México-Buenos Aires, 1948, p. 76.

De esta forma, como concluye Bowra, "En esta tragedia, donde chocan la ley divina y la ley humana [...] Sófocles ha comenzado a comprender que la esencia de la tragedia está en un conflicto y en una pérdida, y aunque el saber que el sufrimiento es merecido sirve de alivio en cierto modo, el choque trágico no puede anularse"⁶³. Una ausencia de templanza y de mesura con la que concluye la Antígona de Pemán:

CREONTE: "¡Ay, soledad del mar cuando se pierde de vista las orillas! [...] ¡Desastrada soledad infinita del tirano que ha perdido de vista la templanza!"⁶⁴.

Una *hybris*, una desmesura que hará de Creonte una sombra, un ser errante que se irá desvaneciendo, poco a poco, "hasta ser impalpable, por muerte, por ausencia, por cambio de costumbre". Un ser sin alma y sin vida, como recuerda James Joyce en su obra *Ulises*⁶⁵. Su culpa: anteponer la Ley del Estado a la conciencia de los hombres. Una culpa que, para Gerald F. Else, no es meramente intelectual, sino moral; por esta razón "Antígona vive y vive en la dedicación única a sus leyes. La autoproclamada devoción de Creon al Estado es un fraude"⁶⁶, porque ni fue lo suficientemente inteligente, ni lo suficientemente valiente como para establecer un verdadero rumbo para la ciudad y mantenerla". Y no puede hacerlo porque siempre tomó "una línea arbitraria y artificial"⁶⁷.

Este, y no otro, es el pecado del tirano. Esta, y no otra, es la oscura faz de la Gorgona del Poder. La memoria de Antígona y Creonte permite que no lo olvidemos.

⁶³ Cecil Maurice Bowra, *Historia de la literatura griega*, ob. cit., pp. 75-76.

⁶⁴ José María Pemán, *Antígona y Electra*, Madrid, 1952, Act. III, p. 60.

⁶⁵ James Joyce, *Ulises*, Barcelona, 1976, p. 212: "¿Qué es un fantasma? –dijo Stephen con vibrante energía–. Uno que se ha desvanecido en impalpabilidad a través de la muerte, a través de la ausencia, a través de un cambio de modos".

⁶⁶ Gerald F. Else, *The Madness of Antigone*, Heidelberg, 1976, pp. 97-98. Por esta razón no duda en afirmar que la culpa de Creonte no está en sus convicciones, sino en hacer prevalecer a la ciudad por encima de las leyes de los dioses.

⁶⁷ Gerald F. Else, *The Madness of Antigone*, ob. cit., pp. 95-96.

REFLEXIONES ACERCA DE LA MÁXIMA "CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR"

María Etelvina de las Casas León¹,
Universidad de La Laguna

Resumen: El Derecho romano forma parte de la tradición y del espíritu europeo. Constituye la fuente y el origen principal de máximas, reglas, principios y axiomas jurídicos que se aplican como consideración Derecho vigente. Al ser el Derecho romano un derecho casuístico, los juristas no elaboraron conceptos jurídicos abstractos y mucho menos generales. Buscaban la solución al caso concreto siguiendo el criterio de la utilitas. Concretamente, en lo que se refiere a la persona que va a nacer, el concebido, los romanos mantuvieron una inquietud constante, preocupándose por la protección de su vida, derechos y bienes. La tutela de estos intereses dio origen a la máxima "Conceptus pro iam nato habetur" (el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables"); máxima que parece tener su origen en la jurisprudencia clásica, fue posteriormente formulado en el derecho justiniano y que ha llegado a nuestro Código civil (art. 29). A lo largo de la historia, esta máxima ha sido muy discutida, pero en la actualidad nos encontramos ante una dificultad añadida: el nasciturus extracorporis. Por esta razón planteamos la protección dada por los juristas romanos al nasciturus así como la situación jurídica actual del nasciturus extracorporis y los medios de protección que le otorga nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Regulae iuris, conceptus pro iam nato habetur, spes, conceptus, nasciturus extracorporis

¹ Dra. en Derecho. Profesora Contratada Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, ecasas@ull.edu.es

REFLECTIONS ON THE MAXIM "CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR"

María Etelvina de las Casas León,
University La Laguna of Tenerife

Abstract: Roman law is part of the European tradition and spirit. It constitutes the source and main origin of maxims, rules, principles and legal axioms that are applied as a consideration of current law. Since Roman law is a casuistic law, jurists did not elaborate abstract and much less general legal concepts. They looked for the solution to the concrete case following the criterion of the utilitas. Specifically, with regard to the person to be born, the conceived one, the roman maintained a continuing concern, worrying for its protection, as for its life, rights and goods. The protection of these interests gave rise to the maxim "Conceptus pro iam nato habetur". Maxim that seems to have this origin in classical jurisprudence was later formulated in Justinian's law and has come to our Civil Code. This is why we raise the protection given by the Roman jurists to the nasciturus as well as the juridical current situation of the nasciturus extracorporis and the means of protection that grants our juridical classification to him.

Keywords: Regulae Iuris, Conceptus Pro iam Nato Habetur, Spes, Conceptus, Nasciturus Extracorporis

1. Protección del nasciturus y la máxima “pro iam nato habetur”

Cuando recibimos noticias sobre los avances de la tecnología, lo natural es congratularnos y esperar que continúen. Por supuesto, una vez adaptados al fenómeno del progreso tecnológico, ya no miramos al pasado en busca de respuestas o de algo mejor. Somos plenamente conscientes que la tecnología va unida al futuro.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el Derecho. Por un lado, siempre irá rezagado en relación a las nuevas tecnologías: hasta que éstas no provocan conflictos a la sociedad, el Derecho no proporcionará respuestas a los mismos. Respuestas que, en algunos casos, ni siquiera satisfacen a la sociedad. Cuesta entender que el Derecho no puede avanzar huyendo de su pasado, ni siquiera con los cambios sociales, tecnológicos, científicos, culturales, políticos [...] que se han venido dando a lo largo de la historia. El propio Savigny, con la Escuela Histórica, se planteó si era posible comprender el presente de una situación desconectado de su génesis, por lo que recurrió, tal y como señala Miquel², al concepto de evolución orgánica. Pero, como ya sabemos, esta idea chocó con las exigencias de la dogmática, puesto que el Derecho según se acerca a la vida, se aleja cada vez más de su realidad histórica; de ahí que el propio Savigny fuera también el fundador de la jurisprudencia conceptual. Los pandectistas alemanes, como señala Fernández de Buján³, “formulan sus principios abstractos y concepto generales, procediendo a la sistematización de las reglas, aforismos, por una parte y, de las respuestas y soluciones, por otra, dadas por la jurisprudencia romana a las cuestiones y problemas específicos que le son planteados en el marco de la profusa casuística recogida en los textos del Digesto”.

Los ordenamientos jurídicos no pueden desterrar el Derecho Romano, sus raíces. Los juristas han de adaptarse a esos cambios y acercarse lo más posible a las nuevas realidades y necesidades, pero sin olvidar sus orígenes. El desarrollo legislativo ha de realizarse dentro del propio sistema de fuentes, así como de métodos, de conceptos, reglas y argumentos, lo que llamaríamos “tradición”. Es indiscutible que el Derecho, a diferencia de la tecnología, está unido al pasado.

En D.50, 17, 1, se dice que “la regla es la que expone brevemente la cosa, tal y como es”. Las reglas nacen de la observación de soluciones ya impuestas por el derecho establecido, dadas por los juristas ante consultas previamente

² Miquel, J., Derecho romano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 96.

³ Fernández de Buján, A., Derecho romano, Ed. Thomson, 2018, pág. 118 y ss.

planteadas; de ahí la afirmación de que “la regla se hace con arreglo al derecho existente”.

Los romanos eran reacios a toda idea de abstracción y por ello no propiciaban la formulación de reglas y definiciones. Simplemente se trataban de instrumentos de aplicación a la solución de cuestiones singulares y controvertidas, apoyándose en otros problemas ya resueltos.

Un ejemplo de ello lo hallamos en una de estas máximas o aforismos, derivados de los brocardos que plantean una cuestión que, si bien ya era debatida en el propio Derecho Romano, actualmente, debido a la evolución de la ciencia, aporta una serie de problemas impensables hace menos de 10 años: la situación de la persona antes de nacer, lo que conocemos por *nasciturus* o *conceptus*, y la situación actual del concebido extracorpóreo (*nasciturus extracorporis*)⁴. ¿En qué momento entendieron los romanos que el concebido debería ser protegido? ¿Qué razones los llevaron a salvaguardarlo? ¿Nos encontramos ante situaciones análogas?

La protección del *nasciturus* abarca distintos campos, ya sea la personalidad jurídica, el *status familiae* (que implicaría el sometimiento o no a la patria potestad del pater), posición del *nasciturus* ante disposiciones *mortis causa*, las donaciones realizadas a su favor⁵, los beneficios a la madre embarazada [...]⁶ Existen opiniones diversas en relación a la formulación del principio “*conceptus pro iam nato habetur*”⁷, empezando por si dicho principio está o no formulado en el Derecho clásico. Lo cierto es que esta máxima nace de la mano de los comentaristas medievales en base a textos de juristas romanos,

⁴ Rabinovich-Berkman, R., *Derecho Romano*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, págs. 252 y ss, explica el origen de la palabra *nasciturus*, entendiendo por la misma, no “quien va a nacer”, sino quien “puede hacerlo”. Sin embargo, entendemos que todo cigoto puede nacer, siempre que se desarrolle en las condiciones óptimas para ello.

⁵ Rodríguez de Palma V. M., “El Derecho Civil protector del ser humano”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 36, nº 4, 1983, pág. 1367, cita el art. 627 del Cc: “Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento”. En su opinión este precepto pretende evitar, entre otros efectos, la revocación por un cambio de voluntad del donante, de forma que perjudicara al *nasciturus*.

⁶ Gómez-Iglesias, Á., “*Nasciturus*, el status jurídico del concebido”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano IX-X*, Fundación Seminario de Derecho romano “Ursicino Álvarez”, Madrid, 1997-1998, pág. 282.

⁷ Fumagalli, M. B., “*Spes vitae*” en *SDHI*, XLIX, 1983, pág. 339, explica que durante años se han dado opiniones discrepantes acerca del brocardo “*conceptus pro iam nato habetur*”. Tal y como se ha venido aclarando, el principio no se encuentra directamente en el derecho romano, ni siquiera durante la etapa justiniana. La autora opina que deriva de los bizantinos que tomaron como base, textos del Derecho romano, como, por ejemplo, Gayo, 1, 147, D. 1, 5, 7, D. 1, 5, 26 ó D. 38, 16, 231. Tanto Gayo, Celso, Paulo como Juliano se ocupan de la posición del concebido y aprecian que es necesario otorgarle protección por parte del ordenamiento jurídico; pero únicamente, con el nacimiento, da lugar a la persona con capacidad jurídica.

como forma de la tutela de los intereses del nasciturus⁸. Si bien la regla no está recogida literalmente en el Digesto, sí que encontramos suficientes fragmentos para llegar a ella. En Gayo 1, 147 ya figura su esencia: “Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos enim etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit”⁹.

En lo que se refiere a la terminología, las fuentes jurídicas no ofrecen una homogeneidad en la utilización de la misma. Así, para referirse al nasciturus, podemos hallar expresiones como *qui in utero est* (D.1, 5, 7; D.1, 5, 26; D.50, 16, 161 y D.22, 15 y 19), *venter* o *uterus* (D.37, 9; D.25, 5, 1; D.25, 6, 1; D.37, 9, 13; D.26, 5, 20, pr.; D.27, 10, 8; D.30, 62 y 121; D.40, 4, 13; D.42, 5, 24.; D.50, 4, 1, 4 y C. 6, 20, 2.), *conceptus* (D.38, 13, 7 y D.38, 16, 1, 8), *qui nasci speratur* (D.50, 16, 231), *nondum nati* (D.37, 9, 1 y D.35, 2, 9, 1.), *homo fieri speratur* (D.7, 4, 14.) ya en época justiniana. Llamen la atención otros términos que dan a entender que existe una “esperanza de vida”, como pueden ser *spes vitae* (D.37, 9, 1, pr. y D.37, 9, 1, 8), *spem nascendi* (D.38, 16, 1; D.1, 5, 7 y D.37, 9, 1), *spem animantis* (D.11, 8, 2)¹⁰.

El derecho romano no ha dado una definición exacta del término nasciturus o conceptus, al igual que tampoco ha elaborado una teoría general sobre la capacidad jurídica o de obrar, por ejemplo. No obstante, sí que fue aportando soluciones a cada uno de los problemas que se iban planteando, como corresponde a un derecho casuístico¹¹. Posteriormente, Glosadores y Comentaristas construyeron, de incisos sacados de la obra justiniana, principios generales, máximas o aforismos.

El primer grupo de textos a destacar serían los de Ulpiano y Papiniano: Ulpiano D.25, 4, 1, 1: “el parto, antes de que se dé a luz es parte de la mujer o de

⁸ Fernández de Buján, A., op. cit. pág. 146.

⁹ Gayo 1, 147: “Así como en otros muchos casos, los póstumos se tienen ya por nacidos, así también en este caso se admite que en el testamento se puedan dar tutores a los póstumos, lo mismo que a los ya nacidos, siempre que, en caso de nacer en vida nuestra, hayan de entrar bajo nuestra potestad. A éstos incluso los podemos instituir herederos, pero no, en cambio a los póstumos extraños”. La expresión “ut si vivis nobis nascantur” la podríamos poner en relación con el art. 9. 2 de la LTRHA, que hace referencia a que la fecundación ha de ser hecha antes del fallecimiento del marido y que, en caso contrario, éste ha de haber prestado su consentimiento expreso conforme dispone la ley.

¹⁰ Polo Arévalo, E. M^a., “Origen y significado del principio “conceptus pro iam natu habetur” en Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico español y en el vigente Código Civil” en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña, 2007, 11, págs. 719 y ss.

¹¹ Bartosêk, M., “Sulla concezione “naturalistica” e Materialistica dei giuristi classici”, en Studi in Memoria di Emilio Albertario, vol 2, GiuffrèEditore, 1953, pág. 513, indica que “Il significato giuridico fondamentale dell’ espressione natura era quello di mondo esteriore, di essere materiale, compresi i rapporti social. I giuristi classecine a) deducono la soluzione di casi concreti, b) costruiscono istituti giuridici; c) creano massime giuridiche generali”.

sus entrañas [...]”¹²; Papiniano D.35, 2, 9, 1 “el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre”¹³. Tal y como señala Pautasso¹⁴ de estos textos podríamos concluir que “el nasciturus es totalmente incapaz”.

Con todo, si consultamos Paulo D.1, 5, 7 y Juliano D.1, 5, 26 llegaríamos a un resultado contrario: “El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero” (in rebus humanis esset)¹⁵; “Los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a éstos se restituyen también las herencias legítimas y si una mujer embarazada hubiere sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho de postliminio, y sigue también la condición del padre o de la madre [...] (in rebus natura esse)”. También Paulo D.50, 16, 231 indica que “aquel cuyo nacimiento se espera, es como si ya estuviera vivo”. Luego, si atendiéramos a estos fragmentos del Digesto, opinaríamos que los concebidos tienen una capacidad jurídica limitada.

De los textos citados, se desprenden dos teorías:

- Por una parte, la teoría tradicional,
- y, por otra, una teoría moderna.

La teoría tradicional la integrarían los primeros fragmentos citados que niegan la existencia de vida independiente de la madre. Por lo tanto, el concebido, pero no nacido, no tendría ni tan siquiera capacidad jurídica: simplemente sería parte de las “entrañas de la madre”¹⁶. Una vez desprendido totalmente de su madre, el marido ya puede solicitar por derecho propio, a través de un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que permita llevárselo.

Savigny figura como uno de los representantes de esta corriente, afirmando que la personalidad comienza desde que se verifica completamente el nacimiento. Aun así, reconoce que “antes de él hay un tiempo bastante largo,

¹² Ulpiano D. 25, 4, 1, 1: “Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnantem, vel etiam negaret; nec immerito, partus enim, ante quam edatur, mulieris portio est vel viscerum; post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi, aut ducere permitti, extra ordinem. Igitur Princeps in causa necessaria subvenit”.

¹³ Papiniano D. 35, 2, 9, 1: “Circa ventrem ancilla e nulla temporis admessa distinctio est; necim merito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur”.

¹⁴ Pautasso, S., “Estudio acerca del nasciturus en Derecho romano”, en La condición jurídica del nasciturus: en el derecho español, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, págs. 119 y ss.

¹⁵ Pautasso, S., op. cit. pág. 119, entiende por “rebus humanis esset” individuo físico, en el mundo real. Por “rebus natura esset”, deduce ser ya existente en el mundo de los vivos.

¹⁶ Bonfante, P., Istituzioni di diritto romano, ed. Giuffrè, Turín, 1966, considera que, en este tema, hay que ser precavidos con la valoración de la jurisprudencia romana, puesto que del contenido de varios textos también se podría llegar a la conclusión de que el concebido es parte de las entrañas de la madre y, por lo tanto, poner en tela de juicio la existencia in rerum natura del feto.

durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, dependiente e íntimamente ligado a la existencia materna". Considera esta teoría como "la realidad de las cosas en un estado presente", mientras que el segundo grupo de textos describen "una mera ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite". De aquí que considere que "el no nacido aún, no tiene capacidad alguna, porque no puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo". La ficción de asimilarlo al nacido, sólo tiene como objetivo el ocuparse de la vida futura del infante a fin de protegerlo por medio de la sanción de las leyes y marcar o señalar los derechos posibles, es decir, en potencia, pero no actuales, que vienen unidos al nacimiento¹⁷. No obstante, a continuación, describe las prescripciones del derecho civil que garantizan los derechos futuros del infante hasta el momento en que nace: concretamente, el status y la materia de derechos de sucesiones. Además, señala que, "para velar por la conservación de los derechos futuros del hijo, el pretor nombra un curador especial, porque en tales casos, según ya se ha dicho antes, no es posible el discernimiento de tutor". Con estas palabras, el propio Savigny reconoce la esperanza de vida, la *spes vitae*, que tácitamente identifica al referirse a la protección del *nasciturus*; a pesar de ello, no le reconoce personalidad jurídica alguna y el tratamiento que se le da considera que es una mera "ficción" a través de la cual, se anticipa la capacidad al concebido.

La teoría moderna se basa en que el comienzo de la personalidad se produce en el momento de la concepción, siempre y cuando nazca con vida, lo que para Pellicano implica una condición resolutoria¹⁸. La base de esta teoría se encuentra en los textos de Juliano D.1.5.26: "Qui in utero sunt, in toto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse" ("los que están en el útero se reputa en casi todo el Derecho Civil que son como nacidos"), lo que se ha traducido en la máxima "**nasciturus o conceptus pro iam nato habetur**" (al concebido se le tiene por ya nacido) y Celso D.38.16.7: "[...] vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodam modo in rerum natura esse existimatur"¹⁹ ([...] o si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebi-

¹⁷ Savigny, F., "Sistema del Derecho Romano actual", Madrid, 1878, Trad. Jacinto Mejía y Manuel Poley, T. I, pág. 310 a 313; Pellicano, J. A., "La protección al concebido en Roma y la situación actual del *nasciturus* a partir de las técnicas de reproducción extracorpóreas", en XIV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Buenos Aires, 2004; Hung Gil, Freddy Andrés, "Una aproximación al estatuto jurídico del concebido no nacido", en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Ius 23, 2009,

¹⁸ Pellicano, J. A., op. cit. pág. 6, entiende que la condición resolutoria deja en suspenso no la adquisición sino la extinción de un derecho ya adquirido. El paso de la pendenza a la efectividad de las situaciones jurídicas es el nacimiento; a sensu contrario, Hung Gil, F., op. cit., interpreta la posición de Savigny como una condición suspensiva: el *nasciturus* no podrá ser heredero hasta que, en su caso, se produzca el nacimiento.

¹⁹ Waldstein, W., "Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen", en ANRW, II, 15, Berlin-New York, 1976, págs. 34 y ss. alude a la expresión "quodammodo in rerum natura esse existimatur" concretamente "als Ausdruck für die objektive Wirklichkeit".

do existe en cierto modo”). Para Maschi²⁰, las expresiones *in rerum natura* e *in rebus humanis* son expresiones equivalentes, por lo que son aplicadas tanto a los hombres como a las cosas. Las expresiones significan que algo o alguien existe en la naturaleza.

Otro argumento controvertido es si la regla hace referencia a una mera ficción. Parte de la doctrina, a la que nos sumamos, entiende que no se trata de una mera ficción, puesto que el concebido ya existe, y, por ende, se trata de una realidad²¹. De no ser así, nos podríamos cuestionar por qué se sanciona el aborto o por qué un testamento puede ser declarado nulo si no se tiene en cuenta al hijo que va a nacer.

De hecho, el *conceptus* es protegido cuando se dan distintas circunstancias. En este sentido, el *status* del hijo concebido legítimamente, se determina desde el momento de la concepción (Gayo 1, 89: “[...] *at hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt*”). Conforme al favor *libertatis*, para conceder el *status libertatis* a un niño, bastaría que la madre del mismo fuera libre en cualquier momento desde la concepción hasta el parto (Marciano, D.1.5.5.2-3; Paulo, D.2.24.1-3; Inst., 1.5.4). En el mismo sentido, Ulpiano D.1.5.18, donde expresa que “el Emperador Adriano respondió por Rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba conservarla, hasta que diese a luz el parto. Pero si a la que concibió de justas nupcias se le han entredicho el agua y el fuego, pare un ciudadano romano, y bajo la potestad de su padre”.

También en materia de derechos sucesorios, nos encontramos con la protección del *nasciturus*, como pueden ser en los textos de Ulpiano D.38.16.1.8 (“[...] se deberá decir que pueden suceder los herederos suyos, si vivieren, o al menos hubieren sido concebidos, al tiempo de la muerte del testador”), o Celso D.38.16.7 (“[...] La Ley de las XII Tablas llama a la herencia al que existie-

²⁰ Maschi, C. A., *La concezione naturalistica del Diritto e degli Istituti Giuridici Romani*, Milán, Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1937-XV, pág. 65 y ss., se refiere a que *in rerum natura* no indica solamente la realidad de la cosa, sino lo que existe o no existe, por lo tanto, se aplicaría tanto a los hombres como a las cosas. De lo que se deduce que *in rerum natura esse* o *non esse*, equivale a la expresión *in rebus humanis esse* o *non esse*, conforme a los fragmentos, Gayo 2, 203 y D. 7, 7, 1 principalmente: el concebido no puede dejar de ser tenido en cuenta en el mundo jurídico. Simplemente, antes de su nacimiento sería considerado como algo futuro, en concreto, hace la similitud con un negocio jurídico cuyo objeto es una cosa futura; en la misma línea, Polo Arévalo, Eva M^a, op. cit., pág. 723, indica que “Gayo en Instituciones 2, 203, afirma que ni las cosas futuras ni el parto de una esclava pueden ser objeto de legado per damnationem, porque *in rerum natura non est*; en ese mismo sentido se expresan Pomponio y Paulo en D. 30, 24, pr. y D. 7, 7, 1, respectivamente, en relación con el parto de una esclava; también Ulpiano en D. 37, 9, 1, pr. y en D. 38, 16, 1, 8 contrapone el “*nondum nati*” a la expresión “*in rebus humanis*” poniendo de manifiesto, implícitamente, que en esta categoría no se encuentran incluidos los concebidos; igualmente, en D. 44, 2, 7, 3, al referirse a la cosa juzgada, afirma que el parto de la esclava “*nondum in rebus humanis*”; y en D. 28, 6, 10, 1 se establece que el póstumo “*in rebus humanis nondum sit*”.

²¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 80; Gayo 1, 147.

re al morir aquel de cuyos bienes se trata [...] o si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo”²².

De la misma manera, se nombra a un *curator ventris*, para proteger al *nasciturus* cuyo padre hubiera muerto. Se encargarían de velar por sus intereses y administrar su patrimonio hasta el momento del nacimiento (Modestino D.26.5.20 “no puede darse por los magistrados del Pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el Edicto se comprendió el nombramiento de curador”). Además, atendiendo a D.37.9.1. 19, el *curator ventris*²³ también debía velar por los intereses de la madre, en el sentido de procurar que no le faltaran alimentos, ni vestidos o habitación como si su esposo estuviera aún vivo y en la misma “dignidad” de la que gozaban antes del fallecimiento del pater.

Por último, y por ello, no menos importante, la protección del aborto. Desde la época de Septimio Severo, aplicando por analogía la *Lex Cornelia de sicariis et de beneficiis* del año 81 a. C se establecía que si la muerte del *nasciturus* se producía por envenenamiento la pena que se imponía sería la del destierro y la confiscación. Marciano afirma que “El Divino Severo y Antonino resolvieron por rescripto, que la que de intento abortó, ha de ser condenada por el Presidente (gobernador provincial) al destierro temporal” (D.47.11.4). Trifonino (D.48.19.39) cita a Cicerón quien escribió que “cierta mujer llamada Miliesia, estando en Asia, fue condenada con la pena capital porque habiendo recibido dinero de los segundos herederos se procuró ella misma el aborto con medicamentos”. En el mismo pasaje Cicerón agrega que se resolvió por rescripto que “también si alguna mujer se hubiere hecho violencia en sus entrañas después del divorcio, porque estaba embarazada, para no procrear hijo a su marido, ya enemigo suyo, fuese condenada a destierro temporal”. De igual forma, Ulpiano establecerá que “si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro” (D.48.8.8).

De todos estos textos se desprende que si bien el *nasciturus* es una parte de las entrañas de la mujer sin embargo tiene una protección propia, independiente de la madre. Como señala Pellicano²⁴, no es un objeto parte de la madre y que pueda ser desprendida de ella sin más consecuencia, sino que es tenido en cuenta como esperanza de vida propia y de ahí la protección que se le concede. Luego, la protección deriva de esa situación de poder llegar a tener vida propia, de ser un feto en desarrollo que dará lugar a una persona²⁵.

²² Ulpiano D. 38. 16. 1. 11: “Pero no solamente los naturales, sino también los adoptivos tendrán derechos de consanguinidad con los que están en la familia, o en el claustro materno, o con los que nacieron después de la muerte del padre”.

²³ Savigny, F., op. cit. pág. 313, señala que “para velar por la conservación de los derechos futuros del hijo, el pretor nombra un curador especial, porque en tales casos, no es posible el discernimiento de tutor”.

²⁴ Pellicano, J. A., op. cit., pág. 12 y ss.

²⁵ Albertario, E., “Oriente ed Occidente nel diritto romano del Basso Impero”, en Scritti Ferrini (Pavia), Milán, 1935, pág. 67, nt. 23-24, considera al *nasciturus* como portador de expectativas dignas de tutela. Por ello, aparece dotado en bastantes supuestos, de un tipo de

Como conclusión podríamos afirmar que en Roma el concebido era favorecido en varios aspectos jurídicos como una esperanza de vida que ha de ser protegida a fin de que, en el momento de cumplirse la condición, el recién nacido pueda disfrutar de los derechos adquiridos y por los que incluso ha velado el *curator ventris*. Es más: treinta días después de anunciar el divorcio, la esposa debe comunicar al marido que está encinta. Es decir, prácticamente desde que se produce la fecundación: Ulpiano D.25, 4, 1, 9 pr.²⁶:

“*Meminisse autem oportet, tempus non esse praestitutum Rescripto, quamvis in Senatusconsultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituuntur mulieni. Quid ergo, semper dicemus marito licero uxorem ad Praetorem evocare, an vero et ipsi triginta dies praestituimus? Et putem, Praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire*”.

2. Situación actual del nasciturus.

Las nuevas técnicas de reproducción asistida

Hasta aquí hemos visto la concepción del nasciturus en derecho romano, su consideración y protección. La cuestión que nos planteamos ahora es qué se entiende actualmente por nasciturus o *conceptus*²⁷ a raíz de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Desde el punto de vista jurídico, ¿existen diferencias entre el embrión que se encuentra en el útero de una mujer y el que se encuentra fuera del mismo? Es evidente que los avances científicos han obligado a los ordenamientos jurídicos a regular la materia de la fecundación *in vitro*, las técnicas de reproducción humana asistida²⁸. Es por ello por lo que nos preguntamos si, de alguna forma, el concepto de concebido ha podido cambiar a consecuencia de estos avances y si los preembriones son protegidos por el ordenamiento jurídico, tal y como lo está el nasciturus. Desde ahora podemos decir que el preembrión, tal y como es denominado jurídicamente²⁹, (el término no es manejado en el ámbito de la Biología), no

personalidad; Savigny, op. cit., pág. 311, cita un fragmento curioso: D. 11. 8. 2 que aborda el supuesto de una mujer que muriera antes de dar a luz: “una vez muerta la mujer, abrir su cuero para salvar la criatura”. De nuevo aquí otra contradicción: la expresión “salvar a la criatura”: ¿es una ficción?

²⁶ Ulpiano D. 25, 4, 1, 9 pr.: “Conviene tener presente que no se ha fijado tiempo en el Rescripto, aunque en los Senadoconsultos sobre el reconocimiento de los hijos se señalen treinta días á la mujer. ¿Qué se dirá, pues, diremos que siempre le es lícito al marido llamar ante el Pretor a su mujer, ó también para él fijamos los treinta días? Y yo opinaría, que con conocimiento de causa debe el Pretor oír al marido aún después de los treinta días”.

²⁷ Utilizaremos el término de concebido para acercarnos un poco más a la Biología, genética, biogenética [...].

²⁸ González de Cansino, E., “Problemas de la fecundación extracorpórea”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 21, julio-diciembre 2011, pág. 195, relata la evolución del tratamiento de los “embriones de laboratorio” reconociendo que sobre ellos han de tomarse decisiones con diversos fines o abstenerse de hacerlo. Por lo tanto, entramos ya en el terreno jurídico.

²⁹ Art. 1. 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Ciprés Casanova, L., “Preembrión: ¿realidad o manipulación?”, en *Revista Atalaya*

goza de la misma protección que el concebido, aunque sí que es tenido en cuenta de forma cuidadosa por los ordenamientos jurídicos con regulación en materia de reproducción asistida.

Durante siglos se planteó el dilema de si el embrión humano pertenecía o no a la especie humana. En la actualidad, la cuestión ha sido universalmente resuelta en sentido positivo. La pertenencia de un ser vivo a una especie u otra viene determinada por la información genética de sus células. El conjunto de esta información queda fijado desde el momento de la fecundación y está contenida en el "genoma". Puesto que el embrión contiene un genoma humano, como el de un niño o un adulto, es por lo que se puede afirmar que el embrión es un ser vivo perteneciente a la especie humana, como cualquier adulto³⁰.

Hay que señalar que esta definición alcanza por igual tanto a los embriones concebidos de forma natural como a los producidos *in vitro*, ya que la artificialidad de su producción no altera ni la naturaleza biológica ni la condición de seres humanos en estado embrionario.

La genética nos dice que ningún embrión puede convertirse en humano si no lo era desde el principio³¹. Por lo tanto, la ciencia nos permite aceptar que las células de un embrión son humanas, que pertenecen a la especie humana. Pero hasta el día 14 post-fecundación, el embrión humano puede dividirse y dar lugar a varios individuos (gemelos, por ejemplo). Lo que es evidente es que el embrión humano tiene una autonomía que le permite ir desarrollándose por sí mismo, siempre y cuando tenga los nutrientes y las condiciones ambientales idóneas, como cualquier otro ser vivo³². Así pues, "hay algo meta-

Médica, nº 5, 2014, pág. 7, afirma que la palabra "preembrión" nació al comienzo de los años 80 en los Estados Unidos y en el Reino Unido en el momento en que comienza la Fecundación *In Vitro* y la experimentación con embriones humanos. Confirma que desde el punto de vista biológico el término no tiene cabida, puesto que, desde el momento de la concepción, existe plena potencialidad para desarrollar un ser humano, una estructura cromosómica única, individual específica.

³⁰ Adorno, R., "El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?", en Cuadernos de Bioética, 15, 3º 93, págs. 39-48; Muñoz de Dios Saéz, L. F., "Embriones congelados y desistimiento de uno de los miembros de la pareja en Derecho español", en Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº 28, 2013, pág. 270, cita a Shinya Yamanaka, Premio Nobel de Medicina y Fisiología 2012, el cual, "al mirar un embrión humano al microscopio, pensó que la diferencia entre aquel conglomerado de células y sus hijas era mínima y se dijo a sí mismo que lo ideal sería poder devolver las células adultas a su estado pluripotencial sin destruir embriones humanos. Y descubrió, lo que le valió el galardón, cómo reprogramar aquéllas para rejuvenecerlas de modo que puedan convertirse en cualquier tejido del cuerpo humano, como las células madre embrionarias. A él –según dice– no le mueve una preocupación ética sino ir hasta el fondo de la realidad".

³¹ VegaJ, Queipo D, Martínez Baza, P., "Bioética en el inicio de la vida (¿quién es el embrión?)", en Orfila VII 1995; 433-435 (S. E. de Medicina Legal y Forense).

³² Herranz, G., El embrión ficticio. Historia crítica de un mito biológico, colección Biblioteca Palabra, Ed. Palabra, 2013, señala que "la fecundación no solo confiere al cigoto una herencia genética, y un dinamismo para que inicie el desarrollo, sino que lo inserta en un

físico, es decir, más allá de la suma de cada célula por separada en el embrión humano”, lo que podríamos denominar “un principio de la vida”.

Sin embargo, en el desarrollo embrionario, a partir de una célula (zigoto), aparecerán múltiples tejidos, por lo que el embrión tiene una unidad y una autonomía que le convierte en algo que supera la simple suma de unas células: tiene un proyecto genético que a lo largo del tiempo desarrolla y que “sólo finalizará cuando muera algo que rompa esa sinergia y cooperación entre tejidos distintos”. Con estas afirmaciones, el inicio de la vida humana sería el mismo momento de la fecundación. Esta afirmación ha sido muy discutida, por lo que, distintos autores, han indicado otros posibles momentos³³:

a) Catorce días: es el momento de la distinción entre preembrión y embrión. A partir de este momento desaparece la posibilidad de la gemelación. Pero no la posibilidad de que se formen siameses con los problemas que ello acarrearía. Por lo tanto, los 14 días no sería una fecha válida, y así lo ha reconocido la literatura científica, que ha seguido minoritariamente la distinción entre preembrión y embrión.

b) Ocho semanas: inicio del cerebro humano en funcionamiento, es decir, actividad eléctrica detectable por electroencefalograma. Mientras el cerebro humano está en funcionamiento, el ser humano está vivo. Pero ¿por qué el cerebro tiene que ser el único indicador de vida humana?

c) Veinte semanas: el substrato necesario para ciertas funciones, tales como las sensaciones, la memoria y la autoconciencia o el aprendizaje aparecen en ese momento.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida regula la materia. Define el término de preembrión, cuestión esta que no había resuelto la Biología (art. 1. 2: “A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”)³⁴. Por lo tanto, entiende que sólo se puede hablar de embrión a partir de los 14 días desde la fecundación, cuando ya no hay posibilidad de

ambiente del que recibe estímulos epigenéticos que le obligan a reaccionar, a adaptarse a situaciones nuevas, a desplegar muchas posibilidades. Y, en el embrión humano, todo esto -genoma, dinamismo de desarrollo, estímulos epigenéticos - es siempre específicamente humano”; Herranz, G., “The timing of monozygotict winning: a criticism of the common model” en *Zygote* (2013), págs. 1-14.

³³ Adorno, R., op. cit., pág. 41.

³⁴ Ya en la exposición de motivos alude expresamente a la definición de preembrión, señalando que “La ley introduce [...] novedades. En primer lugar, define claramente con efecto exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación el concepto de preembrión [...]”; Albert, M., “El caso Brüstle vs. Greenpeace y el final de la discriminación de los embriones preimplantatorios” en *Cuadernos de Bioética XXIV 2013/3ª*, pág. 475 y ss. habla sobre la discriminación de los embriones preimplantatorios y las consecuencias de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE, en el caso *Oliver Brüstle vs. Greenpeace* (18 de octubre de 2011), donde se afirma que hay embrión desde la misma fecundación, en concreto, embrión humano.

gemelación, sin tener en cuenta esos 14 días, por lo que está discriminando al denominado "preembrión" frente a los embriones, ignorando el momento de la fecundación. Además, se trata de un plazo durante el cual se permiten las actuaciones de las técnicas de reproducción asistida, de crioconservación³⁵ e investigación y experimentación reguladas en la ley, algunas de las cuales, pueden conllevar la muerte del cigoto³⁶.

Aun así, la ley protege desde diferentes perspectivas a los preembriones: los padres deberán prestar su consentimiento para utilizarlos con fines de investigación, para donarlos a otras parejas [...] La investigación³⁷ será autorizada siempre y cuando cumpla unos parámetros establecidos en la ley, se regula el contrato de donación³⁸ de preembriones o gametos, etc.

Llama la atención el art. 9 de la ley, que aborda la premoriencia del marido. Así, se estipula que "no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón". En el art. 9. 2 "no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento en el documento a que se hace referencia en el art. 6. 3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguiente a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido". En el 9. 3 se regula la situación del varón no unido por vínculo matrimonial, afirmándose que "podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad".

Por lo expuesto de forma muy resumida aquí, nos podríamos plantear si la protección que se le da al embrión (a partir de los 14 días) no es similar a la que se le otorga al concebido. Si la Ley no lo ampara desde diferentes puntos de vista jurídicos, ¿cómo puede ser tenido en cuenta en el ámbito del derecho de sucesiones, tener que dar sus padres su consentimiento para poder ser donado y que continúe su desarrollo con las condiciones óptimas para ello, dar sus progenitores autorización para poder ser utilizado en el ámbito de la investigación o consentir su destrucción? Se trata pues de una Ley pro-

³⁵ Art. 11 LTRHA

³⁶ Muñoz de Dios Saéz, op. cit., pág. 270.

³⁷ Capítulo IV LTRHA

³⁸ Art. 5 LTRHA

teccionista, que intenta preservar una esperanza de vida, tal y como se hace con el nasciturus y, por lo tanto, que tenga los mismos derechos que él.

Aunque la ley ponga el límite de los 14 días para poder hablar de “embrión”, lo que se entiende por “preembrión”, goza también de protección jurídica como el concebido, pero no nacido. Si esta protección existe, ¿por qué hacer la distinción? El legislador podría utilizar la misma terminología, embriones, seres de la naturaleza humana dignos de protección jurídica. Por esta misma razón, no debería establecer límites tan cortos a las parejas para que decidan qué hacer con el embrión que se encuentra en crioconservación y bajo ningún concepto, tomar las clínicas, pasado el tiempo establecido en la ley, el acuerdo de donarlos, dedicarlos a la investigación o destruirlos³⁹.

El legislador, en este sentido, no ha sido suficientemente preciso. Y la falta de precisión puede venir dada por tratarse de un tema que no sólo incumbe a la Biología, sino también al Derecho, Bioética, Moral, ideologías políticas [...] por lo que se ha preferido legislar de una forma excesivamente neutral sin entrar en exceso en el fondo del tema y contar, por lo menos con una ley que marca unos mínimos y que no limita el derecho de las personas a acceder a las técnicas de reproducción asistida. De hecho, nuestro propio Código civil se refiere en su art. 29 al nasciturus, pero sin hacer mención alguna a los preembriones/embriones⁴⁰. Una posible solución sería una actualización de la LTRHA, así como también, una indicación en el ámbito del Código civil a esta materia, puesto que de hecho es tratado por la LTRHA como un ser digno de protección. Tener un papel más activo en un tema tan trascendente, y que va a seguir avanzando con el transcurso del tiempo y tal y como comenzamos este artículo: una vez que las nuevas tecnologías avanzan no podremos mirar atrás, sino procurar solucionar los retos que alumbró el progreso.

³⁹ Art. 11. 3, art. 11. 4, art. 15, 1. a) y art. 11. 2 in fine y 11. 6 de la LTRHA.

⁴⁰ Art. 29: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Para Vila-Coro, el efecto más favorable para el concebido es su nacimiento, su existencia, por lo que se opone a la destrucción de los preembriones durante los 14 días dispuestos en la ley. Por lo tanto, no sólo no hay que destruirlo, sino intentar que sea implantado para alcanzar los “efectos favorables” que indica la ley: Vila-Coro, M^a D., Introducción a la Biojurídica, Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1995, pág 170.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA FIGURA DEL "CURATOR VENTRIS" EN DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ACTUAL

Juan Antonio Bueno Delgado¹,
Universidad de Alcalá

Resumen: Como se constata en las fuentes, el Derecho Romano contemplaba con cierta minuciosidad la protección del concebido y aún no nacido (*nasciturus*), otorgándole amparo en el orden jurídico a través de la figura del *curator ventris*. De ese modo, desde que el embrión se encuentra en el útero goza de determinados derechos, cual si tuviera la consideración de persona (y, por tanto, sujeto de derechos).

El *curator ventris* -como representante del pueblo romano- era el encargado de velar por sus intereses, comenzando por el derecho a nacer; para lo cual debía, y podía, adoptar toda clase de procedimientos y medidas destinadas a su salvaguarda. Dicha figura se proyectó, con distintos enfoques y denominaciones, en numerosos Códigos Civiles, especialmente de raigambre romanística, en los que en la actualidad mantiene su vigencia.

En el presente trabajo, realizaremos una aproximación a los mecanismos de protección y defensa que el embrión tuvo en el ordenamiento jurídico romano y a los que tiene en la regulación actual, a través de lo que podríamos denominar un "*curator ventris*" adaptado al Siglo XXI; sin tener en cuenta las modernas técnicas de inseminación que pueden dar lugar a estados tan dispares como por ejemplo la congelación de embriones y ovocitos pronucleados (células con ambos núcleos, el del óvulo y del espermatozoide, pero aún sin conjunción genética), que no serán aquí objeto de estudio.

Palabras clave: *Nasciturus, Curator Ventris, protección, Derecho Romano, Derecho Actual*

¹ E-mail: juanantonio.bueno@uah.es

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE FIGURE OF THE “CURATOR VENTRIS” IN ROMAN LAW AND IN THE CURRENT LAW

Juan Antonio Bueno Delgado,
University of Alcalá

Abstract: As noted in the sources, the Roman Law met with meticulousness the protection of the conceived and unborn baby (*nasciturus*), granting protection in the legal order through the figure of the *curator ventris*. In this way, since the embryo is in the uterus, it has certain rights, as if it were considered as a person (and, therefore, a subject of rights).

The *curator ventris* - as representative of the Roman people - was in charge of looking after his interests, starting with the right to be born; for which it should, and could, adopt all kinds of procedures and measures designed to safeguard it. This figure was projected, with different approaches and denominations, in numerous Civil Codes, especially from romanistic roots, in which at present it maintains its validity.

In the present work, we will make an approach to the protection and defence mechanisms that the embryo had in the Roman legal order and to those it has in the current regulation, through what we could call a “*curator ventris*” adapted to the XXI Century; without taking into account the modern techniques of insemination that can give rise to such different states as for example the freezing of embryos and pronuclear oocytes (cells with both nuclei, the one of the ovum and the spermatozoon, but still without genetic conjunction), which will not be here object of study.

Keywords: *Nasciturus*, *Curator Ventris*, Protection, Roman Law, Modern Law

Introducción

Independientemente de la postura que se adopte en relación con el proceso de desarrollo del embrión humano (fecundación, singamia, anidación, [...]), lo que es indiscutible es que, biológicamente, un embrión humano tiene su propia carga genética, que le hace único, y que esa realidad biológica supone el inicio de una nueva vida.

En el ámbito jurídico al embrión humano se le denomina, generalmente, *nasciturus* (participio de futuro del verbo *nascor*, que significa nacer, y que al añadirle el sufijo “*urus*” indica “el que habrá de nacer”).

En todas las épocas, y en la práctica totalidad de todos los sistemas jurídicos, el *nasciturus* ha gozado de regulación, más o menos amplia, y más o menos favorable o desfavorable, sobre su condición jurídica. Unas veces otorgándole la consideración de persona desde la concepción²; otras negándosele absolutamente³; pasando por posiciones intermedias, como la del “estado de pendencia”, a la que se acoge la doctrina española⁴.

LA TUTELA JURÍDICA DEL NASCITURUS.

Especial referencia al Consejo de Europa y al Ordenamiento jurídico español

En el marco europeo, desde los inicios de la construcción de la nueva Europa, diversas normas y recomendaciones regulan la protección del embrión humano, entre las que cabe citar las relativas a los derechos del no nacido, ingeniería genética, investigación y experimentación con embriones humanos, fecundación *in vitro*, entre otras.

² Como ocurre en algunos ordenamientos iberoamericanos. Sirvan como ejemplo los artículos 63 y 70 del Código Civil argentino de 1869:

Artículo 63. - Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Artículo 70. - Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

³ Tal como sucede en los sistemas anglosajones.

⁴ Según la cual la personalidad se adquiere con el nacimiento, pero se considera que al concebido se le tiene por nacido a los efectos que le sean favorables (Artículos 29 y 30 del Código Civil).

Por lo que respecta a la normativa europea de alcance general, el artículo 6 de la Declaración de los derechos del niño no nacido, de 6 de octubre de 1979, señala que:

“El niño que va a nacer, debe gozar desde el momento de su concepción, de todos los derechos anunciados en la presente Declaración. Todos estos derechos deben ser reconocidos a todo niño que va a nacer, sin ninguna excepción ni discriminación, basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen nacional o social, estado de desarrollo, estado de salud o las características mentales y físicas ciertas o hipotéticas y toda otra situación que le concierna, o concierna a su madre o familia. La ley debe asegurar al niño, antes de su nacimiento, con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano”.

La Recomendación Núm. 934/1982, de 26 de enero de 1982, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la ingeniería genética, invita a los Estados miembros, entre otras cautelas, a “establecer netamente los límites a las técnicas de ingeniería genética y a adaptar sus sistemas de vigilancia y control”.

También en 1982, la Resolución Núm. 4. 376/1982, del 4 de octubre, de la Asamblea del Consejo de Europa, establece que

“la ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el momento de la concepción y que, en este mismo momento, están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano [...]”.

La Recomendación Núm. 1. 100/1989, de 2 de febrero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, con remisiones expresas a la Recomendación 934/1982, y a la Recomendación 1. 046/1986, - citadas -, considera que “procede definir la protección jurídica que debe concederse al embrión humano desde la fecundación del óvulo”.

O, dando un salto en el tiempo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 18 de octubre de 2011, establece el principio que el embrión es un ser humano:

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

- Constituye un “embrión humano” todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”.

La legislación española sigue la doctrina del “estado de pendencia”, considerando al nasciturus como nacido desde el momento de la concepción, siempre que nazca con los requisitos que exige la ley. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil, que dice:

“Artículo 29 - El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

Con expresa remisión al artículo 30:

“Artículo 30⁵ - La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

Es decir, la legislación civil española considera al concebido y aún no nacido en situación de pendencia, condicionando la adquisición de personalidad jurídica al nacimiento, si se dan los requisitos exigidos en el artículo 30 del Código Civil, retro trayendo los efectos (adquisición de derechos) al mismo momento de la concepción, teniendo al concebido como nacido desde ese instante.

Concretos efectos favorables para el nasciturus se contemplan en los artículos 627 (sobre donaciones a su favor), y 959 y siguientes (relativos a las herencias). Nos detenemos especialmente en el primero de ellos.

El artículo 627 permite realizar donaciones en favor del nasciturus,

“Artículo 627: Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”.

En perfecta armonía con el Código Civil se encuentran los artículos 6. 1 y 7. 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

“Artículo 6. Capacidad para ser parte.

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

1. ° Las personas físicas.

2. ° El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

[...]

Artículo 7. Comparecencia en juicio y representación.

3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido.

[...]”

Por lo que respecta al ámbito jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril, en relación con el aborto, en su interpretación del artículo 15 de la Constitución Española, señala que “el derecho a la vida de los todavía no nacidos constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido”.

Por lo que respecta a la esfera penal, los artículos 144 y siguientes del Código Penal español se encargan de la protección del concebido mediante

⁵ La redacción actual del artículo 30 es conforme a la Ley 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22-07-2011, pp. 81468-81502). Curiosamente los requisitos exigidos conforme a la redacción anterior no diferían sobremanera de los exigidos por el Derecho Romano. Rezaba la anterior redacción del artículo 30 C. C.: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

la regulación del aborto, prescribiendo determinados castigos para quienes lo perpetren fuera de los casos permitidos por la ley, o contra la voluntad de la mujer, o cuando la voluntad de la misma haya sido obtenida de manera irregular. Y más concretamente, para quienes causen lesiones al feto, según lo establecido en el artículo 157 y siguientes (relacionados).

También en el terreno de la Administración el nonato goza de amplia protección, en base, principalmente, a las siguientes leyes: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida; Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos; Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; y Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

A través de tan prolija normativa se regulan tanto las técnicas y la actividad investigadora y ejecutora en materia de reproducción (humana) asistida⁶, como las sanciones que conlleva la práctica irregular de las mismas, y también cierta protección del concebido no nacido.

Mención aparte merece la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que, en nuestra opinión, choca frontalmente con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la célebre Sentencia 53/1985 de 11 de abril, ya que permite a la mujer interrumpir el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación (artículo 14⁷).

Por otra parte, la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, suprime (artículo 1) la desafortunada redacción del polémico punto cuarto del artículo 13 de la LO

⁶ Como son la inseminación artificial; la fecundación in vitro; la inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; o la transferencia intratubárica de gametos.

⁷ Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que permitía abortar a las menores (de 16 y 17 años).

Cura ventris vs Custodia ventris

Ya en el Edicto se contemplaba la figura del *curator ventris*, tal como atestigua un texto de Modestino recogido en Dig. 26, 5, 20⁸.

El Título IX del Libro XXXVII del Digesto justiniano se intitula “de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius”⁹. En él se recogen determinadas disposiciones destinadas a la salvaguarda de los derechos posesorios de los que todavía no habían nacido (“qui nondum nati sint”, dice textualmente el proemium del primer fragmento).

Otros términos utilizados para referirse al que se encuentra en el claustro materno son *venter* (que debemos interpretarlo aquí en el sentido de *qui nondum nati sint*), *uterus*, *quod in utero est*, *partus*, o *foetus*.

En el párrafo 17¹⁰ se alude expresamente a la figura del *curator ventris*, como protector de los bienes y derechos del *venter*. Y en el 19 se contempla una interesante disposición, conforme a la cual la mujer embarazada tiene derecho a tomar de los bienes de los que fue puesta en posesión todo lo necesario para mantener al feto (*foetus*) y llevarlo hasta el parto. El *curator ventris* procurará a la mujer “comida, bebida, vestido y habitación”.

Del mismo modo Gayo, en Dig. 50, 16, 234, observa que “vivir” no se refiere sólo a la comida, sino también a los vestidos y la ropa de cama, porque sin estas cosas nadie puede vivir, – dice –, interpretando el término en sentido amplio. Así mismo, en Dig. 50, 4, 1, 4 se recoge un texto de Hermogeniano que contempla la obligación de suministrar a la mujer embarazada lo necesario para mantener con vida al feto a fin de garantizar su nacimiento.

En el fragmento 5 de Dig. 37, 9, también Gayo hace expresa referencia a las obligaciones del *curator ventris*, entre las que destaca las de prestar alimentos a la embarazada (*alimenta mulieri statuere debet*), porque se considera que se prestan al que está en el útero (*quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est*). Y Paulo, en Dig. 1, 5, 7, considera que *qui in utero est* debe ser atendido como si ya se encontrase entre las cosas humanas, en lo que conviene a su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero. Regulación que el propio Paulo completa en Dig. 50, 16, 231, por la que, en relación con quien se espera que nazca (*qui nasci speratur*), se le tenga por sobreviviente, por su propio derecho, que no aprovecha a otros, sino habiendo nacido.

En relación con la herencia, Paulo, en Dig. 5, 4, 3, dispone que al *nasciturus* se le reservaban todos los derechos hasta el tiempo de nacer. Y Justiniano

⁸ Dig. 26, 5, 20: “Modestinus libro septimo differentiarum. – Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est”.

⁹ De la posesión que se ha de dar al que está en el claustro materno, y a su curador.

¹⁰ Además de en la rúbrica.

recoge un texto de Terencio Clemente (Dig. 50, 16, 153), según el cual se ha de entender que el que fue dejado en el claustro materno existió al tiempo de la muerte. En el mismo sentido en Dig. 1, 5, 26, se considera a los que están en el útero (*qui in utero sunt*) como nacidos, equiparando al concebido con el nacido "*conceptus por iam natu habetur*".

Sin salir del halo proteccionista del *nascitutus* interesa mencionar tres textos que contemplan muy cautelosamente la situación de la mujer embarazada. Según Paulo (Dig. 37, 9, 8), en caso de adulterio de la mujer embarazada que ha sido puesta en posesión en nombre del venter, se ha de diferir la acusación, para no causar ningún perjuicio al hijo. Y Ulpiano, en Dig. 1, 5, 18, contempla una disposición igualmente proteccionista del concebido (*partum*, aquí), que prescribe que cuando una mujer libre, embarazada, sea condenada a la pena capital, debe esperarse a que dé a luz, antes de ejecutarse la pena; que concuerda con otro texto del mismo Ulpiano (Dig. 48, 19, 3), según el cual cuando la mujer embarazada es condenada a ser ejecutada, o a tormento, se difiere la pena hasta que para.

Si no se produce el alumbramiento del *partus* el *curator ventris* cesa, según lo dispuesto en Dig. 42, 5, 24, pr.

Tanto la *cura ventris* como la *custodia ventris* están pensadas para proteger al *nascitutus* y preservar sus derechos. Y tanto es así que a veces se confunden ambas instituciones. Con frecuencia se da el mismo tratamiento a una y otra. Sin embargo, pueden establecerse distintas interpretaciones entre ellas.

Mientras que la *cura ventris* está instituida en favor del concebido, en su propio interés, para salvaguardar los derechos que le corresponden como tal, o que podrían corresponderle si nace, para todos los efectos que le resulten favorables: "[...] *quod favorabilior est causa partus, [...]*" dice Dig. 37, 9, 1, 15¹¹; o "[...] *partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, [...]*"; la *custodia ventris* se establece también a favor del feto, en los casos de embarazo de la viuda; o divorciada, cuando el marido afirma que la mujer está encinta de él (Dig. 25, 4, 1); a fin de evitar abortos (Dig. 47, 11, 4; Dig. 48, 8, 8), falsas atribuciones de paternidad, simulaciones o suposiciones de parto, o incluso sustituciones del recién nacido (Dig. 25, 3, 1; Dig. 48, 10, 30, 1; Dig. 48, 10, 19, 1; Dig. 48, 2, 11, 1). Pero la *custodia* va más allá, porque los *custodes ventris* no sólo velan por los intereses del nonato, sino que también vigilan los intereses del *pater*, de la familia y, por supuesto, del pueblo romano; por lo que el Pretor debe cuidar de favorecer la llegada de un nuevo individuo (*partus*) en interés del *pater*, de la familia, y, de igual modo, en beneficio de la comunidad (*Res publica*).

¹¹ Dig. 37, 9, 1, 15: "[...] *causis ventri quoque subvenire Praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus, [...]* *partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur; partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur*".

Precisamente en este texto es donde encontramos la auténtica razón de la protección del *nascitutus*, consistente en la preservación del principal de sus derechos: el derecho a nacer

Una aproximación a la Cura embrionis

La fecundación in vitro es una técnica mundialmente admitida consistente en fecundar ovocitos fuera del cuerpo de la madre. Al fecundar múltiples óvulos surge el problema de qué hacer con los “sobrantes” después de ser implantado uno o varios en el útero de la mujer. Una solución es congelar esos embriones no implantados a temperaturas muy bajas (entre - 80° C y - 196° C) – lo que se denomina crioconservación o criopreservación –, pero el problema es ¿qué se hace con ellos?, ¿cómo se tratan?, ¿cómo se regula el uso de los mismos?, [...]

La tutela de los derechos del concebido se ha previsto tradicionalmente sobre la base de que el embrión se encuentre “en el seno materno”, fórmula que deriva de la expresión latina “qui in utero est”. Sin embargo, esta nueva perspectiva llevaría a percibir una nueva figura adaptada a la nueva realidad, un “curator ventris del Siglo XXI”; o lo que parece más apropiado a la nueva situación: un “curator embrionis”.

En palabras de uno de los mayores estudiosos sobre este asunto, el argentino Ricardo Rabinovich-Berkman:

“La del “curator embrionis”, el “tutor especial de los embriones y ovocitos pronucleados crío-preservados”, es una institución que se yergue desde las profundas raíces jurídicas del pasado, con los ojos puestos en el futuro, y en su savia una filosofía de apoyo a la existencia, de respeto a la maravilla cósmica de nuestra especie y de cada uno de sus individuos, que atraviesa los milenios [...]”¹².

Hasta ahora, el único país que ha dado un paso adelante en el sentido indicado más arriba ha sido Argentina, y lo ha hecho por vía jurisprudencial: En 1999, la Cámara de Apelaciones en lo Civil dictó una sentencia que, entre otras interesantes medidas, establecía que todo ser humano es persona desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; por tanto, el óvulo fecundado es una persona que debe ser protegida, al igual que los ovocitos pronucleados.

España fue pionera en lo que respecta a la regulación de la reproducción asistida en Europa. La primera ley que abordó en profundidad el asunto fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, regulando nuevamente la fecundación in vitro (FIV) y la crioconservación de embriones humanos.

Para reforzar estas garantías se promulgó la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, complementa la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, cuyas disposiciones regulan la extracción y trasplante de órganos en los términos de cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos hu-

(“[...] partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat [..]”).

¹² En PERSONA, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, en la web: <http://www.revis-tapersona.com.ar/Persona35/35Editorial.htm>.

manos de personas vivas o muertas, para ser utilizados con fines terapéuticos.

En 1997, mediante el Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo (artículo 1), dependiente del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, cuyo principal fin es asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Como se indica en el propio RD, “con la creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se recogen, tanto la experiencia internacional en este campo, como los criterios de las Recomendaciones 1. 046, de 24 de septiembre de 1986, y 1. 100, de 2 de febrero de 1989, del Consejo de Europa a sus Estados miembros, [...] se posibilitará la mejor utilización de las técnicas de reproducción asistida y su adecuación a las necesidades de nuestra sociedad”.

La mencionada Comisión, cuya regulación se establece mediante el presente Real Decreto, ha de convertirse, tal y como prevé nuestra legislación, en un órgano permanente de consulta y asesoramiento para el Gobierno y las Administraciones sanitarias competentes.

El citado Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, fue modificado por el Real Decreto 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes.

Esta nueva ley tiene entre sus objetivos definir claramente el concepto de preembrión, entendiendo por tal al “embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”; prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos; concreta qué técnicas de reproducción asistida pueden practicarse con objeto a la nueva regulación¹³; da solución, a través de la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, a los problemas derivados de la esterilidad; y abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas, orientadas a salvar la vida del familiar enfermo, mediante la posibilidad de seleccionar preembriones, bajo el debido control y autorización administrativos.

Con esta ley se pretende, asimismo, desarrollar los instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión, eliminando los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo.

¹³ Que, “según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día”; y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comi-

NE DAMNA PROVINCIALIBUS INFLIGANTUR: ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN RURAL EN LA LEGISLACIÓN DE ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANA¹

Elena Quintana Orive²,
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: En el artículo se hace referencia a diferentes leyes, recogidas en el Código Teodosiano y en el Código de Justiniano, que castigaban los abusos y extorsiones cometidas por los gobernadores provinciales y sus oficiales en materia de recaudación de impuestos y de administración de justicia, así como de las medidas dirigidas a evitar el enriquecimiento personal de dichos funcionarios a costa de la población provincial, especialmente de los campesinos (CTh. 11. 8. 2, CTh. 8. 1. 4, CTh. 8. 15. 3-5, CTh. 11. 11. 1, C. 1. 53, C. 11. 55. 2, etc. [...]).

Palabras clave: Crimen Repetundarum, Protección, Población Rural, Funcionarios Provinciales, Código Teodosiano, Código de Justiniano

¹ Este artículo desarrolla la ponencia presentada con el mismo título en el Congreso Internacional celebrado el día 6 de noviembre de 2018 en la NBU de Sofía sobre el tema: "Rights of citizens and their protection", con ocasión del Doctorado Honoris Causa del Profesor Antonio Fernández de Buján, y se enmarca dentro del Proyecto de Investigación: "La construcción de un Derecho administrativo, medioambiental y fiscal romano" (DER 2017-82833-P), dirigido por el Profesor Antonio Fernández de Buján.

² E-mail: elena.quintana@uam.es

NE DAMNA PROVINCIALIBUS INFLIGANTUR: SOME OBSERVATIONS ON THE PROTECTION OF THE RURAL POPULATION IN THE POST-CLASSICAL AND JUSTINIAN LAW

Elena Quintana Orive,
Autonomous University of Madrid

Abstract: In the article reference is made to different laws, included in the Theodosian Code and the Justinian Code, which punished the abuses and extortions committed by the provincial governors and their officials in the area of tax collection and administration of justice, as well as of the measures aimed at avoiding the personal enrichment of these officials at the expense of the provincial population, especially the peasants.

Palabras clave: Crimen Repetundarum, Protection, Rural Population, Provincial Officials, Theodosian Code, Justinian Code

El temor suscitado sobre la población rural por los abusos de los funcionarios provinciales desde el siglo IV es tratado en numerosas leyes contenidas en el Código Teodosiano y en el de Justiniano destinadas a la protección de los ciudadanos más débiles³.

En materia de protección de los derechos de la mujer en las provincias, la legislación del siglo IV introdujo medidas para castigar los posibles abusos de los gobernadores⁴: así, en CTh. 3. 11. 1, publicada en Tesalónica el 17 de junio del año 380 y reproducida en C. 5. 7. 1, los emperadores Graciano, Valentiniano II y Teodosio I, castigan con una multa de diez libras de oro al gobernador provincial que abusando de su autoridad (*occasione potestatis utatur*) hubiese querido contraer matrimonio con una mujer *sui* o *alieni iuris* contra su voluntad o contra la del que tuviese sobre ella la patria potestad, siendo también expulsado del Senado y prohibiéndosele que, una vez hubiese cesado en el cargo, pueda volver a ocupar la dignidad de *clarissimus*. Además, se dispone que si el gobernador, después de la condena, hubiese intentado desempeñar dicha dignidad, que le fue prohibida, no se le permita residir durante dos años seguidos en esa provincia⁵.

³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Público Romano*, 21 ed., Cizur Menor, 2018, p. 286.

⁴ Sobre las competencias de los gobernadores provinciales en el Bajo Imperio, SLOOTJES D., *The Governor and his Subjects in the Later Roman Empire*, Leiden-Boston, 2006.

⁵ Se añade también en CTh. 3. 11. 1 que mientras el gobernador esté en el ejercicio de su cargo se permite que la mujer y su familia puedan substraerse de la jurisdicción penal y civil de aquél, quedando obligado el defensor civitatis, ayudado por los propios alguaciles (*apparitores*) del gobernador, a cuidar de que se cumpla esta norma y a elevar al juez competente la instancia promovida por la mujer o su familia; se ordena también que para conocer todas las causas civiles y criminales que les afecten sea juez competente el vicario de la diócesis a la que pertenecía el gobernador, en tanto que superior jerárquico de éste, y que en caso de que hubiese sido el mismo vicario u otro funcionario de análoga autoridad el que hubiere empleado la violencia contra la mujer o sus familiares, tenga competencia para conocer de dichas causas otro iudex de la diócesis, y si también éste fuese sospechoso le corresponderá al prefecto del pretorio dicha función mientras los funcionarios anteriores permanezcan en el cargo. Sobre este tema, véase recientemente, QUINTANA ORIVE E., *Si quis contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia in qua officium aliquid gerit*: algunas consideraciones sobre el

En materia de recaudación de impuestos y de administración de justicia, eran muy frecuentes los abusos por parte de los gobernadores provinciales y de su officium: en CTh. 12. 9. 1 se establece que el gobernador no podía utilizar lo recaudado de los impuestos para fines diferentes a los que estaban destinados, y añade que tampoco le estaba permitido realizar préstamos con dichos fondos, estando castigada también la mera tentativa por parte del gobernador. Las infracciones realizadas por los cobradores de las oficinas del gobernador (exactores) son castigadas en diversas constituciones, por ejemplo, en CTh. 11. 7. 1, que dispone que la exactio debe ser hecha sine concussionem, y en CTh. 11. 8. 2, a. 400 (=C. 10. 20. 1) en la que se ordena que lo cobrado ilícitamente sea devuelto por el duplo a los habitantes de las provincias, "mas si alguno de los cobradores se hubiere habituado al crimen de la exacción indebida (superexactionis crimen), se ha de rechazar e impedir su codicia con la pena capital si perseverase en los delitos"⁶. Asimismo, se castigó muy severamente las infracciones de los funcionarios provinciales en materia tributaria como, por ejemplo, los actos violentos realizados en el cobro de impuestos por falta de pago por parte de los contribuyentes o cuando el pago hubiese tenido lugar fuera de tiempo (CTh. 10. 4. 1, CTh. 11. 7. 3, [...]).

Por lo que hace a la administración de justicia⁷, CTh. 1. 16. 7 se refiere a la tutela en favor de los provinciales contra las ilícitas exacciones que, por parte del officium praesidis, podían ser pedidas en varios momentos del procedimiento civil, y se castigan estas extorsiones como crimen concussionis con gran dureza e incluso, en algunos casos, con la pena capital. Numerosas fuentes se refieren a la mala administración de la justicia⁸, por ejemplo, a la ausencia injustificada del iudex en la causa (CTh. 1. 5. 1, CTh. 1. 16. 6, [...]), a la obstrucción procesal (CTh. 1. 12. 1, CTh. 11. 30. 8, [...])⁹, o al trato ilegal o vejatorio a acusados y detenidos (CTh. 1. 22. 2, CTh. 11. 30. 2, [...]).

matrimonio de los funcionarios en Derecho Romano, Estudios en homenaje al Profesor José María Miquel, coord. Luis Díez-Picazo, vol. 2, Madrid, 2014, pp. 2623 ss.

⁶ NOETHLICHS K. L., *Beamtentum und Dienstvergehen. Zur Staatsverwaltung in der Spätantike*, Wiesbaden, 1981, pp. 116 ss.; DUPONT CL., *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions*, Lille, 1953, pp. 87 ss.

⁷ DE MARINI AVONZO F., *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero. 1. I principii generali del processo in un editto di Costantino*, Studi Urbinati, 31, 1962-1963, pp. 297 ss.

⁸ NOETHLICHS K. L., *Beamtentum und Dienstvergehen...*, op. cit., pp. 159 ss.

⁹ Era frecuente el retraso en los procesos por pereza o negligencia de los jueces o de los funcionarios subalternos, estableciéndose plazos más firmes: en CTh. 1. 12. 1 (a. 315) se establece que el gobernador deberá oír públicamente todas las causas civiles y, principalmente, aquéllas que por fama son más célebres, y también los casos criminales, y se establece que las actas sean concluidas al tercer día, o a más tardar al cuarto, o indefectiblemente al quinto.

2.

Las fuentes jurídicas de época postclásica y justiniana reprimieron toda actividad de lucro que produjese un enriquecimiento personal de los funcionarios en las provincias, y concretamente se reafirmó la prohibición, que ya desde época republicana¹⁰, afectaba a los gobernadores y funcionarios en general, de adquirir bienes o de recibir donaciones de los provinciales.

El emperador Constantino publicó varias constituciones relacionadas con este tema: la primera de ellas, recogida en CTh. 8. 15. 1. 2¹¹ (“ne quis in administratione constitutos aliquid compararet”) y tomada del título “de his, quae administrantibus vel publicum officium gerentibus distracta sunt vel donata”, establece que el *praepositus pagi* no puede comprar ni en la aldea (*pagus*) en la que desempeña su oficio ni siquiera en otro pueblo, en caso de incumplir dicha prohibición las cosas compradas le serán confiscadas¹².

¹⁰Ya la *lex lulia repetundarum* (59 a. C.) prohibió la usucapión de las donaciones hechas a los gobernadores y a los pretores en provincias (D. 48. 11. 8 pr.) y sancionaba con la invalidez las ventas y arrendamientos “realizados por un precio mayor o menor del justo, por causa de concusión” (D. 48. 11. 8. 1). La ley prohibió que los magistrados o quienes tuviesen un oficio o cargo público recibiesen pecunia salvo que las cantidades hubiesen sido entregadas por sus parientes cognados hasta el sexto grado o por su mujer (D. 48. 11. 1 pr. -1). Una mitigación de esta prohibición resulta en la ley para los magistrados de la ciudad de Roma en D. 48. 11. 6. 2 que permitía que recibiesen como regalo o gratificación (*doni muneris*) cantidades inferiores a cien áureos (100.000 sestericios). Nos dice VENTURINI C., *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979, pp. 490 ss., que la *lex lulia repetundarum* contenía determinadas excepciones a la prohibición de aceptar donaciones con las cuales se salvaguardaba el tradicional derecho de los gobernadores provinciales de exigir para sí y para los miembros de su séquito determinadas contribuciones en dinero o in natura dirigidas a facilitar su sustento y alojamiento (Cic., *Att.*, 5. 10. 2; 5. 16. 3; 5. 21. 5; Cic., *ad fam.*, 2. 17. 4). En época imperial, la prohibición fue mitigada respecto de las donaciones de modesta entidad denominadas *xenia* (D. 1. 16. 6. 3; Ulp., 1 de off. proc.: el *procónsul* no deberá de abstenerse totalmente de aceptar los *xenia*, pero sí con moderación de tal manera que ni desdeñosamente los rechace en todo caso, ni se exceda con avaricia en la cuantía de los regalos. Los emperadores Alejandro Severo y Antonino Caracalla moderaron con elegancia este asunto en una epístola en los siguientes términos: en lo tocante a los regalos, escucha lo que pensamos. Hay un viejo proverbio “que dice, en griego”: ni todos, ni siempre, ni de todos; en efecto, es muy descortés no aceptarlos de nadie, pero muy indigno aceptarlos siempre y muy avaro aceptarlos todos. Y lo que se contiene en los mandatos de que el mismo *procónsul* o el que tuviese otro cargo en la provincia no acepte ningún obsequio o presente, o no compre cosa alguna salvo para el sustento cotidiano, no se refiere a los pequeños regalos, sino a los que excedan de lo comestible).

¹¹ Se recoge en esta disposición una controversia presentada en primera instancia ante el *praefectus Aegypti* y posteriormente impugnada ante el emperador Constantino. BIANCHINI M., *L'imperatore Costantino e una certa Agripina. Riflessioni su CTh. 8. 15. 1, Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. III, Napoli, 1984, pp. 1191-1206. Véase también, DUPONT C., *La vente et les constitutions socioéconomiques dans l'empire romain de 312 à 535 après Jésus-Christ*, RIDA, 19, Bruxelles, 1972, pp. 275 ss.

¹² MANFREDINI A. D., *Gli ufficiali terribili e i doni dei rurali* (CTh. 11. 11. 1), *Atti del Convegno*

El mismo emperador dispone en C. 2. 19. 11 (a. 326) que si alguno hubiese tenido miedo de quien desempeñase un cargo medio (*in mediocri officio constitutum*) y le hubiese transmitido a esta persona, a título de venta, una cosa situada en la misma provincia o lugar en el que ejerce su cargo, tendrá derecho a que se le restituya la cosa sin tener que devolver el precio pagado por la misma (*fuerit reddatur et nihilo minus etiam pecunia retineatur*)¹³. La misma sanción se establece si el funcionario realizó la compra utilizando indebidamente el nombre de su cónyuge o de un amigo¹⁴.

El temor suscitado por los funcionarios a la población es tratado especialmente en la legislación de Valentiniano I¹⁵ en tres leyes contenidas en CTh. 8. 15 (“*De his, quae administrantibus vel publicum officium gerentibus distracta sunt vel donata*”) que fueron después derogadas por Nov. Val. 10 y que tampoco fueron tampoco recogidas en C. J. 1. 53 (“*de contractibus iudicum vel eorum qui sunt circa eos et inhibendis donationibus in eos faciendis et ne administrationis tempore proprias aedes aedificent sine sanctione pragmatica*”)¹⁶: las dos primeras, CTh. 8. 15. 3 y 4, son de los años 364¹⁷ y 365, y la

internazionale su Corruzione, Repressione e Rivolta morale nella Tarda Antichità, a cura di Rosario Soraci, Catania, 1999, p. 280.

¹³ Ahora bien, frente a la legislación postclásica y justiniana, vemos que los juristas de época de los Antoninos y de los Severos fueron bastante prudentes a la hora de considerar los abusos de los magistrados y funcionarios frente a los ciudadanos; así, traemos a colación un fragmento de Ulpiano recogido en D. 4. 2. 3. 1 en el que se dice que en caso de que un particular hubiese concluido un negocio jurídico por temor o violencia, deberá tratarse de una violencia moral atrox para que pueda ser invocada la *metus causa* y obtener la parte perjudicada la *restitutio in integrum*. Y en este sentido, Ulpiano citando a Pomponio señala que, si un magistrado o gobernador provincial actuase injustamente, tendrá aplicación el edicto de *metus causa*; por ejemplo, añade Pomponio, es el caso del magistrado que hubiese sacado dinero a alguien por amenaza de muerte o de azotes. Los emperadores Diocleciano y Maximiano publicaron varias constituciones en las que se establecía que el que invoque la *metus causa* deberá probar la amenaza de estos hechos graves del magistrado (C. 2. 19. 6; 294; C. 2. 19. 9; 300). MANFREDINI A. D., *Gli ufficiali terribile dei rurali* (CTh. 11. 11. 1), op. cit., p. 279.

¹⁴ MANFREDINI A. D., *Gli ufficiali terribile dei rurali* (CTh. 11. 11. 1), op. cit., p. 280.

¹⁵ Sobre la vida y obra de este emperador, SORACI R., *L'imperatore Valentiniano I*, Catania, 1971.

¹⁶ MANFREDINI A. D., *Gli ufficiali terribile dei rurali* (CTh. 11. 11. 1), op. cit., pp. 281-282.

¹⁷ Valentiniano I luchó contra la corrupción existente en la Administración de su época y una de sus medidas más significativas fue la creación en el año 364 del *defensor civitatis*, magistrado municipal establecido en las ciudades más importantes del Imperio para defender a la clase campesina y a los decuriones de las vejaciones de los potentiores (*plebes omnis Inlyrici officii patronorum contra potentium defendatur iniurias*: CTh. 1. 29. 1). Así, se desprende de CTh. 1. 29. 3 y 5 que eran frecuentes las injusticias cometidas contra la población tanto por parte de los exceptores como de los jefes del *officium* de los gobernadores, y en CTh. 11. 8. 3 (a. 409) se otorga a los *defensores civitatis* poderes de policía para el arresto e investigación preliminar respecto de los delitos cometidos por los susceptores en el ejercicio de sus

tercera, CTh. 8. 15. 5, es de fecha incierta: en estas disposiciones se prohíbe a todos los funcionarios publicum munus agitantes (CTh. 8. 15. 4) adquirir fundos (possessiones y aedes), esclavos y mobilia en la provincia en la que desempeñan su cargo, tampoco por persona interpuesta¹⁸.

Se dispone también en la ley que, si la compraventa hubiese tenido lugar, se admitiese entonces la reivindicación de la cosa vendida por parte del vendedor pudiendo este último retener el precio recibido. Si después de cinco años el vendedor no hubiese hecho valer su derecho podría ser reivindicada la cosa por el Fisco (CTh. 8. 15. 5).

Aún más, en una constitución de fecha incierta (368?) contenida en CTh. 11. 11. 1 (Ne damna provincialibus infligantur)¹⁹, que se recoge interpolada en C. 11. 55. 2, bajo el título Ut rusticani ad nullum obsequium devocentur, y dirigida a Probo, prefecto del pretorio de Iliria, se hace referencia a los administradores públicos que, sobre todo en los ambientes rurales más vulnerables, instrumentalizan el temor suscitado por sus funciones públicas para exigir, coactivamente, servicios y donaciones a los campesinos²⁰.

La ley se dirige a todos los administradores, en el sentido más amplio, y establece lo siguiente: si alguno de los oficiales impone a un campesino un obsequium (=munus civile o publicum) como si éste fuese su esclavo, o utiliza un esclavo o un buey del campesino como si fuese propio²¹, o le exige, como

funciones fiscales. HÖPPFNER A., Un aspect de la lutte de Valentinien I contra le Sénat. La creation du defensor plebis, RH, 182, Paris, 1938, pp. 225 ss.; GANGHOFFER R., L' évolution des institutions municipales en Occident et en Orient au Bas Empire, Paris, 1963, pp. 163 ss.; MANNINO V., Ricerche sul defensor civitatis, Milano, 1984; PERGAMI F., Sulla istituzione del defensor civitatis, SDHI, 61, Roma, 1995, pp. 413 ss.; FRAKES R. M., Contra potentium iniurias: the Defensor civitatis and Late Roman Justice, München, 2001.

¹⁸ A excepción de los bienes paternos los cuales les era lícito comprar, quizás para evitar la dispersión de los mismos, como se admitió en D. 18. 1. 62 (Mod., 5 reg.) en el que se dice que quien hubiese desempeñado un cargo civil o militar en una provincia pudiese adquirir en ella únicamente los bienes de su padre cuando fuesen vendidos por el Fisco, igualmente en D. 49. 16. 9 se establece que a los militares se les prohíbe comprar predios en aquellas provincias en las que militan, salvo si el Fisco vendiera los de su familia paterna por dispensa concedida para este caso por los emperadores Alejandro Severo y Antonino Caracalla. Nos dice MANFREDINI, Gli ufficiali terribile dei rurali (CTh. 11. 11. 1), op. cit., p. 281 n. 23, recogiendo la opinión de Godofredo, que esto sería porque el Fisco podía asegurarse así que el militar los adquiriría por su precio justo y no uno inferior.

¹⁹ Brev. 11. 5. 1. Interpretatio: Si quicumque ex his, qui provinciarum rectoribus coniunguntur aut militant, vel qui agunt in diversis officiis principatus, vel quicumque sub occasione publici actus videntur esse terribiles, rusticano alicui necessitatem servitii, velut sui iuris mancipio imposuerint, aut servum ipsius aut bovem in sui operis utilitatem transtulerint, sive xenia aut quaelibet munera crediderint exigenda, vel si oblata non recusaverint, ultimo exitio deputantur, et rerum suarum amissione damnantur.

²⁰ MANFREDINI A. D., Gli ufficiali terribili dei rurali (CTh. 11. 11. 1.), op. cit., pp. 283-286.

²¹ Libanio (Orat., L) nos habla de similares imposiciones a los campesinos, obligados a po-

si fuesen debidos por ley, *xenia* aut *munuscula*²², será castigado con la confiscación de todos sus bienes y con la pena de muerte²³ (*ultimo subiugetur exitio*)²⁴. La misma pena se impondrá al campesino que, una vez interrogado, diga que ha ofrecido sus servicios espontáneamente²⁵.

Añade Manfredini²⁶ que las sanciones que establecen Valentiniano y Valente son más duras que las recogidas en las constituciones anteriores ya que se dispone la pena de muerte y la confiscación de los bienes frente a la tradicional acción por el cuádruplo que los habitantes de los pueblos prácticamente nunca habrían podido ejercitar²⁷.

En la legislación de Justiniano, se recoge en C. 1. 53. 1 (a. 528), dirigida al prefecto del pretorio Mena, una serie de limitaciones que afectaban a todos aquellos que desempeñasen un cargo administrativo como eran la prohibición de comprar bienes muebles e inmuebles o de edificar casas en la provincia en la que hubieran sido destinados a no ser que hubiesen obtenido per-

nerse ellos mismos a disposición de las autoridades ciudadanas, o sus carros y sus bueyes para limpiar de escombros las calles de la ciudad de Antioquía.

²² *Munusculum* asume el significado, desde antiguo, de pequeño regalo dirigido a amigos o a personas queridas (Cic., *Fam.*, IX, 12, 2: *sed ego hospiti veteri et amico munusculum mittere [volui] levidense, crasso filo, cuiusmodi ipsius solent esse munera*). ELIA F., CTh. 11. 11. 1: *spartiacque fra liceità ed illiceità dei munuscula e degli xenia*, *Atti del Convegno internazionale su Corruzione, Repressione e Rivolta morale nella Tarda Antichità*, a cura di Rosario Soraci, Catania, 1999, pp. 475-478. Señala MANFREDINI A. D., op. cit., p. 291, que, a tenor de esta constitución de Valentiniano y Valente, los *xenia* podían ser aceptados por los funcionarios, pero no exigidos coactivamente, mientras que los *munera* no podían ser aceptados, aunque fuesen ofrecidos espontáneamente.

²³ La condena capital contra quienes fuesen culpables de exigir más de lo debido fue reafirmada por Arcadio en CTh. 11. 8. 1 (a. 397).

²⁴ Justiniano interpola en C. 11. 55. 2 este fragmento y sustituye la pena de muerte por la de exilio perpetuo (*subiugetur exilio perpetuo*).

²⁵ En este sentido, señala ELIA, CTh. 11. 11. 1: *spartiacque fra liceità ed illiceità dei munuscula e degli xenia*, op. cit., p. 493 que la finalidad de la disposición se dirige a "frenare il malcostume di quanti, con la ricezione di omaggi resi apparentemente spontanei, coartassero, abusando della loro posizione, humiliore e possidentes".

²⁶ MANFREDINI A. D., *Gli ufficiali terribili dei rurali* (CTh. 11. 11. 1.), op. cit., p. 291 i. f.

²⁷ Estas situaciones que hemos recogido entrarían dentro del crimen *repetundarum* que en época imperial comprende también todo abuso de poder. En época postclásica se distingue dentro del crimen *repetundarum* entre una vía judicial civil dirigida al resarcimiento del daño causado por el funcionario y a la imposición de penas pecuniarias (pena del cuádruplo: CTh. 9. 27. 3=C. 9. 27. 1; C. 1. 51. 3) y una vía judicial penal *extra ordinem* que se refiere a los supuestos más graves, en la que se imponen penas tales como la pena capital, la deportación a una isla o el destierro (D. 48. 11. 7. 3). VENTURINI C., *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979; ID., *Concussione e corruzione: origine romanistiche di una problematica attuale*, Studi Biscardi, VI, Milano, 1987.

miso por rescripto del emperador ([...] emere quidem mobiles vel immobiles res vel domus extruere non aliter possint [...]).

Igualmente se establece en la ley que no serán válidas las donaciones que recibiesen los funcionarios cualesquiera que fuesen los objetos y el valor de los mismos a no ser que, una vez que el funcionario hubiese abandonado su cargo, el donante hubiese ratificado por escrito la donación o transcurrido un periodo de cinco años durante el cual ni el donante ni sus sucesores hubiesen formulado querrela sobre dichas donaciones (*nisi post administrationem depositam vel specialiter in scriptis donator eandem donationem ratam habuerit vel tempus quinquennale praeterierit, in quo nulla querella super isdem donationibus vel ab ipso donatore vel ab successoribus eius facta sit*).

Es interesante señalar que esta normativa se endurece para los gobernadores provinciales ya que en estos casos se dice que no será válida la venta o la donación que se les hubiese hecho, aunque hubiese transcurrido el periodo de cinco años después de haber cesado en su administración o que después de la venta hubiese dado su consentimiento el donante o el vendedor, si bien se exceptúa de esta prohibición aquellas cosas que son necesarias para el sustento y el vestido²⁸. De igual forma se establece en la ley que durante el ejercicio de su cargo los gobernadores no podrán edificar casas en la provincia.

Igualmente se dice en C. 1. 53. 3 que quedarán afectados por estas prohibiciones los domésticos y consejeros de los gobernadores provinciales, que ni por persona interpuesta pueda hacerse alguna de estas cosas sin incurrir en responsabilidad ([...] *ut nec per interpositam personam aliquid eorum sine periculo possit perpetrari*).

Para terminar, vemos que toda esta legislación encaminada a proteger, principalmente, a los habitantes de las poblaciones rurales se recoge también en la legislación bizantina de los emperadores Basilio I (867-886) y de su hijo León VI el Filósofo (886-912): el primero de ellos dispuso en *Eisagoge* 23. 19 que "si se descubre que el gobernador local es dueño de un bien, ya por donación de alguno de los que están bajo su potestad, ya por compra, no obtendrá ganancia alguna de estos actos, ni la posesión obtenida por donación o por enajenación se hará firme con el paso del tiempo, sino que, tanto si sigue siendo gobernador como si ha abandonado el cargo, pase el tiempo que pase, si el anterior propietario reclama la propiedad, aquél será privado de aquello de lo que se consideró propietario por compra o por donación, mientras que el anterior propietario, confirmado como dueño gracias a su

²⁸ *Provincias vero moderantibus non solum donationes, sed etiam emptiones quarumcumque mobilium vel immobilium rerum praeter eas, quae ad alimonias vel vestem perinent, et aedificationes, licet sacri apices aliquid eorum permiserint, penitus interdiximus. Nec ratum sit, quod is donatione vel venditione datum est, licet quinquennale tempus post depositam administrationem excesserit vel consensus donatoris vel venditoris post eandem administrationem adiectus sit.*

reclamación, recuperará lo que es suyo, sin que “prescripción” temporal alguna le impida recuperar lo que es suyo”²⁹.

Igualmente, en Nov. 84 de León VI (Ut negotiari liceat magistratibus urbis nec non aedificare pariter ac iis qui extra urbem sunt praeter praesidem) se permitió a los funcionarios de Constantinopla y a los funcionarios provinciales, con excepción del gobernador provincial, que pudiesen comprar bienes, edificar casas y recibir donaciones, siempre que los funcionarios provinciales hubiesen realizado dichos actos con la aprobación previa del gobernador provincial, ya que de lo contrario serían removidos de su cargo³⁰.

²⁹ SIGNÉS CODOÑER J. - ANDRÉS SANTOS F. J., *La Introducción al Derecho (Eisagoge) del Patriarca Focio*, Madrid, 2007, pp. 419-420.

³⁰ OSTROGORSKY G., *Historia del Estado Bizantino*, trad. J. Facci, Madrid, 1984, p. 257, señala que detrás de esta medida está el proceso de fortalecimiento de la aristocracia bizantina y del consiguiente debilitamiento del poder imperial. Como consecuencia de esta situación, León VI favoreció a la nobleza y le otorgó los más altos cargos de la Administración Pública.

INTERÉS PÚBLICO E INTERÉS PRIVADO EN LA 1ª LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LAS AGUAS*

Gabriel M. Gerez Kraemer¹,
Universidad San Pablo CEU de Madrid

Resumen: En 1918 y hasta 1930, en la URSS los bolcheviques cerraron las facultades de derecho e historia. Poco después de su reapertura, en los años 40, las disciplinas histórico-jurídicas - entre ellas el derecho romano - fueron eliminadas de los planes de estudio, por vehicular valores propios del "liberalismo burgués occidental", entre los que destacaba la propiedad privada. En la constitución de 1936 sólo se hablaba de 2 formas de propiedad - la del Estado y la cooperativa aboliéndose expresamente la propiedad privada. El agua, en concreto, pasaba a ser (art. 6) propiedad del Estado, junto con - entre otros bienes - la tierra, el subsuelo, los bosques, las minas [...].

Sin embargo, si nos fijamos en el régimen de las aguas en el derecho romano, podemos apreciar que existieron las aguas privadas (junto a las aguas públicas) pero - y esto queremos destacarlo aquí- sus usos y aprovechamientos estuvieron siempre sometidos al interés público.

Los testimonios al respecto son muy numerosos. En nuestro país sobresale al respecto una ley, la ley Ursonensis, por tratarse de nuestra primera ley sobre las aguas. Su análisis evidencia, como podrá apreciar el lector, una sensibilidad hacia lo público, hacia el interés común, que exige ser "enseñado" o "exhibido" para evitar confusiones con resultados como los que acabamos de referir.

Palabras clave: Interés público e interés privado, derecho de aguas, derecho romano, historia de las instituciones jurídicas

¹ E-mail: gerkra@ceu.es

PUBLIC AND PRIVATE INTEREST IN THE FIRST SPANISH LAW ON WATERS

Gabriel M. Gerez Kraemer,
University CEU San Pablo, Madrid

Abstract: In 1918 and until 1930, in the USSR, the Bolshevics closed the faculties of law and history. Shortly after its reopening, in the 1940s, the historical-juridical disciplines - including Roman law - were eliminated from the curricula, for conveying values of "Western bourgeois liberalism", among which private property. According to that, in the 1936's Russian constitution there was only 2 forms of property: that of the State (patrimony of all the people) and the cooperative-kolkhozian (of cooperative associations). The private property, instead, was expressly abolished. Water, in particular, became (Article 6) property of the State, along with land, subsoil, forests, mines [...].

However, if we look at the regime of waters in Roman law, we can see that there were private waters and public waters but it is surprising also how their uses and exploitation were always subject to public interest. It is something, as we will show, then you can recognize from the beginning and, in Spain, since the first law concerning water, the Lex Ursonensis.

Keywords: Public and Private Interest, Water Law, Roman Law, History of Legal Institutions

Introducción

En la Península Ibérica está documentada la existencia de obras hidráulicas desde fechas muy anteriores a la romanización: antes del desembarco de los romanos en la Península, a finales del s. III a. C., coexisten en la Península diferentes pueblos y culturas entre los que sobresalen tartesios y turdetanos, iberos, celtíberos y celtas².

Las referencias a ellos suelen ser indirectas y tardías (en la obra de Estrabón encontramos el mayor número) o de naturaleza arqueológica. La escasez de estas últimas y su propia entidad limitan su utilidad a informaciones de naturaleza sociológica y organizativa. Gracias a ellas, sabemos que existieron, desde muy antiguo, infraestructuras hidráulicas también en la Península: está documentada la existencia de una cisterna de agua excavada en Peñalosa (Jaén) para consumo humano y del ganado y para riego³; en el yacimiento de los Millares, en Almería, se han encontrado vestigios de una cisterna⁴; también hay vestigios de un canal de desagüe prerromano en el cauce del río Mijares, en Castellón (yacimiento Vinarragell 5); y de una cisterna de la época helénica en Ampurias⁵. Estrabón, por su parte, hace referencia a unos canales

² * Las líneas que siguen son, en parte, contenido de una conferencia impartida en la New Bulgarian University, con motivo del nombramiento como Doctor Honoris Causa de mi admirado maestro, D. Antonio Fernández de Buján, a instancias de la profesora de Derecho Romano de dicha universidad, Dña. Malina Novkirishka.

VV. AA., De la Protohistoria a la conquista romana (T. I. 2), Rialp, 1999.

³ Actualmente municipio de Baños de la Encina, al norte de Bailén. MORENO ONORATO ET ALII, Nuevas aportaciones al estudio del control del agua en la edad del bronce. La cisterna de Peñalosa (Baños de la Encina, Jaén), CPAG 18, 2008, 297-316. ISSN: 0211-3228 (<http://revistaseug.ugr.es/index.php/cpag/article/view/748/834>).

⁴ SIRET, L., L'Espagne préhistorique, *Revue des Questions Scientifiques* XXXIV, pp. 537-560, 1893; ALMAGRO, M., ARRIBAS, A. El poblado y la necrópolis megalítica de Los Millares (Santa Fe de Mondújar, Almería), *Biblioteca Praehistorica Hispanica* III, Madrid, 1963; MOLINA, F., CÁMARA, J. A. (2005): *Guía del yacimiento arqueológico Los Millares*, Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, Consejería de Cultura. Junta de Andalucía, Sevilla.

⁵ MESADO N., *Vinarragell (Burriana-Castellón)*, Valencia 1974, 33 s., láms. X-XII y ROMANELLI P., *Topografía e Archeologia dell' Africa Romana*, Turín 1970, 215. Ambos en BLÁZQUEZ MARTÍNEZ J. M., *La administración del agua en la Hispania romana*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbp0d1>

tartésicos (3. 2. 5). Son estas las 1^{as} muestras, algunas de la Edad de Bronce, de lo que podríamos denominar una “política” de control del agua.

Pero son del todo inexistentes evidencias de naturaleza normativa. Los Bronces de Botorrita, los primeros textos jurídicos que hablan de las aguas no pueden considerarse una fuente prerromana. Lo impide su datación, del 1er tercio del s. I a. C. (el 87 a. C. la 2^a tabla), pero también su contenido. En efecto, allí se levanta acta de un pleito cuyos términos son indudablemente romanos⁶, y algunos de los nombres que recoge el listado de la tabla 3^a son latinos. Deben su nombre al lugar de su descubrimiento, un yacimiento situado cerca de Botorrita, municipio a unos 20km al sur de Zaragoza, donde se encontraba la ciudad celtíbera y romana de Contrebia Belaisca⁷. Se trata de un total de 4 grandes bronce, de los cuales 3 son de carácter jurídico (BB I, II y IV). Destaca el 2^o (BB II)⁸ por estar redactado en latín y por su contenido puesto que versa sobre un juicio que enfrenta a dos comunidades, relativo a la posibilidad de construir un canal o acequia para traer agua (*rivi faciendi aquaive ducendae causa*). No se trata pues de una norma (a diferencia de la *lex coloniae genitivae iuliae*, por ejemplo, o de la *lex Salpensana*) pero su contenido reviste un gran interés puesto que reproduce los términos de un litigio y es, por ello, reflejo de un determinado ordenamiento⁹.

La conquista de la Península se llevó a cabo entre los siglos III y I a. C. desde el este y el sur hasta el norte. La progresiva romanización que siguió fue de las más destacadas de entre las distintas provincias romanas. La sociedad se estructuró conforme al modelo romano, al igual que el resto del Imperio, en todas sus dimensiones: la política, la militar, la cultural y científica pero también la religiosa, la urbanística, la técnica y, como no, también la jurídica.

La romanización de la Península no fue, sin embargo, un efecto inmediato de la conquista sino resultado de un proceso que arranca con ella y concluye en el s. III d. C. En su seno cabe identificar 2 momentos: la 1^a etapa, comúnmente denominada de “prerromanización” y cuyo término podemos hacerlo coincidir con el edicto de Vespasiano del año 73 o 74 d. C.; y la 2^a, en la que se aprecia ya una verdadera romanización y, consecuentemente, una consolidación del derecho romano.

⁶ BERNARDO STEMPEL P. de, El tercer bronce de Botorrita, veinte años después, *Acta Palaeohispanica XI, Palaeohispanica* 13 (2013), pp. 637-660 ISSN: 1578-5386 (<https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/39/37debernardo.pdf>).

⁷ Vid, entre otros: D'ORS, A. *Las fórmulas procesales del Bronce de Contrebia*; *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980; VILLAR F., DÍAZ A MEDRANO M., JORDÁN C., *El IV Bronce de Botorrita (Contrebia Belaisca): Arqueología y Lingüística*, Salamanca, 2001; BELTRÁN LLORIS F., *El cuarto bronce de Botorrita, Palaeohispanica* 2, (2002), pp. 381-405.

⁸ FATÁS CABEZA G., *Contrebia Belaisca, Botorrita, Zaragoza. / 2, Tabula contrebiensis*, Dpto. Ciencias de la Antigüedad - Univ. Zaragoza, 1980.

⁹ Al respecto, GEREZ KRAEMER G., *Los orígenes del derecho español de aguas; una primera aproximación*, IUSTEL - Rev. Gral. de Derecho Romano diciembre 2008.

A una u otra corresponden las normas hispano-romanas más conocidas. Se trata de la *lex Ursonensis* (44 a. C.); de las leyes municipales *Salpensana* (81 d. C.), *Malacitana* (83 d. C.) e *Irnitana* (91 d. C.); de los Bronces de *Vipasca* y de la *lex rivi Hiberiensis* o de los Bronces de *Agón* (117-138 d. C.). A ellas habría que añadir, por su innegable valor, los Bronces de *Botorrita* o de *Contrebia*, en especial la tabla 3ª o *Tabula Contrebiensis*, del año 87 a. C., ya referida (aunque su naturaleza no es normativa, estrictamente hablando).

De todas ellas, sólo se ocupan de las aguas algunos de los textos citados. Se trata – por orden histórico – de: los Bronces de *Contrebia*, los Bronces de *Osuna*, los Bronces de *Vipasca* y los Bronces de *Agón*.

Pero puesto que, como ya hemos señalado, la naturaleza de los primeros no es normativa, es la *lex Coloniae Genitivae Iuliae sive Ursonensis* – el contenido de los Bronces de *Osuna* – la ley más antigua sobre aguas de la Península Ibérica.

La ley de *Urso* es, pues, el primer hito en la historia de nuestra legislación en la materia.

Los Bronces de Osuna

La ley de *Urso* –la norma hispano-romana más antigua conocida– nos ha llegado gracias a sucesivos descubrimientos de distintas tablas de bronce en *Urso* (la actual *Osuna*) y alrededores, lo que explica su nombre. En 1870 y 1873 aparecen unas primeras tablas; en 1925, unos fragmentos de tamaño reducido que tal vez formaban originariamente una misma tabla; y finalmente, en 1999 y con motivo de la construcción de unas viviendas, una última (que contenía los capítulos 13 al 20 de la ley)¹⁰.

Urso era, en época romana ya, una región muy árida. En la ciudad únicamente existía un manantial¹¹ y el resto de las aguas de las que se abastecía la colonia¹² provenían de un río situado a unos once kilómetros de la población. Era éste el único cauce de los alrededores cuyas aguas eran aptas para el consumo humano, ya que otros, más cercanos, vehiculaban aguas saladas¹³.

¹⁰ RODRIGUEZ DE BERLANGA, *Los bronces de Osuna*, ed. fac., Granada, 1995; D'ORS A., *Epigrafía jurídica de la España Romana*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1954. Y últimamente: Caballos Rufino A., *El nuevo bronce de Osuna y la política de colonización romana*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2006.

¹¹ Anonym., *Bell. Hisp.* 41: "Quod oppidum magna munitione continebatur, sic ut ipse locus non solum opere, sed etiam natura adiutus ad oppugnandum hostem impediret. hoc accedebat ut aqua praeterquam in ipso oppido unam circumcirca nusquam reperiretur propius milia passuum viii. quae res magno erat adiumento oppidanis. tum praeterea accedebat ut aggerem [...]".

¹² *LUrs. c. 79*: "aquae publicae in oppido Coloniae adducentur".

¹³ RODRIGUEZ DE BERLANGA, *Los bronces de Osuna*, ed. fac., Granada, 1995 (154).

La alusión, en la *lex* a unas aguas que no es posible encontrar en ese territorio, parece evidenciar que estamos ante un texto legal tipo, estereotipado que se utilizó para elaborar la ley colonial ad hoc, independientemente de sus particulares condiciones hidrográficas. Esta circunstancia coincide con la teoría de romanistas como Alvaro d'Ors, que sostienen

Aunque la versión que conservamos data de la segunda mitad del s. I d. C. (puesto que contiene disposiciones de entonces), se trata – en su origen – de una ley dada en el 44 a. C. a la colonia Genetiva Iulia, así denominada en honor a su fundador Julio César. Gracias a ella disponemos de información muy significativa sobre la administración de las colonias y municipios de las provincias, su gobierno y régimen jurídico¹⁴; pero, sobre todo y por lo que a nuestro estudio interesa, contiene disposiciones específicamente dedicadas a las aguas: los capítulos 79, 99 y 100. Versan sobre la titularidad y los aprovechamientos de las aguas públicas y privadas (c. 79); sobre las conducciones de las aguas públicas (c. 99); y sobre el aprovechamiento del agua sobrante o aqua caduca que rebosaba de los depósitos y fuentes públicas (c. 100).

Dado su sobresaliente valor histórico reproducimos aquí el tenor literal de los capítulos citados:

“c. 79 Qui fluvi rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro, qui colonis huiusce coloniae divisus erit, ad eos rivos fontes lacus aquasque stagna paludes itus actus ad aquae haustus iis item esto, qui eum agrum habebunt possidebunt, uti iis fuit, qui eum agrum habuerunt possederunt. Itemque iis, qui eum agrum habent possident habebunt possidebunt, itineris aquarum lex iusque esto.

c. 99 Quae aquae publicae in oppido coloniae Genetivae adducuntur, Ilvir, qui tum erunt, ad decuriones, cum duae partes aderunt, referto, per quos agros aquam ducere liceat. Qua pars maior decurionum, qui tum aderunt, duci decreverint, dum ne per it aedificium, quot non eius rei causa factum sit, aqua ducatur, per eos agros aquam ducere ius potestasque esto, neve quis facito, quo minus ita aqua ducatur.

c. 100 Si quis colonus aquam in privatum caducam ducere volet isque at Ilvirum adierit postulabitque, uti ad decuriones referat, tum il Ilvir, a quo ita postulatum erit, ad decuriones, cum non minus XXXX aderunt, referto. Si decuriones maior pars qui tum atfuerint, aquam caducam in privatum duci censuerint, ita ea aqua utatur, quot sine privati iniuria fiat, ius potestasque esto.

(79) Respecto de los distintos cursos de agua, manantiales, lagos, estanques o pantanos que se encuentren dentro del territorio dividido

la existencia de una “ley general dada para las colonias”, de la que la *lex colonia Genetivae Iuliae sive Ursonensis* sería una copia. Excavaciones recientes han hallado en la ciudad aljibes y silos de trigo.

¹⁴Y a la información complementaria que nos brindan la *lex Salpensana*, la *lex Malacitana* y la *Irnitana*. Vid al respecto, últimamente: DAS PINTO DE BRITTO M., *Los municipios de Italia y de España. Ley general y Ley modelo. Reconstrucción dogmática. Precisión de los conceptos*, Dykinson, 2014; LAIGNOUX, Raphaëlle, *Politique de la terre et guerre de l’ager à la fin de la République. Ou comment César et les triumvirs ont «inventé» des terres pour leurs vétérans*, *Mélanges de l’École française de Rome - Antiquité* [En ligne], 127-2 | 2015, mis en ligne le 1 février 2016, consulté le 31 octobre 2018. URL: <http://journals.openedition.org/mefra/3064>; DOI 10. 4000/mefra. 3064

entre los colonos de esta colonia, los propietarios o poseedores de esas tierras tendrán los mismos derechos de acceso, transporte y extracción de agua que los que tenían sus antiguos propietarios y poseedores. De igual manera, las personas que son propietarias o poseen tales tierras tendrán el mismo derecho de paso a esas aguas que los anteriores propietarios o poseedores.

(99) En relación con los acueductos públicos traídos a la ciudad de la colonia Genetiva: los duumvirs que entonces estén en el cargo harán una propuesta a los decuriones, cuando estén presentes dos tercios de estos, respecto de las tierras a través de las cuales se puede traer el acueducto. Y cualquiera que sea la tierra decidida por la mayoría de los decuriones entonces presentes, a condición de que no se traiga agua a través de ningún edificio que no haya sido construido para ese propósito, será lícito y correcto llevar un acueducto a través de dichas tierras, y ninguna persona podrá hacer nada para evitar que el agua sea traída así.

(100) Si un colono desea conducir las aguas sobrantes (de un castillo o una fuente) a su propiedad privada, debe presentarse ante un duumvir y solicitar que la petición se traslade a los decuriones. Entonces el duumvir a quien se formuló la petición deberá presentar el asunto ante los decuriones, que deberán estar presentes en número no inferior a 40. Si la mayoría de los presentes decide que las aguas sobrantes pueden ser desviadas por el particular, éste podrá servirse del agua tal y como se le ha otorgado el derecho, si lo hace sin perjuicio para los particulares”.

Antes de analizar su contenido, queremos detenernos en dos aspectos formales del texto, de considerable trascendencia:

-en primer lugar, su naturaleza normativa: la primera norma hispano-romana sobre las aguas es una ley, como lo es también la vigente en España en estos momentos. Se trata, más concretamente, de una ley republicana, una *lex data*, otorgada por el magistrado a la población de Urso en el momento de su constitución como colonia, promulgada en el año 44 a. C. Sus orígenes parecen hallarse en el deseo de Julio César de unificar el régimen normativo de las colonias y los municipios de las provincias.

-el otro aspecto a no perder de vista, es el que nos dice el comienzo del primer capítulo citado, el 79. Allí se enumeran “todas las aguas” continentales naturales: ríos de caudal mayor o menor (*fluvi y rivi*), manantiales (*fontes*), lagos y estanques (*lacus aquae stagna*) y zonas pantanosas o humedales (*paludes*).

La ley de Urso tiene, pues, respecto de las aguas, pretensión de generalidad; persigue ordenarlas todas, cualquiera que sea su aspecto exterior. La ley relaciona todas las posibles manifestaciones hidrológicas naturales: “*fluvi, rivi, fontes, lacus, stagna, paludesque*”, como si de un bien único se tratase. En algunos aspectos, consecuentemente, todas las aguas participaban entonces de un mismo régimen jurídico, lo cual es especialmente significativo si consideramos -como sostiene una parte importante de la doctrina- que la *lex coloniae Genitivae Iuliae sive Ursonensis* no fue una ley *ad hoc*, creada especialmente para la ciudad de Urso, sino la adaptación de una ley general

dada por César para las colonias¹⁵. Ello supondría que el régimen jurídico de las aguas y, en particular, los criterios para separar las públicas de las privadas serían comunes a todas las aguas en la Península (y a todo el Imperio)¹⁶.

Esta *lex es*, por tanto, la primera ley general “española” sobre las aguas¹⁷.

Trasladándonos ya a su contenido, nos encontramos con que, respecto de las aguas en general, su capítulo 79 ordena que se respeten los usos que sobre ellas venían desarrollándose antes de la constitución de la colonia; ello presupone que su condición tampoco cambia (como criterio general): las públicas siguen siéndolo, lo mismo que las privadas. Prevé, como puede verse, que los nuevos colonos (“qui eum agrum habebunt possidebunt”) puedan ejercitar las servidumbres de extracción o captación de aguas (“aquae haus-tus”)¹⁸ preexistentes al establecimiento de la colonia, tal y como se venía haciendo hasta entonces los antiguos moradores (“qui eum agrum habuerunt possederunt”): mismo volumen de agua, mismas horas, mismas estaciones, mismo punto de abastecimiento [...] ¹⁹.

La norma presupone la clasificación “aguas públicas-aguas privadas” puesto que más adelante habla expresamente de unas y otras (c. 99 *Quae aquae publicae* [...] c. 100 *Si quis colonus aquam in privatum caducam ducere volet* [...]) pero también porque - in fine- así lo exige la solución en ella contenida, en la medida en que identifica propietario del suelo con propietario de las aguas (c. 79 *Qui fluvi rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro, qui colonis huiusce coloniae divisus erit ad eos* [...]).

Se trata de un texto que confirma el empleo ya entonces en Hispania de la categoría “aguas públicas - aguas privadas”, pero no sólo: evidencia la existencia de concesiones (cesión del uso y aprovechamiento de un bien público) y de servidumbres de agua (cesión del uso y aprovechamiento de un bien de dominio privado) puesto que hace referencia a conducciones de aguas públi-

¹⁵ D’ORS o. c. “Naturalmente, el lujo de la serie de servicios de aguas que enumera la ley se explica tan sólo teniendo en cuenta la reglamentación general, no las condiciones especiales de Osuna”.

¹⁶ El derecho hispano-romano de aguas sería el derecho de las provincias y viceversa.

¹⁷ Note el lector que no hablamos de “ley general de aguas” puesto que en la norma no sólo se regulan las aguas. Sí que, sin embargo, se quiere ordenar todas las aguas continentales superficiales, por lo que cabe caracterizarla como la primera ley “española” sobre las aguas.

¹⁸ Y de paso también - “*itus actus* [...] *iis item esto, qui eum agrum habebunt possidebunt, uti iis fuit,*” -, aunque a nosotros sólo nos interesa lo que afecta a las aguas.

¹⁹ RODRIGUEZ de BERLANGA, o. c. (74): “[...] fueron sus habitantes desposeídos de toda propiedad, y el territorio de la ciudad pasó a ser del dominio del pueblo romano”. D’ORS, Epigrafía jurídica (206): “se dispone en este capítulo [...] el mantenimiento, con el nuevo régimen colonial, de los servicios de las aguas públicas, tal y como venían existiendo de antiguo en los predios del territorio ursonense ahora divididos entre los colonos”.

Una medida análoga, de conservación del régimen existente de aguas, se encuentra en la inscripción africana de Lamasba (CIL. VLII. 4440), de la época de Marco Aurelio.

cas y privadas, cuyo aprovechamiento puede realizarlo directamente su titular o un 3º con el permiso de aquél. Ese aprovechamiento, por otra parte, puede modularse en caudal o volumen, tiempo [...]

El segundo apartado de la ley referido (c. 99), aborda la cuestión de los terrenos atravesados por un acueducto público y los permisos necesarios para ello.

Dispone que el duunviro debe proponer a los decuriones, reunidos en una mayoría de 2/3 al menos, la cuestión de la posible expropiación forzosa de los terrenos por los que está llamado a discurrir el acueducto público, sin que nadie -adoptaba la decisión- pueda oponerse a ella.

Llama la atención que ya entonces las obras públicas, en especial aquellas edificadas para el aprovisionamiento de las aguas, estuvieran sujetas a un régimen jurídico específico. Este sin duda afirmaba la prevalencia del interés público (el abastecimiento de agua a las poblaciones) sobre la propiedad privada, sujeta por lo tanto a una función social²⁰. Sin embargo y como consecuencia de la colisión entre ambos intereses, la norma establece para los poderes públicos la necesidad u obligación de ajustarse a un procedimiento especial: la decisión de por dónde debía discurrir el acueducto que traía las aguas (y el alcance de las correspondientes expropiaciones, por lo tanto) debía ser tomada por una mayoría "cualificada", puesto que debía adoptarse estando presentes un mínimo de dos tercios de los decuriones, patriciado local encargado del gobierno de los municipios.

Se trata de uno de los primeros testimonios de normas de control de la acción de la Administración.

Además, la solución que recoge la norma destaca por un respeto a la propiedad privada que cede - en caso de colisión con el interés público -, pero debe sufrir el menor perjuicio o menoscabo. Idéntico criterio nos encontramos, años más tarde, durante el Imperio (un periodo que podríamos calificar como de "no muy democrático"), cuando - como nos cuenta Frontino - al no necesitar un acueducto del caudal de un manantial privado, éste es devuelto a sus antiguos propietarios (Aq. 1. 9).

Esa misma sensibilidad - o mayor si cabe - exhibe la ley en el siguiente capítulo (c. 100) que se ocupaba, como hemos adelantado ya, del aprovechamiento de las aguas sobrantes que rebosaban de los depósitos o fuentes públicas. Era posible su aprovechamiento privativo - *aquam caducam in privatum duci* - pero mediando una autorización expresa de la autoridad pública y siempre que - primer límite - se tratara de aguas sobrantes y - segundo - no se causara daño a otros particulares (*sine privati iniuria fiat*). La decisión debía ser tomada, además, por un número significativo de los miembros de la aristocracia local (*decuriones maior pars*).

²⁰ Por utilizar nuestra terminología constitucional. Vid, al respecto, el art. 33 CE. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Que se trate de aguas sobrantes confirma la prevalencia de los usos público frente a los privados. Y el límite expresado con la fórmula “siempre que no se perjudique a los particulares”, refleja la protección que reciben los usos privados reconocidos u otorgados con anterioridad. A esos límites, “materiales”, se suma la necesidad del visto bueno de una mayoría especial o cualificada. No cabe duda de que en ese momento el agua es un bien destacado que goza de una ordenación y una protección extraordinarias.

Son notables los paralelismos con la descripción que hace Frontino en su *De aquaeductibus* (2. 110 y 111) del régimen de las *aquae caducae* (aguas sobrantes de castillos y fuentes y las que rezumaban de las tuberías). Afirma - de igual modo - que era posible su concesión para usos privados (en negativo: *caducam neminem ducere*) pero con carácter muy excepcional, por un doble motivo: porque tales permisos solían favorecer los fraudes de los que eran cómplices los propios funcionarios de la Administración (los fontaneros o *aquarii*); y porque tales aguas ayudaban a la limpieza de plazas y calles y de las cloacas. Con esta solución aparentemente se tutela sólo el interés público, pero no: al perseguir los fraudes, se lograba preservar el caudal y, en consecuencia, asegurar los distintos aprovechamientos, también los privados (así lo confirman *Aq. 1. 23 y 2. 75*).

Conviene reseñar, no obstante, que cuando escribe Frontino (principios s. II), esta solución era relativamente novedosa puesto que antiguamente esa era el única agua susceptible de derivación por los particulares desde los acueductos; el resto, la que circulaba por las conducciones hasta los castillos y piscinas de distribución, en los primeros tiempos (entendemos que se refiere al destino de las aguas de los 1^{os} acueductos, los más antiguos) estaba íntegramente destinada al uso público, como nos indica él mismo en *Aq. 2. 94*.

En este punto, el de las concesiones de aguas desde los acueductos y, más concretamente, el aprovechamiento de las aguas sobrantes, la ley de Urso parece acoger el “nuevo sistema” o “nuevo régimen” del que habla Frontino por el cual el caudal de los acueductos y la técnica jurídica permitían ya conjugar usos públicos y usos privados a lo largo de todo el tramo del acueducto. El derecho romano de las aguas que llega a la Península podría calificarse por lo tanto como un derecho “avanzado” frente a aquél, más rudimentario en el que todo el caudal del acueducto estaba destinado al uso público y al que hace referencia Frontino al referirse a una ley, para la *Urbs*, de los antiguos.

Coincide esta “nueva normativa” con la edificación de las primeras obras públicas hidráulicas en la Hispania romana: las termas de la Almoína, en Valencia, de finales del s. II a. C.; la construcción de los primeros acueductos en la Península como los de Gayá y Francolí, en Tarragona, o Valdepuentes, en Córdoba, que parecen datar del s. I a. C.²¹, contemporáneamente a la probable fecha original de redacción de la *lex Ursonensis* que - recordémoslo - tuvo el carácter de ley general.

²¹ Respecto de la fecha de construcción de los acueductos de la Península, vid - muy recientemente - el excelente y muy pormenorizado trabajo publicado por SÁNCHEZ LÓPEZ E. - MARTÍNEZ JIMÉNEZ J., *Los acueductos de Hispania, construcción y abandono*, Madrid, 2016.

Estos y otros sistemas de abastecimiento de agua como presas, pozos, aljibes, y cisternas²², permitieron los asentamientos y las concentraciones de población típicas de los primeros siglos de nuestra era, ayudados - sin duda - por el régimen jurídico que acabamos de describir.

Conclusiones

De todo lo visto hasta ahora, se desprende las conclusiones siguientes:

Ese derecho contenido en la ley de Urso, fue un derecho general en un doble sentido: por ser aplicable a toda la Península (la lex fue una ley general, para todas las colonias y municipios) y a todas las aguas, en cualesquiera de sus manifestaciones. Es nuestra primera "ley general sobre las aguas".

Se trata de derecho - ya en el s. I a. C. - complejo y avanzado.

En efecto, ya entonces se aprecia la distinción (después nunca superada) entre aguas públicas y aguas privadas, en base a un criterio principal: el de los usos y necesidades a que pudieran servir.

Las privadas son objeto de un verdadero derecho de propiedad puesto que sobre ellas la lex Ursonensis atestigua la posibilidad de un aprovechamiento exclusivo, pero también de constituir un derecho real sobre cosa ajena como es el de servidumbre (de extracción de agua, por ejemplo).

Las públicas, por su parte, son principalmente aquellas destinadas al uso público. Respecto de ellas, la ley nos dice que son susceptibles de usos comunes, pero también de usos privativos mediante una concesión. Que las concesiones lo sean respecto de las aguas sobrantes, nos indica o evidencia la prevalencia del interés público respecto del privado, en este contexto. En ningún caso, además, las nuevas concesiones podrán otorgarse en perjuicio de las ya existentes.

La relevancia de las necesidades cubiertas por el agua (entre las que destaca el consumo humano gracias al abastecimiento a las poblaciones a través de las fuentes alimentadas por los acueductos) explica que también la propiedad inmobiliaria privada ceda en beneficio del interés público. En este sentido y como hemos visto, el capítulo 99 de la ley prevé la posibilidad de la expropiación. Sin embargo, ello exigía un procedimiento especial para su materialización, lo cual nos pone delante de las primeras normas de control de la acción de la Administración en la historia de nuestro derecho.

²²Y es que no debe "limitarse" la capacidad creativa de la ingeniería hidráulica romana a los acueductos. Vid SÁNCHEZ LÓPEZ - MARTÍNEZ JIMÉNEZ cit p. 61ss: "En Carmona han sido documentadas más de treinta cisternas destinadas a almacenar el agua de lluvia, así como numerosos pozos para la explotación del nivel freático y varios depósitos de grandes dimensiones. Estos posiblemente funcionaron como reservas de carácter público [...] Una red pública de aljibes es lo que se ha identificado también en Monturque [...], donde a finales del s. XIX fue descubierta bajo el cementerio una enorme cisterna con capacidad para 850.000 litros, que recibía agua a través de una conducción de 40cm de anchura que conectaría con una red de canales encargada de recoger el agua de lluvia en la parte alta de la ciudad. El suministro de agua se completaría con al menos otros ocho depósitos de tamaño más reducido".

Concluir finalmente señalando que este derecho de aguas - cuyas características acabamos de exponer aquí muy escuetamente - fue probablemente un derecho "avanzado", frente a otro, anterior, más antiguo y menos evolucionado del que dan testimonio otras fuentes.

LA SUPERFICIES DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL

María Victoria Sansón Rodríguez¹,
Universidad de La Laguna

Resumen: El derecho de superficie se contradice con el principio de accesión del ius civile romano, superficies solo cedit. En la Roma republicana los cambios socioeconómicos en el aprovechamiento del suelo exigieron superar ese antiguo principio del ius civile, reconocer más facultades al superficiario y reforzar su protección jurídica. Esta evolución va desde su situación originaria como mero arrendatario, pasando por la intensificación de su defensa jurídica mediante interdictos y acciones in rem utilis, hasta considerarle finalmente como titular de un derecho real sobre cosa ajena en el derecho justiniano. Con Justiniano se conservó el antiguo principio superficies solo cedit, pero éste sufría ya muchas excepciones. En la Edad Media el derecho de superficie se fusiona con la enfiteusis y se acepta como 'propiedad dividida', en cambio, se rechaza en la época de la Codificación, y todos estos cambios en la regulación de la propiedad están ligados a su función económico-social. En la actualidad ha renacido y se mantiene en los ordenamientos jurídicos del Civil Law.

Palabras clave: derecho de superficie, superficies, superficies solo cedit, derecho de accesión inmobiliaria, arrendamientos de suelo, locatio-conductio, solum, solarium, interdictum de superficiebus, actio in rem utilis, ius in re

¹ Catedrática de Derecho romano de la Universidad de La Laguna, mvsanson@ull.edu.es

'SUPERFICIES' FROM THE FUNCTIONAL POINT OF VIEW

María Victoria Sansón Rodríguez,
University of La Laguna of Tenerife

Abstract: The right of the surface is contradicted with the principle of the accession of Roman *ius civile*, '*superficies solo cedit*'. In the republican Rome, the socio-economic changes in the use of the ground demanded to overcome the old principle of the *ius civile* through recognizing more faculties to the '*superficiarius*' and reinforcing its legal protection. This evolution starts in its original situation as a mere tenant and, through the intensification of its legal protection, with the '*superficiebus interdict*' and '*actions in rem utilis*', it becomes considered the holder of a real right over another's property, in the final stage of the Justinian Law. The old principle remains without changes with Justinian, but it also suffered many exceptions. Through the times, the surface right has been accepted as '*divided ownership*', merging with the '*enfiteusis*', in the Middle Age, however, have been rejected on the Napoleon Codification times, and all these changes in the regulation of the property are linked to its socio-economical function. Nowadays, it has been reborn and maintained in our current legal systems of Civil Law.

Palabras clave: Right of Surface, Superficies, Superficies Solo Cedit, Principle of Accession, Soil Leases, *Locatio-Conductio*, *Solum*, *Solarium*, *Interdictum De Superficiebus*, *Actio In Rem Utilis*, *Ius In Re*

Derecho romano

A) **O**rgen de la relación jurídica de superficie y evolución en época clásica

En el derecho romano justiniano la superficies es un derecho real sobre cosa ajena, transmisible inter vivos o mortis causa, a edificar sobre suelo ajeno y tener la disponibilidad plena y exclusiva sobre el mismo, a cambio de pago de un canon, llamado solarium o pensio, al dueño del solar. Responde a la necesidad de otorgar a una persona distinta del propietario del suelo un derecho real sobre lo que construye en éste².

La admisión de este derecho real en principio admitiría dos posibilidades, o bien reconocer la concurrencia la propiedad del suelo y la propiedad de lo edificado en la superficie en un mismo fundo, como propiedades separadas, o bien reconocer el derecho al edificio, como un derecho real sobre cosa ajena, muy cercano al derecho de propiedad. La primera de estas posibilidades se reconoció desde antiguo en pueblos orientales vecinos, pero no en Roma. A ello se oponía un principio jurídico del antiguo ius civile romano, superficies solo cedit, que consideraba que todo lo que se unía de manera firme a la superficie accedía a la propiedad del suelo y, por ello, una construcción hecha en un fundo ajeno accedía al propietario del suelo. Como este principio de accesión del antiguo ius civile se mantiene en la compilación jurídica de Justiniano, el edificio levantado sobre suelo ajeno no podía ser considerado en el derecho justiniano como propiedad, sino, todo lo más, como un ius in re aliena³.

Pero ¿cómo se llegó a esta situación? ¿la superficies como derecho real estaba ya presente con anterioridad?: antes de la última etapa del Derecho romano no encontramos un derecho real de superficie (ius superficiei) como entidad independiente de la propiedad del suelo. A esta regulación jurídica solo se llegó después de una evolución, como consecuencia de los cambios

² MIQUEL, J., Derecho Romano, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 208; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho privado romano, Madrid, IUSTEL, 2008, p. 347; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Negocio urbanístico superficiario en el Derecho romano clásico", DEREITO, Santiago de Compostela, vol. 20 (2011), pp. 7-4 t bibliografía allí citada.

³ Ver por ej. VOLTERRA, E., Istituzioni di diritto privato romano, Roma, 1961, p. 428; MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., "Una inscripción romana enigmática y dos decretos decurionales", RGDR 30 (2018), p. 5

operados primero en la realidad económica. Por ello, el análisis del camino hasta llegar a ese momento final, fuerza al historiador del Derecho a separarse del punto de vista conceptual y a analizar la superficie desde el punto de vista funcional. Por otro lado, el derecho romano clásico era, además de un derecho de acciones, un derecho por estratos y, en la superficies, se revela la distinción entre el *ius civile* y el del *ius honorarium*. Este último introdujo decisiones de los magistrados jurisdiccionales basadas en la equidad y en la utilidad pública, que servían para ayudar, completar y corregir⁴ el rígido *ius civile* y, a través de aquél, penetraron en el derecho romano los cambios jurídicos que se estimaban necesarios.

Cuando la doctrina analiza el origen del derecho de superficie en Roma desde un punto de vista funcional, lo pone en relación con un problema social y económico concreto: el problema de la crisis de viviendas después de la segunda Guerra Púnica, en avance progresivo desde finales del siglo III a. C., como consecuencia de la desproporción entre el número de habitantes y las posibilidades de alojamiento en la ciudad⁵. El empobrecimiento del campesinado romano en la Roma de finales de la república tuvo como una de sus causas la guerra mantenida contra Aníbal⁶, pero posiblemente la causa principal del desplazamiento poblacional fue el cambio de mercados a escala mundial que fue provocando, gracias a sus conquistas militares, la expansión territorial de Roma. El enriquecimiento de las clases dirigentes, que ocuparon grandes extensiones de terrenos⁷, dio lugar a un cambio económico en la explotación agrícola, desde el cultivo minifundista tradicional al cultivo de granos de pri-

⁴ Pomp. D. 1. 1. 7. 1 *ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam [...]*

⁵ POLAČEK, A., "Superficies (Aspectos jurídicos de una solución a la crisis de viviendas en el mundo romano)", ESTUDIOS URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ, U. C., Madrid, 1978, pp. 367 ss.; ZAERA GARCÍA, A. B., "La 'superficies' en la experiencia jurídica clásica", RGDR 17 (2011), pp. 1-14, incluso lleva su análisis más atrás a una época antigua más difícil precisar.

⁶ LABRUNA, L., *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Università di Camerino, 1971, pp. 69, 74

⁷ Las luchas sociales por el *ager publicus* no tuvieron lugar en época inmediatamente posterior a la guerra contra Aníbal, véase LABRUNA, L., cit. p. 279. La enfiteusis (*ius in agro vectigalis*) como arrendamiento sobre el terreno público a cambio del pago de un canon tiene como fin el atender a la mejor explotación agrícola del suelo y, en principio, ofrece similitud con la superficie, pero la enfiteusis también sufrió una evolución; Cuando la expansión romana lleva a que se concentren en la *res publica* grandes extensiones de terreno, parte de estos terrenos se dan en arrendamiento mediante una concesión de los censores, que primero es por cinco años, a cambio del pago de un vectigal, pero pronto, merced a la presión política y socioeconómica, pasará en la mayoría de las ocasiones a ser un arrendamiento perpetuo y hereditario y se protege al concesionario con interdictos y luego, en la misma época clásica, por un *actio in rem* similar a la reivindicatoria. Además de la *res publica* también harán concesiones los municipios, colonias, templos y colegios sacerdotales (v. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., cit., p. 9; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 206.)

mera calidad en extensos latifundios, primero en Sicilia y luego en Egipto y África, con el que el campesinado medio, del que se nutría el ejército romano, no podía competir⁸. Por otra parte, la mayor parte del campesinado no se benefició de las oportunidades que trajo la integración de Roma en los mercados del Mediterráneo. Esto determinó su ruina, la afluencia masiva de la plebe rural a la ciudad y el consiguiente aumento de la población en Roma, lo que a su vez implicó más exigencias de urbanización. Entre los medios para obtener rentas que tenían los romanos adinerados, en la nueva sociedad que surge, se contaba el de la inversión inmobiliaria⁹. Aunque la actividad de rentista no tenía prestigio entre los integrantes de la clase senatorial, la inversión de capital en la construcción de inmuebles urbanos para su arrendamiento fue, sin embargo, una de las formas más seguras de obtener una alta rentabilidad¹⁰.

Pero Roma tuvo que resolver problemas que obstaculizaban el desarrollo urbanístico y económico. Alrededor de la ciudad había cantidad de tierras, pero la mayoría de los terrenos disponibles pertenecían al Estado, eran *ager publicus*, que eran *res extra commercium* (Gayo Inst. 2. 10¹¹ = D.1.8.1 pr.) y, como tal, inalienables¹². Desde el siglo III a. C. la solución fue dar a los particulares, a través de concesiones públicas, la facultad, transmisible a los herederos, de construir y tener edificios en "suelo público" durante un plazo de tiempo determinado, a cambio del pago de un canon¹³. Primero el *ager publicus* y luego los municipios y colonias¹⁴ (*municipia*, *coloniae*,) hicieron concesiones de terrenos a particulares adinerados, mediante un contrato consensual de *locatio conductio* a cambio de una remuneración (*solarium*)¹⁵, pagadera o bien

⁸ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F., "The decline of the Middle Cass and the fall of Roman Republic", RIDA 61 (2014), p. 97 ss, p. 105; LABRUNA, L., *Vim fieri...* cit., p. 243 ss.

⁹ SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Negocio..." cit. p. 8; MENTXACA, R., "Algunas consideraciones en torno a las concesiones administrativas y sus garantías: capítulos 63-65 de la 'lex Malacitana'", MAINAKE, XXIII, 2001, Universidad de País Vasco, pp. 73, 74.

¹⁰ ZAERA GARCÍA, A. B., "El negocio de las rentas inmobiliarias en Roma: la explotación de la 'insula'", Revista de estudios histórico-jurídicos XXIV, Valparaíso, Chile, 2002, pp. 44 ss, con referencia a Cicerón. de off. I, 150; II, 88 y bibliografía.

¹¹ Gayo Inst. 2. 10: *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; [...]*.

¹² POLAČEK, A., ... cit. p. 369.

¹³ FERNANDEZ DE BUJÁN, A., "Hacia un tratado de Derecho administrativo romano", RGDA IUSTEL, 24(2010), pp. 9 ss; v. también, KASER, M., *Das römische Privatrecht, erster Abschnitt*, Munich, 1971, p. 456, con referencia a Ulp. D. 43. 8. 2. 17 donde se recoge la necesidad de autorización de la edificación en lugar público, las consecuencias de su falta, según que estorbe o no al uso público, y la protección mediante el interdicto prohibitorio (no restitutorio) 'de que nada se haga en lugar público'.

¹⁴ SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Negocio..." cit., pp. 9 ss., 13 ss; MENTXACA, R., cit., p. 76, en municipio y colonias latinas correspondía a los *dunviros* eran los encargados de hacer las concesiones administrativas en calidad de representantes

¹⁵ Porque se paga por el solar (Ulp. D. 43. 8. 2. 17), v. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho

inmediatamente en su totalidad, en el momento de constituirse, o bien periódicamente¹⁶, que proporcionaba al arrendatario (conductor) la posibilidad de construir un edificio y disponer de él durante el tiempo pactado¹⁷. Consistía en un arrendamiento que tenía un carácter *sui generis*, pues no se trataba simplemente de disfrutar el terreno, sino de transformarlo construyendo sobre él. La *locatio conductio* además favorecía a los capitalistas romanos que construían viviendas de casas de poca calidad en terrenos públicos, fenómeno nada particular de la experiencia romana, ya que esto es propio de todas las épocas¹⁸, y ellos presionarían para que las concesiones fueran por más tiempo. Estas concesiones públicas en unas ocasiones sirvieron, así pues, para la construcción de edificios de pisos, que el concesionario arrendaba a su vez a particulares. Una ciudad como Roma que llegó a rebasar el millón de habitantes¹⁹, tendió a la construcción de edificios de pisos (*insulae*) que, por lo general, eran de tres a cinco alturas. Otras veces estas concesiones sirvieron para la construcción de locales comerciales y también parecen remontarse a época bastante antigua las concesiones en suelo público de locales de banqueros y cambistas (*tabernae argentarii*), que fructifican en el siglo II a. C. y que se reflejan en el *Digesto* (Ulp. D.18.1.32²⁰). Estas concesiones públicas unas veces se dieron a particulares, otras veces tenían como destinatarios corporaciones,

privado romano, cit., p. 348. Sobre el concepto de *solarium*, véase MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., "Una inscripción romana enigmática y dos decretos decurionales", en *RGDR* 30 (2018), pp. 4 y 5, y bibliografía allí citada, para el significado en época alto-clásica de *vectigal* y la distinción entre *vectigal* y *solarium* o *pensio*.

¹⁶ Los arrendamientos a perpetuidad, o sea, mientras se pagase el tributo, ocasionaban confusión en la jurisprudencia respecto a si era *compraventa* o arrendamiento. Pero se decidió que era arrendamiento: *Comp. Gayo Instituciones* 3, 145

¹⁷ Eran arrendamientos sometidos a término. La génesis de las relaciones superficiares ha sido estudiada en detalle por ZAERA GARCÍA, A. B., véase por ej. por lo que se refiere a su evolución hasta el final de la época clásica, "La 'superficies' en la experiencia jurídica clásica", en *RGDR* 17 (2011), pp. 1-14, y SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Negocio..." cit., 7-41.

¹⁸ POLAČEK, A., cit. 371.

¹⁹ MIQUEL, J., cit., p. 269.

²⁰ Ulp. D. 18. 1. 32: "Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet" {"El que vende el establecimiento de banca u otros de los que se hallan en terreno público, no vende el suelo, sino el derecho, porque estos establecimientos son de propiedad pública, aunque su uso corresponda a los particulares"}.

societates pulicanorum y collegia²¹. Es en estas concesiones públicas donde se puede encontrar un “precedente” del ius superficiesi.

Aunque las fuentes muestran que en el Derecho clásico prevaleció la construcción sobre terreno público, también confirman que en esta época se extendió tal posibilidad a terrenos arrendados por propietarios “particulares” para la construcción/disfrute de una vivienda, penetrando así en el sector del derecho privado. Se ha pensado que es probable que esto sucediera ya a finales de la República²². A la propiedad horizontal y a la consiguiente posibilidad de tener la propiedad de un piso se oponía, como dijimos, el principio romano del antiguo ius civile, propio de la razón natural de las cosas, superficies solo cedit²³, que los juristas consideraban inderogable, hasta el punto, como dice Labruna²⁴, que ni siquiera Labeón - el jurista más subversivo de la jurisprudencia romana, se atrevió a atacar. Esto representaba un inconveniente que obstaculizaba la solución del problema de la vivienda, porque este principio hacía esta actividad poco atractiva para el constructor, que podía perder su inversión a favor del propietario del suelo. La protección que daba el contrato de arrendamiento mediante un actio in personam pronto se consideró insuficiente y los juristas y pretores romanos, fueron introduciendo nuevos medios de protección del arrendatario de un edificio a través del ius honorarium²⁵ para aumentar la custodia demandada. De esta manera, los arrendamientos de suelo para construir van evolucionando en época clásica hasta convertirse, como dice Kaser, en un ‘arrendamiento real’, o si se prefiere arrendamientos con efectos reales: se trata de arrendamientos a muy largo plazo, que dan al arrendatario la posibilidad de transformar lo edificado, de transmitirlo inter vivos o mortis causa durante el tiempo de duración del arrendamiento, etc.²⁶. Así, el inconveniente representado por el antiguo principio pudo ser paliado parcialmente a través del derecho de superficie.

²¹ V. SUÁREZ BLAZQUEZ, G., cit, p. 11; Sobre la capacidad de los collegia ver por ej. DE ROBERTIS, F. M., “La capacità giuridica dei collegi romani e la sua progressiva contrazione”, en Sodalitas scritti in onore A. Guarino 3, p. 1259; BISCARDI, A., “Rappresentanza sostanziale e processuale dei collegia in diritto romano”, en IURA 31(1980), pp. 1 ss; D’ORS, X., “Regulación y control de la actividad pública en la lex Flavia y Municipalis”, Seminarios complutenses II, 73 ss y MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., cit., pp. 9-10.

²² SUÁREZ BLAZQUEZ, G., cit, p. 18

²³ Gayo Instituciones 2, 73: “Id quod in solo nostro ab illo aedificatum est, quam ille suo nomine aedificaverit, iure naturale nostrum fit, quia superficies solo cedit” (“Por otra parte, lo edificado por otro en nuestro terreno, aunque lo hubiese edificado a su costa se hace nuestro por derecho natural, porque lo construido sobre él accede al suelo”), principio que es repetido por Paulo y Ulpiano

²⁴ LABRUNA, L., Vim fieri veto... cit. p. 218.

²⁵ Ulp. D. 43. 18. 1. pr1-2-3; Gayo D. 43. 18. 2; Ulp. D. 39. 2. 15. 26; (Lab. D. 39. 2. 9. 4; Pomp. D. 39. 2. 18. 4, Ulp. D. 43. 17. 3. 7 sobre la cautio damni infecti).

²⁶ SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., cit., p. 23

La tendencia a reforzar esta protección jurídica vendría motivada, como ha visto bien Fernández de Buján²⁷, por “la posibilidad de que los propietarios de terrenos públicos o privados obtuvieran un beneficio por la explotación del suelo no utilizado” y la necesidad de evitar la “paralización de la actividad económica” en materia urbanística, paralización favorecida por la escasez de suelo, que o bien estaba en su mayoría en manos públicas o bien en manos de pocos particulares, en un ordenamiento de no admitía la propiedad separada por planos horizontales, en virtud del principio superficies solo cedit. La tendencia a ir reconociendo efectos reales a los arrendamientos de suelo por largo plazo afectaría, por ello, no solo a los arrendamientos de suelo entre particulares, sino también a las concesiones públicas para construir edificios, penetrando en el derecho público.

B) Protección jurídica

A la protección civil de la actio conducti, los pretores añadieron una tutela más amplia del superficiario a través de la protección interdictal de la posesión del edificio, con la introducción del Edictum de superficiebus en el Edicto, que, a semejanza del uti possidetis, le correspondía siempre que no lo hubiese adquirido con violencia, clandestinidad o precariamente frente al adversario, y, si el arrendamiento era por largo tiempo, el magistrado podía conceder, causa cognita, una actio in rem²⁸ (Ulp. D.43.18.1 pr. 29).

Entre estas acciones concedidas causa cognita se contarían no solo la vindicatio utilis³⁰, sino también según dice Paulo D.13.7.16.2 las demás acciones

²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., cit., 345

²⁸ Para FERNANDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Privado Romano, cit., pp. 351-352, se da la actio in rem o vindicatio utilis frente al concedente y frente a terceros, en los casos que el pretor encontraba justificada. D'ORS, A., “Sobre las pretendidas acciones reales “in factum”, en IURA 20 (1969) p. 81, precisa que esta acción se da contra terceros, pero no contra el Pueblo Romano o las Ciudades propietarias de los solares cedidos porque aquí la relación quedaba sometida al régimen administrativo de las locaciones publicas, que era arrendaticio (v. infra p. 8)

²⁹ D. 43. 18. 1pr: Ait praetor: UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS SUPERFICIE, QUA DE RE AGITUR, NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUIMINI. QUO MINUS FRUAMINI, VIM FIERI VETO. SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO. {“Dice el pretor: prohíbo que se impida por la violencia que sigáis disfrutando del derecho de superficie del que se trata tal como lo venís disfrutando conforme a lo convenido en el contrato de locación y conducción sin violencia, ni clandestina, ni precariamente [...]. Si se solicita alguna otra acción acerca del derecho de superficie, la daré previa cognición de causa”, y en D. 43. 18. 1. 1 al final añade el pretor: “[...] como era incierto si había (compra o) arrendamiento pareció conveniente proponer este interdicto y ofrecer una acción como las reales” {Quia et incertum erat, an locati existeret [...] in rem actionem polliceri} En el fr. 3 precisa [...] ACTIO DE SUPERFICIE [...] CAUSA COGNITA DABO [...].

³⁰ Se discute en doctrina si es una acción in factum o una acción con ficción de propiedad, D'ORS, A., se pronuncia por esta última porque ciertamente Ulpiano solo habla de una acción in rem utilis en D. 19. 1. 3. 3: Si ego superficiarius sim [...] praetor mihi utilem in rem

dominicales con carácter de útiles. Así el pretor concedería también la *actio confessoria*, la *actio negatoria*, la *cautio damni infecti* y la *operis novi nuntiatio* con carácter de útiles³¹.

Esta última protección que figura en el añadido de la cláusula edictal de D.43.18.1pr. ha sido objeto de duras críticas y considerada como un añadido postclásico. La opinión más generalizada, no obstante, piensa que aun cuando el fragmento fuera retocado por manos posteriores, no se hizo para falsificar su contenido y se cree por ello que en él hay un núcleo clásico. ALVARO d'Ors defiende que este pasaje se refiere a una *actio in rem utilis*³², concedida en época clásica al superficiario, causa cognita, frente a terceros, pero no frente al Pueblo Romano o las ciudades propietarias de los terrenos cedidos³³, aunque hay que suponer que, además de las acciones personales, la *actio in rem* sí se daba como útil contra el cedente cuando éste era un particular.

En conclusión, para el *ius civile* la superficie no era una entidad jurídica independiente del suelo, pero las condiciones económicas y sociales acabarían por flexibilizar la aplicación del principio superficies solo cedit³⁴.

A pesar de estos cambios, protección interdicial y acciones útiles *in rem* y acciones indemnizatorias causa cognita, el principio 'superficies solo cedit' se conservó en toda la época clásica e incluso fue recuperado en el derecho justinianeo; pero está claro que el principio ya sufría muchas limitaciones.

C) Función

¿Cuál fue la función de esta institución? Si nos fijamos en la primera época cuando nace unida a las concesiones de terrenos del Estado o de las civitates para la construcción de edificios, diríamos que su función, además de la de satisfacer las necesidades recaudatorias de esos entes públicos, fue la de evitar el obstáculo que suponía el que ese tipo de terrenos, la mayoría de los que estaban disponibles para atender las necesidades de alojamiento de la población, fueran inalienables por tratarse de *res extra commercium*. Encontramos esta figura primero en las concesiones de *ager publicus* del Estado y luego de los municipios y colonias, configuradas como arrendamientos por los que se

actionem dat [...], y no de acciones *in factum*.

³¹ D'ORS, A., cit., p. 79.

³² D'ORS, A., cit., p. 51 ss.

³³ V. supra nt. 28.

³⁴ Por otro lado, las condiciones económico-sociales y el interés público introducen oscilaciones, dudas, en la jurisprudencia a la hora de identificar el sujeto de derecho público. Sin duda *publicus* se identifica con el *populus romanus*, pero no ocurre lo mismo con las civitates y las universitates: estas unas veces son consideradas como propietarios de *bona publica* y otras veces son consideradas estas y las civitates como sujetos privados. En otro sitio se dice que los *bona civitates* injustamente (abusively) son tenidos por bienes públicos (Gayo D. 50. 16. 16 y Ulp. D. 50. 16. 15) También aquí hay una flexibilización de la clasificación antigua del *ius civile* de las cosas en públicas y privadas recogida en Gayo, Instituciones 2. 11 (v. POLAČEK, A., cit., p. 375)

coabraba una contraprestación (vectigal). La compraventa no sería el negocio idóneo por el carácter extra commercium de estos terrenos³⁵. La solución fue la concesión a particulares adinerados de terreno público en arrendamiento para construir y explotar su inversión a cambio del pago de un canon.

Luego, en la primera época clásica, la encontramos como una institución aplicable a terrenos de particulares como institución propia del ius civile, pero aquí la concesión de suelo a través de arrendamientos, a cambio del pago de un canon periódico, para la construcción de viviendas por planos horizontales, choca con el principio superficies solo cedit, que impedía la propiedad por pisos y hacía poco interesante invertir en la construcción sobre suelo ajeno. Esto iba contra el desarrollo económico y urbanístico de la civitas. La protección concedida por el ius honorarium mediante interdictos y acciones in rem útiles al superficiario cumplió la función de evitar estos obstáculos, atribuyendo una titularidad diferente del derecho de propiedad del suelo a los arrendatarios o concesionarios por largo tiempo de las construcciones realizadas en suelo ajeno.

D) Constitución, contenido, extinción y naturaleza

Constitución: En época republicana, cuando se trataba, en un primer momento, de concesiones de suelo público, precedente de esta institución en el ius civile, tales concesiones de suelo de derecho público se constituyen mediante contrato de arrendamiento, por tiempo determinado o a perpetuidad (in perpetuum)³⁶. Con el tiempo, al aumentar todavía más las necesidades de suelo y de arrendamientos por largo plazo, esta práctica se extiende también al suelo privado y a las relaciones entre particulares, pudiendo ser constituida por arrendamiento y también por compraventa, donación o disposición mortis causa (normalmente legado), por prescripción y por disposición judicial. Pero en virtud de la reforzada protección honoraria alcanzada, su naturaleza se va separando de la mera relación contractual, y se convierte de hecho en una figura sui generis, una figura mixta entre derecho personal y derecho real³⁷, que llega a ser calificada por la doctrina como “arrendamiento a largo plazo con efectos reales”.

Contenido: Las facultades reconocidas por el derecho honorario al superficiario son muy amplias, acercándose a las facultades atribuidas a un propietario. Tiene facultades de uso y disfrute de edificio, facultades de disposición

³⁵ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L. “Una inscripción...” cit., tampoco cuando el concesionario era un municipio por la pertenencia de los solares municipales a Roma, p. 6.

³⁶ El arrendamiento a perpetuidad significa, según lo que se lee en Gayo Instit. 3. 145, que mientras sea pagado el vectigal, no se puede quitar el fundo ni al arrendatario, ni a su heredero (supuesto que puede darse en el caso de predios arrendados al municipio).

³⁷ Scev. D. 39. 4. 45; los juristas hablan ya de derecho sobre la cosa (edificio), ‘derecho al edificio’, así, en Jul. D. 30. 86. 4 se habla de legar el derecho de superficie y en Paul. D. 8. 2. 24 de tener derecho a tener el edificio más alto (v. KASER, M., cit., 456 y nt. 21)

inter vivos y mortis causa (puede venderlo, donarlo, legarlo, arrendarlo, constituir servidumbres y usufructo, darlo en prenda e hipoteca³⁸), sin necesidad de notificarlo, pero siempre dentro de los límites marcados en el contrato de constitución de la servidumbre; si este contrato se lo permite, puede modificar el edificio e incluso derribarlo. También puede ejercitar las acciones civiles emanadas del contrato con el propietario del suelo, pero además para proteger la posesión, tiene el interdicto de superficie (similares a los posesorios) y, si el arrendamiento es por largo plazo, a imagen de un propietario puede ejercitar la vindictio utilis y otras acciones dominicales útiles, concedidas por el pretor previo examen de la causa.

En cuanto a sus obligaciones, el superficiario tiene que pagar un canon llamado solarium³⁹ por la utilización del suelo, ya sea periódicamente o de una sola vez (pretium) en el momento de constituirse. Tiene que pagar los tributos que recaigan sobre el edificio y prestar la cautio damni infecti cuando el edificio amenace ruina o suponga un riesgo para el vecino.

Extinción: Se extingue por cumplimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria, conforme a lo convenido en el contrato de constitución. También por destrucción del edificio salvo pacto en contrario, renuncia del titular, por confusión o por convertirse res extra commercium, muerte del superficiario sin herederos y, como en la enfiteusis, era necesaria la usucapio libertatis para extinguirse por prescripción.

Naturaleza: En algunos textos se aprecia que, en la época clásica, los juristas habrían reconocido al superficiario un cierto derecho sobre el edificio del que se podía disponer por legado (Ulp. D.43.18.1.7), venta (Pomp. D.23, 3, 32, Ulp. D.18.1.32) e hipoteca (Paul. 13.7.16. 2 y D.20.4.15). Este reconocimiento no se puede explicar si no se hubiese concedido ya una acción real útil por derecho honorario. Gayo habla del superficiario como persona que tiene un cierto ius sobre la cosa en D.39.2.19 pr.⁴⁰, en el título de la stipulatio damni infecti (“[...] sive dominus sint, sive aliquid in ea re ius habeant, quia est creditor et fructuaris et superficiarius”). Pero es más amplio que el reconocido a un usufructuario.

En época clásica, así pues, pasa a convertirse en una institución de derecho civil y honorario protegida por acciones personales, por el interdicto de superficiebus y eventualmente con efectos reales mediante acciones útiles (causa cognita), pero los clásicos a pesar de que flexibilizan y admiten excepciones al

³⁸ Es dudoso si puede usucapir (porque Paul. D. 6. 2. 12. 3 a veces se ha considerado alterado y recortado), pero me inclino a pensar que se llegó a admitir (así, en otro contexto, se llegó a admitir la posesión y usucapión de los municipes, Ulp. D. 41. 2. 2; para BISCARDI, A., cit., p. 11, se llegaría a admitir para los municipia y por la misma razón para otras universitates)

³⁹ En el caso de suelo privado la contraprestación se llama solarium (de solum), el edificio superficies, superficiariae aedes. En el caso de suelo público la contraprestación se llama vectigal y el edificio aedes vectigales, v. KASER, M., cit., p. 456 (remitiéndose a SOLAZZI, S., IURA 2)

⁴⁰ Comp. D'ORS, A., cit. p. 80

principio superficies solo cedit nunca llegan a calificar la superficie como una propiedad especial, ni siquiera como un derecho real sobre cosa ajena.

Evolución: Derecho postclásico y justiniano

En época postclásica la naturaleza del derecho de superficie cambia, seguramente por influencia de los derechos orientales, y la superficie se acerca más a la idea de dominio dividido⁴¹ por planos horizontales, al confundirse la posesión con el derecho de propiedad. Es casi imposible pensar otra cosa debido al proceso de vulgarización jurídica propio de la época y son muchos los autores que se decantan por esta interpretación. El emperador Juliano ofrece en el siglo IV d. C (a. 362) un derecho de propiedad al contratista que construyera una casa en terreno público⁴², obligándole a pagar el canon al Erario. Sin duda, pudo moverle a ello el intento de resolver el problema secular de escasez de viviendas⁴³. La constitución de Juliano, sin embargo, no sobrevivió mucho tiempo, pues no siempre es reconocida por emperadores posteriores⁴⁴. A pesar de todo, el intento de Juliano es, sin duda, un paso en una nueva situación en relación con el derecho de superficie. Donde se aprecia más claramente el cambio en la interpretación del principio superficies solo cedit, en las relaciones entre particulares, es en el Epítome de Gayo 2. 1. 4.¹⁴⁵, en “el inciso ‘sine nostro permissu’ que devalúa la vigencia del principio superficies solo cedit”⁴⁶, pues basta el consentimiento del dueño del suelo para que el principio no rija. Esto es, el principio superficies solo cedit solo se aplica en los casos en que uno edifica sobre el suelo ajeno ‘sin la autorización’ del dominus soli.

En época postclásica, a mi modo de ver, el derecho del superficiario queda configurado como un derecho real semejante al derecho de propiedad; como un derecho, enajenable y transmisible a los herederos, a tener disponibilidad plena y exclusiva sobre un edificio edificado sobre un fundo ajeno⁴⁷. La única diferencia del derecho del superficiario con el derecho del propietario directo es la obligación de pagarle a éste un canon.

⁴¹ ZAERA GARCÍA, A. B., “La propiedad superficiaria en el Derecho romano justiniano”, RIDA 51(2004), pp. 378-379.

⁴² Codex Theodos. 15. 1. 9 (a. 362): “Comperimus superergasteria publica, quae ad ius pertinet civitatis, plerosque sibi domos struxisse. Praecipimus ergo eas inconcusso iure quia edificaverunt possidere”.

⁴³ POLAČEK, A., “L’attività riformatrice di Giuliano l’Apostata nel quadro dell’evoluzione storica”, ARC III, 1979, pp. 307 ss.

⁴⁴ Graciano, Valentiniano y Teodosio ordenaron la demolición de los edificios construidos en terreno público Codex Theodosianus 15. 1. 22 (a. 383).

⁴⁵ Epit. Gayo 2, 1, 4, 1: Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificaverit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat [...]

⁴⁶ Así ZAERA GARCÍA, A. B., “Superficies solo cedit”, en AFDUDC 12 (2008), pp. 1015

⁴⁷ Ver por todos FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho privado romano, cit., pp. 348, 350, 352, en relación con las divergencias doctrinales al interpretar esta figura en derecho postclásico.

El principio clásico superficies solo cedit se recoge todavía en las Instituciones de Justiniano 2. 1. 29-30, parece que hay una vuelta atrás en el intento del emperador de volver al derecho de los clásicos, pero no es así. El contexto ha cambiado definitivamente y probablemente no se vuelve a la interpretación clásica, pues ahora sigue siendo suficiente el consentimiento del dueño para que el principio no rijan. Ahora bien, en el Derecho justiniano, al recuperarse en la compilación muchos de los textos de la jurisprudencia clásica sobre la materia, todo lo más se podía considerar el derecho de superficie como *ius in re aliena*, aunque el principio superficies solo cedit ya no fuera un principio inderogable⁴⁸. El derecho de superficie en la última época no sería una propiedad sobre la superficie, al estilo de un dominio dividido por planos horizontales, sino que quedaría definitivamente configurado como un *ius in re aliena*; protegido por interdictos y por un *actio in rem* de superficies frente a terceros y frente al propietario del suelo; enajenable mediante traditio, testamento o concesión pública e hipotecable.

Visión comparativa del derecho de superficie hasta el derecho actual

En Edad Media la "superficie" se integra en la "enfiteusis", por lo que se considera como una manifestación del "dominio útil" del titular del derecho sobre lo edificado o plantado en suelo de otro que tiene el dominio directo sobre el suelo. Toma, por ello, la estructura de un dominio dividido entre la propiedad del suelo y lo construido sobre la misma, que es tenido más o menos por una titularidad independiente del suelo. En la configuración medieval nos encontramos de nuevo con las influencias que vimos de los derechos orientales en el derecho romano vulgar de época postclásica, pues en el derecho germánico, como en aquél⁴⁹, no se plantea la necesidad de crear un derecho específico de superficie⁵⁰, pues ya se reconocía la posibilidad de un dominio dividido en dominio directo y útil.

En el s. XVIII el movimiento racionalista se opone a la teoría del dominio dividido y la revolución francesa consagra la supresión de los privilegios feudales, así el Code de Napoleón de 1804, considera el derecho de superficie como un residuo del Antiguo Régimen, influyendo en general en la política de los Códigos decimonónicos, de inspiración liberal, que fueron contrarios a la existencia del dominio dividido. De ahí proviene la insuficiente regulación del derecho de superficie en el Código civil francés y también luego en el primer Codice civile italiano. Lo mismo pasa en España, donde se conserva una

⁴⁸ ZAERA GARCÍA, A. B., "Superficies..." cit., p. 1007-1015.

⁴⁹ Parágrafo 98 del libro Sirio-romano, sobre el cual v. ZAERA GARCÍA, A. B., "La propiedad superficial en el derecho romano justiniano", cit. p. 378: "sabido es, que el mencionado principio civil romano (s. s. cedit) no era conocido por otros pueblos y así, el derecho egipcio, el derecho ático o el sirio admitieron desde antiguo la *communio pro divissio*".

⁵⁰ FERNANDEZ DE BUJÁN, A., Derecho privado romano, cit., pp. 341ss y 349.

escasa regulación en los arts. 1611 y 1655 del Código civil⁵¹. La consecuencia de la falta de regulación fue el desuso de esta herramienta (por la cantidad de conflictos de interpretación).

Durante el siglo XX y, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, se produce una "resurrección legal" del derecho de superficie. El problema social y económico no ha sido exclusivo de la antigua Roma, periódicamente se ha planteado en diversos momentos históricos. La comparación jurídica parte de que es posible comparar instituciones jurídicas atendiendo a su "función social" también desde un punto de vista 'diacrónico', y, desde este punto de vista, se comprueba, como ha visto Polaček⁵², que el mismo problema interesaba e interesa tanto a la sociedad antigua, como a la sociedad moderna y que los modos de solución de hoy pueden ser, si no iguales, por lo menos análogos a los utilizados en otro tiempo. En la doctrina del Derecho comparado se recuerda que Alemania devastada por la segunda guerra mundial se basó en el derecho de superficie para la reconstrucción y en la actualidad este derecho se reconoce en Francia, España, Alemania, Italia, Portugal, Japón, Suiza, Austria, entre otros.

Este renacimiento del derecho de superficie contrasta con el decaimiento del derecho de enfiteusis⁵³. El derecho de superficie en España⁵⁴ tiene una regulación desordenada, pues se encuentra escasamente regulada en los mencionados artículos el Código Civil, pero a partir de la segunda mitad del siglo XX, comienza a regularse fuera de él, en el artículo 13 del Reglamento hipotecario de 1959 y en la Ley del Suelo, varias veces modificada; la última Ley del Suelo⁵⁵ de 30 de octubre de 2015, regulación de Derecho urbanístico, contiene también la regulación de Derecho civil relativa al derecho civil en sus artículos 53 y 54⁵⁶. Ello se explica porque, en la actualidad, la construcción de

⁵¹ En los Proyectos de Código Civil que precedieron al actual, el derecho de superficie encuentra vinculada su existencia a los censos y, en particular, al enfiteútico, al presentarse como una modalidad de éste. El cambio hacia la consideración de la superficie como susceptible de un tratamiento autónomo se producirá a partir de la Ley Hipotecaria de 1. 861, desligándolo de su forma censal y otorgándole el carácter de derecho real enajenable, para que pudiese ser objeto de hipoteca.

⁵² POLAČEK, A., cit., pp. 378 ss.

⁵³ Los cambios producidos en el valor del suelo en ocasiones han revivido la 'enfiteusis', lo que provoca fuerte contestación social, pues subsisten todavía en nuestro ordenamiento instituciones de origen medieval, como el alodio, propio del derecho mallorquín del siglo XIII. Sobre las polémicas que hoy suscita, véase TORT-MARTORELL, C., "Sobre un caso real de reclamación del pago de un laudemio en un caso de alodio", RGDR 26 (2016), 1 ss.

⁵⁴ V. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., "Sistema de Derecho Civil, v. III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario y Registral". 6.ª ed. Tecnos, Madrid, 1998.

⁵⁵ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

⁵⁶ También en la legislación foral, lo que generó problemas de interpretación, hoy zanjados por el TS.

un edificio no se puede hacer al margen del planeamiento urbanístico, regido por normas de Derecho público, este es un 'mínimo inderogable'.

Según el artículo 53 de la Ley del Suelo, el derecho real de superficie es un derecho real limitado, a edificar sobre suelo ajeno y a mantener lo edificado temporalmente (máximo 99 años) como un derecho real separado de la propiedad del suelo (lo que a veces se ha llamado, impropiaemente, propiedad superficiaria, pudiendo llevar a confusión de instituciones), y su inscripción registral es constitutiva. Esto supone, evidentemente, una excepción temporal al principio superficies solo cedit contenido en el art. 358 del Código Civil español⁵⁷, relativo al derecho de accesión de bienes inmuebles.

En España hace poco se decía que el derecho de superficie no tenía vida entre los particulares, debido a que la sociedad no concibe que la propiedad de una vivienda no conlleve la propiedad del suelo. Pero, ahora, se ha convertido en una seria alternativa al arrendamiento y a la propiedad en los proyectos de construcción de grandes compañías sobre todo en el sector de energías renovables, en el sector hotelero y de telecomunicaciones; hay épocas en las que esta institución casi desaparece y otras en las que renace y aunque su régimen jurídico no sea igual, su función económico-social no se diferencia mucho. El criterio funcional es esencial para la comparación jurídica y explica el derecho de superficie en las distintas épocas y en el derecho moderno.

⁵⁷ Se diferencia de la concesión administrativa en que esta es una institución de derecho público, otorgada por la administración para su explotación (pues si no bastaría con un contrato de ejecución de obra) y regulada por derecho administrativo, mientras que el derecho de superficie puede ser otorgado tanto por sujetos particulares como públicos.

CUESTIONES PROCESALES SURGIDAS A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LA FÓRMULA CONTENIDA EN LA LEX RIVI HIBERIENSIS

María Lourdes Martínez de Morentin¹,
Universidad de Zaragoza

Resumen: En este artículo se van a examinar algunas particularidades relativas a la fórmula procesal que aparece en el texto conservado de la lex rivi Hiberiensis, documento epigráfico de la provincia Tarraconense fechado en época adrianea, que, según los especialistas, contiene el estatuto jurídico de una comunidad de regantes. Se considera el fundamento jurídico de la acción que en ella aparece; los problemas surgidos en cuanto a su interpretación; y las soluciones propuestas por los especialistas, que se esfuerzan en colocar la fórmula referida en una categoría desde el punto de vista del derecho romano - ius civile, ius honorarium -. Las cuestiones anteriormente señaladas aportan datos relevantes sobre el estudio del procedimiento formulario en las provincias del imperio romano.

Palabras clave: lex rivi Hiberiensis, pagani, intentio incierta, demonstratio, ius civile, ius honorarium

PROCEDURAL ISSUES ARISING FROM THE ANALYSIS OF THE FORMULA CONTAINED IN THE LEX RIVI HIBERIENSIS

María Lourdes Martínez de Morentin,
University of Zaragoza

Abstract: In this article we want to examine some particularities related to the procedural formula found in the preserved text of the lex rivi Hiberiensis, an epigraphic document of the Tarraconensis province dating from the Hadrian period, which contains, according to the specialists, the regulation of a community of irrigators. It is a question of considering the legal basis of the action that appears in it; the arising problems in terms of its interpretation as well as the proposed solutions the specialists in the matter strive to place the formula examined in a precise category - ius civile, ius honorarium. It provides relevant data on the study of the form procedure in the provinces of the Roman Empire.

Keywords: Lex Rivi Hiberiensis, Pagani, Intentio Incerta, Demonstratio, Ius Civile, Ius Honorarium

¹ Doctora. Profesora de Derecho Romano, Universidad de Zaragoza. España, e-mail: lmarmor@unizar.es

1. Introducción

En este trabajo se van a estudiar algunas características de la fórmula procesal que se encuentra en el texto conservado de la *lex rivi Hiberiensis*², documento epigráfico de la provincia Tarraconense fechado en época adrianea, que contiene, según los especialistas, el estatuto jurídico de una comunidad de regantes. Se trata de considerar el fundamento jurídico de la acción que en ella aparece; los problemas surgidos en cuanto a su interpretación, así como las soluciones propuestas por los especialistas en la materia que se esfuerzan en colocar la fórmula examinada en una precisa categoría (*ius civile*, *ius honorarium*) y darle un sentido desde el punto de vista de los principios del derecho romano; ello podría parecer inútil desde el punto de vista práctico, pero aporta datos relevantes sobre el estudio del procedimiento formulario en las provincias del imperio romano.

El epígrafe se halló fragmentado y los once trozos descubiertos (en la actualidad se encuentran en el Museo de Zaragoza), probablemente representan las dos terceras partes del texto original. Estaba escrito en tres columnas, de las que la I y III están bien conservadas, mientras que la II resulta incompleta al haberse perdido en su mayor parte.

La ley tiene un contenido complejo. Ha sido objeto de estudios epigráficos y arqueológicos sobre la España Romana y, en los últimos años, también jurídicos, lo que constituía una exigencia inaplazable.

En este sentido, en el presente estudio vamos a referirnos a un aspecto muy concreto, no muy estudiado todavía, sobre la fórmula que aparece al final del texto³, recogido en las líneas 23 a 26 de la columna III⁴:

² Fue encontrado en 1993 cuando se acondicionaba un camino vecinal de Magallón a Gañarull, muy cerca del río Huecha, dentro del término municipal de Agón, a unos 50 km. al oeste de Zaragoza, en el campo de Borja. Por eso es conocido también como "bronce de Agón".

³ Las variadas cuestiones suscitadas, a propósito del documento, por la doctrina romanística han sido señaladas en mi trabajo, "Aproximación al régimen jurídico de una comunidad de regantes: el bronce de Agón" en *Hacia un derecho administrativo fiscal y medioambiental romano* (A. Fernández de Buján (dir.), A. Trisicuioglio y G. Gerez Kraemer (coeds.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 323-349.

⁴ Según la versión recogida en la editio princeps de F. Beltrán Lloris, "Lex rivi Hiberiensis. An irrigation decree from roman Spain", *JRS*, 96, 2006, pp. 147-197 (droitomain. upgrenoble).

hanc for-[[mulam accipi]to (vacat) ludex esto. Quitquit parret e lege [[riui
(?) Hiberiensis (?)

quae lexs est ex conuentione paga-[[nica(?) omnium(?) C]aesaraugustano-
rum Gallorum Cas-

[cantensium Bels]inonensium paganorum illum | [illi dare oportere], ++ iu-
dex illum illi

c(ondemnato), | s(i) n(on) p(arret) a(bsoluto).

La ley menciona instituciones que responden a la lógica del derecho de asociación, lo que fue puesto de manifiesto por R. Mentxaca⁵, al recoger la fórmula procesal que debe ser aceptada por quien pida o demande algo. El término *conuentio* hace suponer que la *lex*, considerada en el sentido de estatutos, debía ser aprobada por el concilium o asamblea, en la que participarían los pagani mencionados en la fórmula, que de esta forma manifestarían su consentimiento sobre el contenido de la misma⁶. Estaríamos ante una comunidad de regantes en la que sus miembros serían los pagani de las circunscripciones administrativas rurales vinculadas a núcleos urbanos de categoría jurídica diferente, que se asociaron por causa de utilidad pública para el uso del canal de riego y establecieron, mediante el acuerdo de la asamblea, las normas por las que se regirían en el futuro⁷.

Seguramente existieran unos estatutos previos que pudieron surgir con el canal o fueron introducidos con posterioridad cuando se llevó a cabo la fundación de la colonia Caesaraugusta, o la del municipio latino de Cascante. La existencia de estos estatutos previos se deduciría del hecho de que en el texto aparecen numerosos arcaísmos (*rivom*, *proxumus*, *quitquit*, *parret*, *lexs*, y *sancxit*.) que evocarían una redacción anterior, y de que al inicio del epígrafe se nombren tres pagi: Galos, Segardenenses y Belsinonenses, y al final se omita a los Segardenenses.

Con base en la interpretación que hacen los autores, es posible suponer que entre la primera regulación que implicaba a tres pagi, y la segunda (la que ha llegado a nosotros) que implica solo a dos (probablemente el *pagus Segardenensis* habría sido absorbido por el *pagus Gallorum*)⁸, transcurrió un periodo de tiempo que fue suficiente para permitir percibir las carencias de

fr/Negotia/rivi1_Lloris. htm).

⁵ Mentxaca, R., "Lex rivi Hiberiensis, derecho de asociación y gobernador provincial" *RI-DROM*, 2009, p. 27.

⁶ Sobre estas cuestiones tuve ocasión de ocuparme en el mismo trabajo referido en nota 3. Véase también. Martínez de Morentin L., "Los pagi, estructuras territoriales básicas en la organización administrativa romana", *Revista digital de Derecho administrativo* n° 16, 2º semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 117-144.

⁷ Mentxaca, R., "Lex rivi Hiberiensis derecho de asociación y gobernador provincial", cit., p. 27.

⁸ En este sentido, Beltrán Lloris, F., "Lex rivi Hiberiensis. An irrigation from Roman Spain" cit., p. 160 y el mismo autor, "Irrigación y organización del territorio en la antigua Cascantum: el testimonio de la *lex rivi Hiberiensis*", Andreu, J., (Coord.), *Navarra en la antigüedad. Propuesta de actualización*, Pamplona, 2006, p. 237 ss.

la ley y dar lugar a su revisión. Quizá la antigua regulación se mostró en la práctica insuficiente, por lo que en época de Adriano se redactaran unos nuevos estatutos. Es posible que el representante de uno de los pagi afectados, tomara la iniciativa de elevar el tema ante el legatus. Esta autoridad, asistida por el magistrado Lucio Manlio, conoció la cuestión y sancionó los estatutos que, previamente, habrían sido aprobados en asamblea por los pagani de los pagi interesados, que ahora eran solo dos: los Galos de Caesaraugusta y los Belsinonenses de Cascante. El hecho de que la asamblea de pagani tuviera que adoptar el acuerdo, estaría conforme plenamente con lo que se sabe de la regulación del derecho de asociación que otorgaba a la asamblea general de la misma, la competencia para modificar los estatutos⁹.

Siguiendo a los especialistas¹⁰ cabe decir que el régimen jurídico de la comunidad de regantes que aparece en la *lex rivi Hiberiensis*, no puede establecerse claramente, teniendo un carácter híbrido, público y privado. Aunque existe la sanción pública de la *lex paganica* por la autoridad romana, estaríamos ante un complejo régimen jurídico del agua del canal, cuya distribución entre los comuneros no aparece en el documento; su diversidad estaría condicionada a la dimensión de las derivaciones singulares y debió ser previa al acto registrado en el texto, probablemente sancionado en el momento de la instalación de la nueva conducción. Estaríamos en presencia de una reglamentación privada, la *conventio paganica*, pero relacionada con intereses públicos, el riego de esos territorios, lo que requeriría un uso adecuado del canal y su mantenimiento; por ello, seguramente, fue sancionada por la autoridad romana.

2. Algunas instituciones procesales presentes en la *lex rivi Hiberiensis*

Como señalan los autores¹¹, la *lex paganica*, a la que nos referimos, ratificada por la autoridad romana, aporta elementos muy interesantes sobre la historia del Proceso privado romano en las provincias del imperio, tema escasamente tratado por la doctrina.

El proceso privado se ha estudiado desde una óptica “romanocéntrica”, en palabras de Ch. Buzzachi¹², en donde se ha llegado a niveles de gran profundidad, siendo las Instituciones de Gayo el texto fundamental, pero no ha sido

⁹ Mentxaca, R., “*Lex rivi Hiberiensis*, derecho de asociación y gobernador provincial”, cit., pp. 27-28.

¹⁰ Capogrossi-Colognési, “La *lex rivi Hiberiensis* e gli schemi delle servitù d’acqua in diritto romano”, *Lex Rivi Hiberiensis. Diritto e técnica in una comunità di irrigazione della Spagna romana*, a cura di Maganzani, L., Buzzachi, Ch., Napoli, 2014, p. 88.

¹¹ Buzzachi, Ch., “La *lex rivi Hiberiensis*: domande allo storico del processo romano”, en *Lex Rivi Hiberiensis. Diritto e técnica in una comunità di irrigazione della Spagna romana*, cit., p. 93; Maganzani, L., “La formula con intentio incerta della *lex rivi Hiberiensis*”, *Lex Rivi Hiberiensis. Diritto e técnica in una comunità di irrigazione della Spagna romana* cit., p. 216; Mantovani, D., “Il processo e l’arte della storia”, en Stolfi, E. (cur.), Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005 (Torino 2006), pp. 47-65.

¹² Buzzacchi, Ch., op. cit., p. 97

igualmente examinado el proceso provincial, por lo que este descubrimiento epigráfico, relativamente reciente, ha contribuido, sin duda, a paliar esa laguna.

En concreto, para todos los pagani está prevista una tutela procesal contra los magistri pagi o los publicani que hubieran tomado prendas (pignoris capio) ilegítimamente o cometido otras irregularidades, según el procedimiento formulario. Así se dice que quien es el titular de la iurisdictio del lugar del que proviene el que se le ha retenido la prenda indebidamente, tiene cinco días para interponer un iudicium contra los magistri pagi o el publicano (lín. 1-3: si quis pignus indebite a se captum esse arbitratur, in/diebus quinque proximus iudicium cum mag (istis) pagi pub/licanove addicat qui eo loco iuri dicundo praeerit, /ex qu is erit qui contra legem fecisse dicetur), y el iudicium deberá concluir también en cinco días (iudicium intra dies quinque finiatur) y, sobre todo, si alguno en el ejercicio de sus funciones de supervisión, no hubiera perseguido cualquier comportamiento contrario a esta lex, está obligado a entregar a los pagani una pena pecuniaria idéntica a la que debiera haber impuesto. También se dice: sea concedida a todos los pagani la facultad de actuar procesalmente contra los magistri pagi [...].

Al texto anterior le sigue la previsión del iusiurandum in iure (lín: 9-11: Si [[quis (?) ad (?) iusiurandu(?)]m adigere maluerit dum ipse ca-[[lumniae (?) causa (?) no]n recuset, is cum quo agetur iura-[[re debeat(?) et (?) si (?) non(?)] iurauerit, eandem poenam quae | [s(upra) (?) s(cripta) (?) est (?) praestare (?) debeat(?)]): (Si alguno hubiera preferido hacer un juramento, aquel contra el que se actúa está obligado a jurar y si no hubiera jurado, está obligado a entregar la misma pena pecuniaria mencionada anteriormente).

El supuesto se refiere al caso de que fueran varios los legitimados en común para el uso del agua y uno de ellos se beneficiara con perjuicio del otro. En tal caso, el perjudicado o los perjudicados, podrían pretender del autor del daño, una suma igual al valor de sus intereses lesionados, y la posibilidad del actor de deferir un iusiurandum, el cual, si prefiriera no jurar, debería prestar la misma pena de 25 denarios mencionada más arriba.

El iusiurandum in iure es un tipo de iusiurandum necessarium que podía eliminar la controversia sin llegar a la litis contestatio, o influir sobre el tipo de acción concedida por el magistrado¹³. El iusiurandum desempeña, a diferencia del juramento de calumnia, una función análoga a la litis contestatio y adquiere un valor equivalente al que posee la sentencia, ya que, una vez prestado, el demandado o, en su caso el demandante, se convierte, prácticamente, en el juez del litigio.

En otro apartado se establece que, si se ha reclamado en juicio para el pago de una pena pecuniaria establecida en la lex, deberá prometer vadimonium de comparecer ante el titular de la iurisdictio del municipio o de la colonia más próxima, según el edicto de Minucio Fundanus, legado del emperador. En tal

¹³ Biondi, B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*. Roma, 1913, pp. 13 ss., señala, entre otras fuentes, D. 5, 1, 28, 2; 44, 5, 1 pr.; 12, 2, 37; véase Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, 11ª ed., Madrid, 2018, p. 101.

caso el magistrado iudicente, asignará a las partes un juez que tendrá que emitir la sentencia dentro de los cinco días siguientes a su nombramiento (lín. 15-18: uadimonium ad eum qui proxumae | [iurisdictio]ni (?) municipi aut coloniae praeerit | [promittat (?) ---pr]oxumae (?) rationis habita ex edicto Mi-[nici / -nuci (?) ---]ani (?) leg(ati) Aug(usti) clarissimi uiri ut in | [---]+++ promitti oportebit iudicem | [--- inter] quos controuersia erit extra ordi-[nem ---] qua secundum legem intradies quin-[que proxumas quibus (?) datus erit pronuntiet (Si alguno reclama a otro el pago de una pena en base a esta lex, aquel al que la pena sea reclamada prometa vadimonio (de comparecer) ante el titular de la iurisdictio en el municipio o colonia más próxima teniendo en cuenta la ratio [...] (?) sobre la base del edicto de Minucio (?) Fundanus (?), legado del emperador, senador, como es obligatorio prometer en el edicto del pretor urbano a (?), y la persona titular de la jurisdicción debe asignar un juez extra ordinem a aquellos entre los que surja una disputa (con la condición) de que emita el juicio según la lex dentro de los cinco días (sucesivos al de) en los que sea designado).

El vadimonium, según Gayo (4, 185), era la simple intimación del actor al demandado para que compareciera en el día fijado para la nueva audiencia (en el caso, que debió de ser frecuente, de aplazamiento de la causa) sin prestación de ninguna garantía¹⁴.

3. La fórmula procesal que aparece al final del texto de la *lex rivi Hiberiensis*

La *lex rivi Hiberiensis* termina con la apariencia de una fórmula procesal, lo que mostraría que nos encontraríamos ante la aplicación del procedimiento formulario en provincias¹⁵.

La fórmula sería la estructura adecuada para resolver el litigio y un instrumento de gran importancia que nos permitiría conocer datos, no solo sobre la actio, sino también sobre las fases del proceso: la fase *in iure*, el desarrollo de la *apud iudicem*, así como los medios dirigidos a resolver la controversia, bien por medio de una condena o de una absolución.

¹⁴ Véase su evolución en Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 82 y 101.

¹⁵ Dejando aparte los planteamientos de la doctrina sobre si el procedimiento formulario se aplicó en provincias o más bien fue el procedimiento *extra ordinem*, mantenemos la postura de que las fórmulas encontradas en diversos documentos (P. Yadin, *lex Irr.*), confirman lo primero. En este sentido Buzzachi, Ch. "La *lex rivi Hiberiensis*: domande allo storico del processo romano" cit. pp. 105-111. El carácter formulario del proceso a que se refiere la *IrH* lo han defendido Buzzachi, Maganzani, Mantovani, Nörr y Platschek, frente a Torrent que sostiene el carácter *extra ordinem* (Torrent, A., "Las acciones populares en la *lex rivi Hiberiensis*", en *RIDROM* 9, 2012, pp. 104-172; el mismo autor, *Lex rivi Hiberiensis*: desde el proceso formulario a la *cognitio extra ordinem*, en *Index Quaderni camerti di studi romanistici* 41, 2013, pp. 437-454). Sobre la discusión no puede entrarse en este momento. Remito a las obras de los autores reflejadas en nuestro estudio. La opinión que mantenemos, siguiendo a Buzzachi (op. cit., p. 110) es que "il processo formulare si presta ad essere utilizzato, perché costituisce un fecondo modello standard, che unisce e risolve efficacemente esigenze pratiche diverse nella soluzione delle controversie".

La fórmula contiene una intentio in ius incierta, pero sin demonstratio, lo cual puede resultar extraño en una primera aproximación, sobre todo si se pretende su encuadramiento dogmático.

El estudio de las fórmulas inciertas ha sido realizado por Buzzachi en varios trabajos¹⁶, lo que le permite afirmar que la aparente contradicción (intentio incierta sin demonstratio) no es más que un reflejo real y concreto del devenir histórico del proceso.

Si bien es cierto que tradicionalmente se había venido considerando la necesidad de que en este tipo de fórmulas apareciera inserta una demonstratio, inmediatamente antes de la intentio¹⁷, que reflejase el hecho o hechos en los que el demandante basase su derecho, en el estado actual de las investigaciones no parece que siempre necesariamente debiera ocurrir así¹⁸.

El texto dice: (Is (?) qui (?) cum (?) ali]quo hac lege aget petetue hanc-for-[mulam accipi]to_) (cualquiera que actúe o tenga una pretensión contra alguien en base a esta ley, recibirá una fórmula según estas palabras¹⁹):

ludex esto. Quitquit parret e lege | [riui (?) Hiberiensis (?)] quae lexs est ex conuentione paga-[nica(?) omnium(?) C]aesaraugustanorum Gallorum Cas-[-cantensium Bels]inonensium paganorum illum | [illi dare oportere], ++ iudex illum illi c(ondemnato), | s(i) n(on) p(arret) a(bsoluito) (Sea juez. Cualquier cosa que parezca que aquel daba dar a ese en base a la lex (del rivus (?) Hiberiensis (?), ley que deriva de la convencion pagánica de todos los pagani, los Galos de Caesaraugusta y los Belsinonenses de Cascantum, el juez condene a aquel a favor de este, y si no resulta probado le absuelva).

La denominada "lex", de la que el actor hace derivar su pretensión, es la regulación que los pagos interesados en el disfrute del canal de riego (rivus Hiberiensis) se han dado a través de una conventio; lex que ha obtenido la ratificación del legado imperial, Fundanus Augustanus Alpinus mencionado al final del documento. Los pagi son referidos expresamente en la fórmula.

Como se ve, la condemnatio de la fórmula sigue el esquema acostumbrado en su redacción (condemna [...] si non paret absolvito). Por el contrario, la estructura de la intentio solo conserva la primera parte: quae lexs est ex conuentione paga-[nica(?) omnium(?) etc. faltando las formas verbales normales: dare oportere, o dare facere oportere, o facere oportere. Por ello, determinar cual sea el objeto del oportere (dare, dare facere o facere) en esta fórmula, constituye un reto para la doctrina.

¹⁶ Buzzachi, Ch., "La lex rivi Hiberiensis: domande allo storico del processo romano" cit., p. 93; Buzzachi, Ch., Demonstratio e protoformule, in Studi per G. Nicosia II, Milano 2007, pp. 141-167 y la misma autora, Lex rivi Hiberiensis. Per un'indagine sul processo nelle province, Roma, 2013, pp. 62-75.

¹⁷ Álvarez Suárez, U., Curso de Derecho romano, tomo I, Madrid, 1953, pp. 320-329.

¹⁸ Véase Maganzani, L., "La formula con intentio incerta della lex rivi Hiberiensis", cit., pp. 216 ss.

¹⁹ Según la edición crítica de F. Beltrán Lloris, a quien seguimos, que, en la revisión del texto, junto a Crawford, propone: illi facere oportere eius (en vez del illi dare oportere de la editio princeps).

Como señala Mantovani²⁰, el testimonio de la IrH sobre el procedimiento formulario es de gran importancia para los estudios romanísticos, pues, aunque conocemos el contenido del edicto del pretor (reconstruido por O. Lenel en 1927 esencialmente sobre las Instituciones de Gayo y los comentarios edictales conservados en los Digesta), y por ello una gran parte de fórmulas, no así la estructura de las mismas, por lo que la información facilitada puede resultar decisiva.

Gayo (G. 4, 41) en relación con la Intentio señala:

Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit: velut haec pars formulae SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; item haec QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM A. AGERII ESSE (La intentio es esa parte de la fórmula en que el demandante refleja su deseo por ejemplo de esta manera: Si resulta que NN debe dar diez mil sesteracios a AA, o también: Todo lo que resulte que debe dar o hacer a AA. O de esta manera: Si resulta que el esclavo pertenece a AA en propiedad civil).

Gayo refiere tres ejemplos de intentio; el primero de una fórmula civil con intentio certa (X milia dare oportere); el segundo de una fórmula incierta in personam (Quidquid paret N. N A. A. dare facere oportere); el tercero de una fórmula civil in rem (la reivindicatio).

La doctrina sostiene que los ejemplos enunciados por Gayo no serían todos los posibles casos de intentio, sino que el autor los recordaría como los más frecuentes²¹. El supuesto de una fórmula con intentio incierta sería posible²² si estuviera precedida por una demonstratio que indicase el fundamento de la pretensión (como sucede en los iudicia bonae fidei) o al menos de una praescriptio. Como ejemplo de fórmula incierta con demonstratio se puede citar la actio depositi in ius recordada por Gayo (4, 47):

IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIIS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEA DEPOSITUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EIUS N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO.

Y como ejemplo de fórmula incierta con praescriptio, a modo de demonstratio, en la que se explica el fundamento de la pretensión, el mismo autor cita la actio incerti ex stipulatu (G. 4, 136):

²⁰ Mantovani, D., "Le procès et le progrès de la connaissance. Nouveaux documents et tournants historiographiques", *Carmina Iuris. Mélanges Michel Humbert*, Paris, 2012, p. 550; el mismo autor, "Il processo e l'arte della storia", en Stolfi, E. (cur.), *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005* (Torino 2006), pp. 47-65.

²¹ Maganzani, L., "La formula con intentio incerta della lex rivi Hiberiensis", cit., p. 184; Selb, W., *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau I*, Wien-Köln-Graz, 1974 y Kaser, M., *Formeln mit "intentio incerta", "actio ex stipulatu" und "condictio"*, *Labeo* 22, 1976, pp. 7-29 cits. por Maganzani, op. cit., p. 184; Talamanca, M., *Processo civile (Diritto romano)*, in *ED XXXVI*, Milano, 1987, pp. 1-77, concretamente p. 46.

²² Álvarez Suárez, U., *Curso de Derecho romano*, cit., p. 320.

IUDEX ESTO: QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERTUM ESTIPULTAUS ETS, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A, AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.

En este caso la praescriptio tiene como finalidad limitar la pretensión del actor a la sola parte del débito surgido de una estipulación ya caducada (cuius rei dies fuit)²³.

Hay que señalar que poco antes de este pasaje, Gayo (G. 4, 131) reclamaba expresamente una fórmula incierta ex stipulatu sin demonstratio ni praescriptio para el caso de prestaciones periódicas (por años o meses), para no limitar la pretensión del actor solo a las prestaciones ya debidas, argumentando que actuando en juicio con una actio incerti ex stipulatu, si se añadiera la praescriptio en la fórmula, se produciría la consumición procesal de la prestación entera, por tanto, también de la prestación no exigible todavía²⁴. El problema ha suscitado en la doctrina complejas discusiones en la que tampoco puede entrarse en esta sede²⁵.

Por otra parte, una fórmula del mismo tipo y con indicación de la pretensión en el interior de la intentio aparece en otro pasaje gayano (G. 2, 213), concretamente en la actio ex testamento: Quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.

La profesora Maganzani, en su trabajo *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale De publicanis* (Torino, 2002), proponía para la fórmula procesal prevista en el edicto del pretor (urbano y provincial) a favor del publicano contra el deudor de impuestos incumplidor, una intentio incierta, sin demonstratio ni praescriptio del tipo "dare facere oportere"²⁶ propuesta, en parte, aceptada por Nörr, si bien con algunas reservas y consideraciones²⁷. Sin embargo, la doctrina dominante consideraba la acción del publicano como pretoria, ficticia o in factum, debido a la imposibilidad de configurar la relación publicano-deudor de impuestos, en términos de vínculo obligatorio

²³ Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum*, tít. 14.

²⁴ Si bien para este supuesto L. Maganzani remite al *Fragmentum Augustodunensia*, IV, 107-108, que trata, aunque en otro contexto, del problema de la consumición de la prestación, 107. In legitimo iudicio non omnis actio consumitur, sed ea sola quae habet intentionem personalem in ius concepta: nam est in factum concepta. 108. Dicitur: "si paret te mihi dare oportere tot milia" vel "quidquid te dare facere praestare oportet". Ista est personalis intentio in ius concepta. Sobre las cuestiones suscitadas a propósito de la posibilidad de una fórmula ex stipulatu sin praescriptio ni demonstratio existe un amplio debate en la doctrina sobre el que no nos detendremos en este trabajo. Remito a la bibliografía señalada por la autora, op. últim. cit., en p. 185.

²⁵ Véase la nota anterior.

²⁶ Sobre los argumentos, vid. Maganzani, "La formula con intentio incerta della lex rivi Hiberiensis", cit., pp. 187-188.

²⁷ Como alternativa a la pignoris capio, pero cuya condemnatio estuviera dotada, de una fictio de pignoris capio (Véase Nörr, "Prozessuales (und mehr) in der lex rivi Hiberiensis", ZSS 125, 2008, pp. 152-156 cit. por Maganzani, op. el loc. cit.

tutelado por una acción con *dare facere oportere*, ya que la deuda del contribuyente sería hacia la res publica, no hacia el encargado del cobro. Pero Maganzani nos recuerda que Gayo (4, 28) hace depender de la *lex censoria* un remedio civil por excelencia como es la *legis actio per pignoris capionem*²⁸.

También la *lex agraria* del 111a. C (FIRA, lin. 36 ss) señala que la obligación del deudor de la *scriptura* hacia el publicano responsable de la exacción viene formulada en términos de *oportere*. Y Cicerón (Verrinas 2, 3, 25, 34) señala que la obligación de los aratores sículos (tribu que pasó de Sicilia) hacia los decumanos (cobradores de la decuma), presentaba la misma fórmula; también en la *Tabula Heracleensis* (lin. 34 ss) el frontista (propietario de fincas fronterizas) que no tuviera limpia la entrada del fundo según la prescripción de la ley, estaba obligado a reembolsar al publicano que le había exigido los trabajos, los gastos realizados en su nombre.

En base a los textos anteriores, también en otros pasajes, así como a las diversas aportaciones de la *lex Portus Asiae* (*Monumentum Ephesum*), la autora sostiene que el publicano responsable de la exacción, ya en el 70 a. C, debía adoptar dos medios de protección alternativos; por una parte, la *pignoris capio* (G. 4, 28), y, por otra, una acción civil con *fictio* de *pignoris capio* del siguiente tenor (G. 4, 32):

Contra in ea forma, quae pvblicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, lvere deberet, tantam pecuniam condemnetur (Por el contrario, en la fórmula que se otorga al publicano existe la ficción de que resulte condenado el deudor a aquella cantidad de dinero por la que antes, cuando se practicaba la toma de prenda, debía redimir ésta).

Señala la autora²⁹ que dicha acción general debía deducir la pretensión del actor sobre el vectigal en una *intentio* incierta; la *intentio* incierta sería idónea para representar la pretensión sobre vectigalia de diversa naturaleza (*portorium*, *scriptura*, *decuma*, etc.) provenientes del arrendamiento de la exacción tributaria realizados en muchas provincias³⁰.

Ciertamente, el tema de los publicani nos llevaría a examinar la organización territorial y la recaudación fiscal en provincias para poder entender el modo en que se aplicó el derecho romano en los territorios extratálicos, pero este tema nos desviaría del estudio de las fórmulas propuesto, por lo que remito a los especialistas³¹. Baste la consideración de que las fórmulas

²⁸ [...] Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent.

²⁹ Maganzani, L., "La formula con *intentio incerta* della *lex rivi Hiberiensis*", cit., p. 188.

³⁰ La referencia a la *pignoris capio* municipal puede verse en Giménez candela, T., "La *pignoris capio* municipale", en *Iurisprudentia universalis, Festschrift für Teo Mayer-Maly*, Köln, -Weimar-Wien, 2002, pp. 239 ss.

³¹ Torrent, A., "Los publicani en la *lex rivi Hiberiensis*", en *Rivista di Diritto Romano*, 13, 2013, pp. 1-10.

concedidas a este colectivo pueden servirnos de apoyo a la hora de defender la existencia de este tipo de intento.

La elección entre los dos medios (*pignoris capio* y *actio con fictio* de p. c.) debía ser concedida al publicano para facilitarle el cobro de la exacción. Ciertamente, la p. c., aunque era la solución más rápida, no siempre era posible practicarla (por ej. ante la falta de bienes que pignorar) y, al menos desde finales de la edad republicana, se volvió peligrosa para el publicano pignorante a causa de la legitimación de la víctima para ejercitar una acción penal *in duplum* (después del año, *in simplum*) en el caso de toma de prenda ilegítima. Estos casos serían los considerados en el edicto *De publicanis*³²: cualquier forma de *ademptio* publici nomine efectuada por el publicano o su familia, fuera de los casos expresamente previstos en la *lex censoria*³³; por otra parte, el ejercicio de la *actio con fictio* de p. c. daba seguridad al publicano de resarcirse del pignorado, pues le imponía la carga de facilitar en juicio la prueba del *oportere* convenido.

Aunque no está del todo de acuerdo Nörr con las afirmaciones de Maganzani, sí lo está en lo concerniente a la existencia, a favor del publicano y contra el deudor de impuestos incumplidor, en alternativa a la p. c., de una fórmula incierta sin *demonstratio* ni *praescriptio* dotada en la *condemnatio*, de una *fictio* de p. c. La fórmula sería la siguiente³⁴:

Quidquid paret e lege censoria illum (Schuldner) illi (Publikane) dare (face-re?) oportere, quantam pecuniam ille, a quo pignus captum esset (oder pignus capi liceret?), luere deberet, tantam pecuniam [...].

Así, el autor, sobre la base de la IrH, lanza la hipótesis de que una *condictio ex lege*, con *intentio* certa o incerta, según los casos, podría preverse para todos los casos que aparecen en las fuentes, de tal forma que se reconduciría a una forma unitaria de tutela jurisdiccional, en la que el *oportere* de lo convenido estuviese fundado en una *lex*, entendiendo dicho término en sentido amplio, esto es, refiriéndose no solo a las *leges publicae*, sino también a todo tipo de regulación diversa, como las *leges censoriae*, *collegii*, *paganicae* o a los estatutos municipales o coloniales.

En este sentido, para Nörr, la fórmula de la IrH reforzaría la idea de que cuando el *oportere* tuviese por objeto un *incertum*, la fórmula empleada sería similar; así tendrían la misma estructura que la prevista en la IrH, la *actio legis Aquiliae*, las acciones por multa fundada en la cláusula *dare damnas esto* que aparece en numerosas fuentes epigráficas, y otros casos de *condictio incerta ex lege* como la *actio* fundada sobre la *lex Quinctia de aquaeductibus* del 9 a. C. contra los transgresores de la *lex*; la *actio e lege locationis* (presumiblemente popular) prevista en un pasaje de A. Gellio (NA 11. 17. 2) contra el pu-

³² Maganzani, L., *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo editale De publicanis*, Torino, 2002, p. 96.

³³ Maganzani, L., "La formula con *intentio incerta* della *lex rivi Hiberiensis*", cit., p. 188. No está de acuerdo Nörr, "Prozessuales (und mehr) in der *lex rivi Hiberiensis*", cit., pp. 179 ss.

³⁴ Nörr, "Prozessuales (und mehr) in der *lex rivi Hiberiensis*", cit., p. 156. En la fórmula: *Schuldner*: deudor; *Publikane*: publicano.

blicano incumplidor de las obligaciones de mantener limpio el río a su cargo por la *lex censoria* del arrendamiento; la *actio e lege collegii* prevista en FIRA III, 32, 1, 16 ss.³⁵. Sin embargo a L. Maganzani le sorprenden las afirmaciones de Nörr, sobre todo cuando al hablar en todos los casos citados de *condictio incerta ex lege* y analizándolos conjuntamente como ejemplos de fórmula *Quidquid paret e lege [...] dare (o dare facere) oportere*, manifiesta después la necesidad de distinguir, por razones de orden dogmático, la hipótesis en la que el *oportere* deriva *ex lege publica* (por ej. la *lex Aquilia*), de la que deriva *ex lege censoria, paganica, collegii etc.*, especificando que, en estos últimos casos, se trataría de un “*honorarrechtliches*” *oportere* ya que habría sido concedida por el pretor en base a actos no fundados en el *ius civile*³⁶. Por el contrario, la autora sostenía en su monografía sobre los publicanos, que la fórmula del publicano estructurada con una *intentio* según el *dare facere oportere*, fuese una fórmula civil igual a la antigua *legis actio per pignoris capionem*, quizá introducida por ley cuando se quiso establecer un medio jurisdiccional general a favor de todos los publicanos del imperio contra los deudores de impuestos, uniéndola a la *autotutela* de la *pignoris capio*.

Si, en efecto, examinamos el texto con una mentalidad dogmática y clasificadora, estaríamos abocados, según Maganzani, a valorarlo a la luz de la regla según la cual de las meras convenciones que no surgen de un específico contrato, no surge acción, sino en todo caso una *exceptio pacti*. Ciertamente, según las fuentes y la doctrina mayoritaria, la *obligatio* surge del contrato, del delito y de otras figuras no reconducibles ni al uno ni al otro³⁷ (*indebiti solutio, negotiorum gestorum, legato per damnationem, etc.*), pero no de una simple *conventio*. De ahí surge el problema formal de considerar una fórmula *in personam* con un *oportere* fundado en una *conventio paganica* en el texto de la *lrH*, problema que resuelve en un primer momento Nöor al señalar que la fórmula de la *lrH* sería un ejemplo de *condictio ex lege*, modelo aplicable a todos los casos en los que el *oportere* derivara de una *lex*, fuera pública, censoria, paganica, *collegii, municipii, coloniae, etc.* En un segundo momento, sin embargo, parece contradecirse pues considera el *oportere* allí previsto, como de derecho honorario, en cuanto que estaría fundado en la autoridad del magistrado *iudicente*. El mismo Gayo, dice Nöor, al hablar de la *l. a. p. p. c.* señala como fuente de la misma a la par, la Ley de las XII Tablas y la *lex censoria*, siendo del todo indiferente a las diferencias dogmático-jurídicas que son fundamentales para los romanistas modernos. Ello significaría que el esfuerzo doctrinal de colocar la fórmula procesal que estamos examinando, en una categoría precisa (*ius civile, ius honorarium*) y darle un sentido desde el punto de vista de los principios del derecho romano es inútil, cuando no perjudicial³⁸.

³⁵ Citadas por Nörr, *op. cit.*, pp. 144-151.

³⁶ Maganzani, L., “La formula con *intentio incerta* della *lex rivi Hiberiensis*”, *cit.*, p. 190.

³⁷ *Gai.* 3, 88; *D.* 44, 7, 1, *pr.*; *l.* 3, 13, 2.

³⁸ Maganzani, L., “La formula con *intentio incerta* della *lex rivi Hiberiensis*”, *cit.* p. 215.

Maganzani concluye considerando que no es ella quien para quitar importancia a las graves cuestiones de orden dogmático que aparecen en la fórmula de la IrH que analizamos, ni puede resolverlos con argumentos generales. Y aunque es verdad que los problemas de fundamentación jurídica suelen ser sobre los que tratan los estudios romanísticos, no habría que atribuirles una importancia extrema dándoles prioridad sobre los textos. No deberíamos estar absolutamente influidos por nuestros conocimientos teórico-dogmáticos cuando nos acercamos a las fuentes, sino leerlas y estudiarlas tal y como se presentan, observando sus características. Los resultados a veces pueden no coincidir con nuestros juicios previos, aportando detalles y dando respuestas a zonas oscuras del derecho romano, como en este caso, sobre el procedimiento formulario aplicado en provincias.

Por nuestra parte pensamos que la postura de la autora de considerar que el *oportere* haría referencia al *ius civile*, como tradicionalmente ha señalado la doctrina romanística española, es la adecuada.

POSTULATIO DE DERECHOS E “INTERÉS PROPIO”¹

María Asunción Sonia Mollá Nebot²,
Universidad de Valencia

Resumen: Abordamos en esta ocasión, la analogía que se observa en la evolución de la defensa “pro suo”, es decir, por sí mismo, pues a pesar de la limitación sobre la mujer, por la que se le imposibilita los actos virilibus officiis, y que le impide hablar y promover la defensa jurisdiccional, se le permite promover la propia defensa, pese a ser un acto de los calificados de virilibus officiis. El principio que ampara esta excepción es el mismo que vemos resulta en el reconocimiento de la intervención de las personas que carecen de capacidad por razón de edad, y que, según el derecho administrativo español, pueden, no obstante, instar la reclamación de sus derechos por sí mismos.

Palabras clave: Virtus mulieris. Laudatio funeraria. Virilibus officiis. Defensa pro suo, pro alii. “Interés propio”

¹ Este trabajo fue objeto de una ponencia presentada con el título “Condición subjetiva en los actos administrativos”, con ocasión del acto de investidura de Profesor Honoris Causa al Profesor ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, por la Universidad de Sofía, Bulgaria, el 6 de noviembre de 2018. Se encuentra integrado en el Proyecto con núm. de Ref.: DER2016-78378-P, “La Mujer en la Literatura y la Jurisprudencia Clásicas”, de la Universitat de València (España), Depto. de Derecho Romano y Eclesiástico del Estado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, en la Convocatoria 2016 de Proyectos I+D, correspondientes al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, siendo IP’s los profesores: M^a Asunción Mollá Nebot y José María Llanos Pitarch.

² Doctora en Derecho, Profesora Titular de Universidad (Universitat de València). E-mail: Asuncion.Molla@uv.es

POSTULATIO OF RIGHTS AND "OWN INTEREST"

María Asunción Sonia Mollá Nebot,
University of Valencia

Abstract: We address on this occasion, the analogy that is observed in the evolution of the defence "pro suo", that is, by itself, because despite the limitation on women, for which it is impossible virilibus officiis acts, and that prevents him from speaking and promoting the jurisdictional defence, he is allowed to promote his own defence, despite being an act of those qualified as virilibus officiis. The principle that covers this exception is the same that we see results in the recognition of the intervention of people who lack capacity due to age, and that according to Spanish administrative law, they can, nevertheless, urge the claim of their rights by themselves. data on the study of the form procedure in the provinces of the Roman Empire.

Keywords: Virtue mulieris. Laudatio funeraria. Virilibus officiis. Defence pro suo, pro alii. "Own interest"

1. Virtud mulieribus y silencio como virtud

La imagen usual de la mujer en las artes, la literatura y la iconografía romana, la simbolizan con valores relacionados con un cometido restringido al ámbito privado, incluso cuando se hace con un fin propagandístico, como ocurre en la numismática del s. I, que representa la imagen del Príncipe-emperador deificado (con la intención de personalizar una institución unificadora que desde Augusto se instaura sobre el Imperio romano reforzada con esta imagen de deidad), no solo del príncipe, sino de la familia Imperial: así, en el anverso de la moneda, la imagen de la mujer del emperador con una divisa sobre alguna cualidad propia de una matrona: *pietas*, *pudicitia*, etc. También en las demás representaciones artísticas, en general, como los mosaicos (musiva) y las pinturas murales que se conservan, eran comunes las representaciones de figuras mitológicas, encarnando estos atributos femeninos, ofreciendo una imagen visual ligada a estos rasgos de virtud de la matrona³.

En este sentido, la literatura incide especialmente en la alabanza vinculada a las virtudes domésticas, (*lanifica*, *domiseda*, *casta*, *fides*, *pudicitia* - a la que Palacios añade la de "pasividad"⁴-). En esta literatura merece mención como una fuente de noticias sobre la mujer los panegíricos y *laudationes* funerarias, aunque frecuentemente esta fuente ofrece menos información directa dada la subjetividad que caracteriza la propia exacerbación de virtudes que generalmente implican las *laudationes*, pues exageran como es sabido las cualidades del interfecto. No obstante, queremos resaltar que, salvo escasas excepciones, no se prodigan *laudationes* que se refiera a virtudes fuera del ámbito doméstico⁵. Entre estas *laudationes*, como decíamos, se sigue el patrón de la

³ NEIRA JIMÉNEZ, La imagen de la mujer en la Roma imperial. Testimonios musivos, en X Coloquio Internacional de la Asociación Española de Investigación de Historia de las Mujeres: Representación, Construcción e Interpretación de la imagen visual de la mujer (Madrid 2003).

⁴ PALACIOS, Miradas romanas sobre lo femenino: discurso, estereotipos y representación, en *Asparkía* 25 (2014) p. 92-110. Con una bibliografía completa sobre las *laudationis mulieribus*.

⁵ Una excepción a la regla vemos se recoge por MENTXAKA, Turia: Un ejemplo de *mulier fortis* romana, en *Mujeres en tiempos de Augusto* (Valencia 2016) p. 99 y ss. especialmente n. 1 con más bibliografía sobre la *laudatio* funeraria para mujeres en general. En particular se resalta en el caso de la llamada Turia, el hecho de tratarse no de las comunes virtudes de una matrona, que ya hemos señalado arriba: *lanifica*, *domiseda*, *casta*, *fides*, *pudicitia*, sino

mujer virtuosa, ligado al ámbito doméstico, incluso, a la inactividad⁶ y dentro de la misma, la que implica un recatado silencio.

La sociedad romana pensó el "callar" no sólo como una virtud, sino un deber para las mujeres⁷. Por ello son especialmente relevantes aquellos casos en los que la mujer se pronuncia, lo que implica siempre un ámbito público, y rompe con la actitud virtuosa que se supone en su silencio. La literatura ofrece un perfil nada homogéneo sobre la consideración que merecen las intervenciones orales públicas de las mujeres, que en unos casos son reprobadas, precisamente por hacer uso de la palabra, y en otros ensalzadas, pero no como virtud propia, sino como virtud masculina que les ha sido prestada.

Toda la simbología que viene a destacar el arte y la literatura es que la virtud de la mujer está encarnada en actos que quedan en el ámbito de lo privado en la familia. En contrapartida, es cierto que esta visión de la mujer también estuvo cargada de subjetividad negativa en la literatura romana, inspirada en la literatura griega en dónde se la representa como causa y origen de grandes males – Pandora o Helena, por ejemplo –, o simplemente de desaprobación en términos que llegan a ser claramente arbitrarios. Pero al lado de estos dos arquetipos, virtud-desdicha, la realidad nos la muestra de otra forma; realidad que se refleja en la literatura, incluso cuando reprueba los actos en los que se describe actuaciones de mujeres, que podíamos denominar de usos y costumbres, y que podemos también concluir tanto de textos propiamente jurídicos, como de lo que la doctrina romanística denomina textos literarios, que contienen información muchas veces iluminadora de la realidad común en esta sociedad del Imperio Romano.

Hay que reconocer, como señala unánimemente la literatura y doctrina jurídicas, también en los estudio trasversales, sociológicos, históricos etc. sobre la cuestión de la situación de la mujer, que los grupos más humildes, es decir, la mayoría de las mujeres en la población estaban excluidos de la reflexión de las fuentes literarias, por otro lado, "los autores, juristas, filósofos, literatos, sugieren más que ofrecen información directa [...] el cuadro de la situación de las mujeres resulta poco concreto o representativo, focalizado en una gran parte de los casos sobre la clase senatorial y concretado en la ciudad de Roma"⁸.

de las excepcionales que se destacan aquí como mujer fuerte, entra las que se trata de la reclamación del testamento del padre muerto, la denuncia y persecución de los asesinos de sus padres, lo que entraña el ejercicio de actuaciones jurídicas encaminadas a la obtención de justicia, y la protección y ocultación de su propio marido con riesgo de su vida en la época de las proscripciones de finales de la república.

⁶ Vid. supra n. 3.

⁷ FINLEY, *Aspects of Antiquity. Discoveries and Controversies* (London 1968) p. 129 y ss. Así, Lara o Lala, convertida en la diosa del silencio al arrancarle Jupiter la lengua, desempeña el modelo femenino a imitar, antes había sido quizá una ninfa a la que le gustaba hablar en demasía. Cfr. HÖBENREICH-RIZZELLI, *Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom* (Wien - Köln, 2003) p. 71-72.

⁸ Sobre la vinculación de las representaciones artísticas y su vinculación a la clase socialmente

Entendiendo que es imposible prescindir de “la idea” e incluso “ideal” de *virtus mulieribus* que se mantiene por el arte, el pensamiento filosófico, el pensamiento jurídico (poco vamos a decir sobre la jurisprudencia), y la literatura; interesa en este trabajo concretar la realidad en los casos en que se rompe con el ideal. Por eso resulta relevante el análisis de los datos sobre estos casos concretos, para entrar en la recepción y consecuencia social, y su trascendencia jurídica.

No obstante, ha de matizarse, con palabras de Evelyn Höbenreich, que: “historiadores censuran determinados comportamientos de las mujeres, exageran, distorsionan la realidad, revelando no sólo convicciones ideológicas, sino también ánimo misógino”⁹.

2. En torno a la “postulatio” de las mujeres

Desde el punto de vista jurídico, la mujer como tal no está capacitada, aunque sea *sui iuris*, para todo tipo de actos: no es *cives optimo iure*, y carece de los derechos que lo integran (*ius suffragii*, *ius honorum*, *ius militae*, *provocatio ad populum*). Esta restricción también es aplicable a los actos jurídicos formales de disposición, así le son ajenos la *mancipatio*, la *iniure cessio* y la *acceptilatio*¹⁰. Sin embargo, desde el s. IV a. C. se admite por el *ius gentium* la realización de actos jurídicos por parte de la mujer, seguir procesos que sean consecuencia de éstos y actuar ante el Pretor, aunque se trate de *officia civilia*. Siendo distinta la posibilidad de intervenir en nombre de la comunidad, es decir, en *officia publica* (*iudices esse*, *magistratum gerere*), cuyo acceso está completamente impedido a las mujeres.

Estos *officia civilia* no pierden esta naturaleza, al menos nominativa, hasta bien entrada la época posclásica. Sin embargo, hay una fluctuación que deviene en una minoración de la capacidad que llega a admitirse de facto en estos campos de los que en principio estaba excluida la mujer, no tanto por su incapacidad, como por la costumbre. Así, llega admitirse, según recoge Valerio Máximo, que las mujeres actúen durante el s. I a. C. antes los tribunales para

más elevadas vid. NEIRA JIMÉNEZ, La imagen de la mujer en la Roma imperial. Testimonios musivos, en X Coloquio Internacional de la Asociación Española de Investigación de Historia de las Mujeres: Representación, Construcción e Interpretación de la imagen visual de la mujer (Madrid 2003), “revela su correspondencia en el ámbito social a sectores pertenecientes a los estratos más privilegiados del Imperio; motivo evidente que limita la aplicación de las conclusiones de su estudio a una esfera concreta y determinada” p. 77; HÖBENREICH, *Andróginas y monstruos. Mujeres que hablan en la antigua Roma*, en VELEIA, 22 (2005) 173-182.

⁹Vid HÖBENREICH, *Andróginas y monstruos. Mujeres que hablan en la antigua Roma*, en VELEIA, 22 (2005) 173-182.

¹⁰La mujer no podía liberar al deudor de una obligación estipulatoria mediante *acceptilatio* sin *auctoritas tutoris*, así Gai. 3, 171 (“*Quam is autem acceptilatio veluti imaginaia solutio sit, tamen mulier sine tutore auctore acceptilationem facere non potest, cum alioquin solvi et sine tutore auctore posit*”, vid, MOLLÁ, *Extinción formal de las obligaciones verbales. La “Acceptilatio”* (Madrid 1993) p. 99 a 103.

asuntos de su interés “en todas las partes del proceso”¹¹, aunque no es general, pues no pueden actuar *pro alii*. Aun así, existen diversas intervenciones en materia administrativa, pues no son actos que quedan completamente al margen de la consideración de los *officia civilia*, pero que por su naturaleza de administración son asumidos frecuentemente por quienes no son *cives optimes iure*, incluso por peregrinos. Este es el caso de la exención de impuestos, de la que llegan a pronunciarse los *triumviri* ante la manifestación de *matronas* y la petición *pro aliis* que en forma de discurso realiza Hortensia¹². También vemos ocurre en otras peticiones ante el Senado que redundan en reconocimientos de derechos *pro aliis*, como resulta el *Senadoconsulto Volusiano*¹³. Ciertamente no son actos que puedan considerarse *agere*, ni quiera procesales, pero sí entran en esa consideración de actos que requieren una petición, muchas veces oral, ante el poder *triumviri*, o la autoridad en la *res publica*.

Sin embargo, vemos que de la tolerancia se pasa a la prohibición, al menos para la intervención ante el magistrado, no porque se retome el sentido original de los *officia civilia*, sino porque se recurre a la limitación de los *virilibus officiis*, pues como vamos a ver, el Pretor llegó a dar un edicto, según dice Ulpiano, poco después y como consecuencia de la asidua intervención de Cayo Afrania en diversos juicios en los que se extralimita, sin que tampoco quede muy claro en qué consiste esta extralimitación, por la que las mujeres ya no pueden intervenir *pro alii* ante el Pretor (es decir, en petición de acción y siguiendo los trámites procesales necesarios en el proceso). Así, se advierte que mientras se dice que el apartamiento de la mujer lo es por tratarse de *virilibus officiis* como vemos explica al final del texto de Ulpiano (D.3, 1, 1, 5 en 6 ed.), desde el principio lo que niega es que esta representación procesal y defensa sea de terceros (*ne postulare pro aliis*)¹⁴.

Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine

¹¹ Vid. VALERIO MAXIMO, *Hechos y Dichos memorables*, 8, 3, 1. Ed. Fernando Martín Aceira (Madrid-Barcelona 1988). Valerio Maximo, Refiriéndose a Amesia Sentina, “*rea causam suam [...] modosque omnes ac numeros defensionis*”.

¹² Vid. MOLLÁ, *Actos administrativos de la mujer en la época tardorrepública*, en *Revista General de Derecho Romano* 29 (2017) p. 11 y ss.

¹³ Vid. MOLLÁ, *Actos administrativos y capacidad en la época tardo republicana*, en *ACTAS DEL XX CONGRESO INTERNACIONAL IBERO-AMERICANO* (Porto 2018), en prensa. “La petición en favor de *Alliatoria Celsilla* -aun cuando no conocemos con exactitud al peticionario, y se ha especulado con que tal petición la realizara el mismo emperador-, se sitúa en el marco de los actos necesarios, en los expedientes seguidos ante el municipio por los propietarios interesados en la demolición de un edificio, que asumían la obligación de reconstrucción, actuación que en este campo no podría ser ni esporádica ni casual, como podía deducirse de la única fuente completamente identificada que era el *senadoconsulto Volusiano*, pues este expediente de peticiones era completamente habitual”.

¹⁴ RODRÍGUEZ-ENNES, “La larga lucha hacia la igualdad femenina” en *AFDUDC*, 11, (A Coruña, 2007) p. 839 y ss.

notabiles. sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres.

Así pues, Ulpiano nos viene a señalar la causa de la prohibición: “En segundo término, se propone un edicto (del pretor) en relación con aquellos que no pueden abogar por otros (ante él)¹⁵. En este edicto el pretor estableció exclusiones por razón del sexo y de algunos defectos, y designó también a las personas señaladas por la nota de infamia. En cuanto al sexo, prohíbe que las mujeres aboguen por otro, y la razón de la prohibición es evitar que las mujeres se mezclen en causas ajenas, en contra del pudor propio de su sexo, y desempeñen oficios viriles [...]”.

A la vez, también en otro texto de Ulpiano se recoge: “Las mujeres están apartadas de todas las funciones civiles y públicas, y por ello no pueden ser jueces, ni tener magistratura, ni actuar como abogadas (nec postulare), ni intervenir en representación de alguien (nec pro alio intervenire), ni ser procuradoras (nec procuratores existere). También el impúber debe abstenerse de todas las funciones civiles”. El pasaje recogido en Digesto, recogido en D.50, 17, 2 pr. -1 y procedente del libro 1 ad Sabinum:

Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. § 1. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.

Lo que el texto viene a decir de alguna forma resulta parcialmente incompatible con el otro texto, también de Ulpiano, que hemos reproducido antes, y que se encuentra ubicado en D.3, 1, 1, 5, procedente del libro 6 de su comentario al edicto.

Así pues, la referencia que en el primer texto se hace a que esta prohibición se produce como consecuencia de tratarse de virilibus officiis, en los que las mujeres no deben quedar inmersas contra la pudicitiam de su sexo, no parece que pueda tratarse de una afirmación inalterada en el texto, tal como se deduce por la contradicción intrínseca que hay, tanto con el otro texto de Ulpiano, sino también por la referencia a los virilibus officii, por lo que parece que por esta razón también debería estar prohibida la intervención de la mujer pro suo, no sólo pro aliis, si de lo que se trata es de la naturaleza del acto, pues en ambos casos estamos ante virilibus officiis. Así pues, la descripción de Ulpiano ha de matizarse, puesto que vemos que no existe prohibición para la defensa en nombre propio (pro suo), sino para que esta actuación sea en nombre de terceros (prohibet pro aliis postulare). Ello viene a limitar, en parte, las razones que aparecen en el otro texto, también de Ulpiano, D.3, 1, 1, 5. Así pues, los dos textos conjugados ofrecen una idea matizada a cerca de la prohi-

¹⁵ Edicto 26: D. 3, 1, 7 Quos prohibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiamsi adversarius eos patiatu postulare, porque a los que el pretor prohíbe postular por sí, lo prohíbe en absoluto, incluso cuando el adversario consienta que se aboguen. Vid. VALIÑO, E., El comentario de Gayo al Edicto Provincial (Valencia 1979).

bición de intervención de la mujer, cuya referencia a los officia civilia decae, al reconocer que la prohibición sólo alcanza la intervención de la mujer pro aliis, cuando se mezcla en causa ajenas “contra el pudor de su sexo” (pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres). Al final del texto, vemos pues, una capacidad jurídica de la mujer, con una limitada capacidad de obrar, que Ulpiano asemeja a la situación de los impúberes (Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere), que en el caso de las mujeres quedaba restringida a los actos procesales en los que entraban en juego un asunto ajeno, es decir: sí puede actuar por sí misma en la reclamación de derechos e intereses, sin tutor, ni otro representante¹⁶.

Así, en la época clásica hay un reconocimiento de que las mujeres actúan frecuentemente “desarrollando todas las partes del proceso”¹⁷. Al respecto, ya Volterra y Huchthausen, tratan de un número importante de actuaciones de mujeres que se habían dirigido a la Cancillería con causas y en petición de responsa, pero referido en la última época clásica, y principios de la posclásica. Es evidente que este incremento tan notable respecto de la primera etapa clásica, es un desarrollo natural de la normalización de la capacidad de obrar, pero también del cambio e incremento de las relaciones mercantiles, que viene a recurrir por su naturaleza, a los actos de apropiación posesoria, y cada vez menos a los actos de trasmisión formal de la propiedad. Así pues, los actos civiles (formales) progresivamente desaparecen, como la mancipatio, y a la desaparición de algunos de ellos se suma la de la relajación de las formalidades de los actos solemnes¹⁸. Todo ello redundando en el reconocimiento de ma-

¹⁶ Hay una semejanza llamativa con el derecho positivo español, donde en algún caso se invoca “propio interés”, como razón que permite la intervención en la reclamación de derechos para los menores de edad, a los que el derecho administrativo español, permite intervenir en la defensa de los propios intereses y derechos, aunque no alcance por razón de edad la capacidad de obrar que establece el Código Civil, así sucede con lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de Procedimiento administrativo común. “A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas [...] b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses” cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

En ambos casos se recurre a un principio de “propio interés”, que es latente en el caso de la mujer para el derecho romano y explícito en el caso del derecho positivo al que se refiere el artículo 3 de la LPAC. Curiosamente ambos casos están recogidos bajo el mismo grupo que nombra Ulpiano en D. 50, 17, 2 pr. -1.

¹⁷ Vid, supra n 10.

¹⁸ La convertibilidad de los actos formalmente inadecuados, empieza a admitirse a finales del s. I, como lo corrobora el Senadoconsulto Neroniano y, es posible que, desde Juliano, también fueran convertibles las acceptationes inutilis. Aún así, parte de la doctrina, mantiene la convertibilidad para un momento jurisprudencial anterior, con Sabino, cfr. PER-

yor autonomía de la mujer que se plasma en la ingente cantidad de rescripta que emanan de la Cancillería fundamentalmente desde finales del siglo II a la primera parte del s. III (entre Adriano y Diocleciano). Estos rescriptos, como se ha señalado, tratan de todo tipo de cuestiones, desde derechos reales, a obligaciones, familia y sucesiones, pero también, como ya hemos visto en otros sitios, como mutantes¹⁹ y como parte contractual frente al fisco. Evelyn Höbenreich, señala al respecto que de 2. 500 resoluciones que corresponden a esta época, casi 600, son impulsadas por mujeres²⁰. Pero, como decimos, esta situación deviene hasta finales del s. II.

No obstante, la intervención y reconocimiento de que las mujeres interviniera en los actos officia et civilia, está sujeta a una fluctuación minorativa, pues vemos que en el s. I a. C. progresivamente se admite la intervención de la mujer incluso pro alio, que se prohíbe posteriormente, cuando a través de un edicto del Pretor, mientras que el concepto de officia civilia mantiene nominativamente su exclusión a las mujeres, estas pueden intervenir en asuntos de su propio interés.

Así pues, se produce un cambio progresivo de estas limitaciones civiles y públicas, ya que si en principio en los actos propios de disposición formales había de estar asistida por un tutor mulieris. Gayo revela la real situación que en el s. II, esta asistencia del tutor mulieris es irrelevante, ya que el papel del tutor del que hablamos en el primer apartado, con el paso del tiempo se convirtió en un aspecto puramente formal que tenía poco o ningún valor en la práctica, así Gai., 1, 190:

“Pero para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree, de que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su ligereza, resulta una razón de más apariencia que de verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente incluso contra su voluntad, obligado por el pretor”.

Teniendo en cuenta la relativa proximidad temporal entre Gayo y Ulpiano, la aseveración gayana es más evolucionada que la teórica que describe Ulpiano en D.50, 17, 2 pr. -1, lo que hace pensar que se trata de un texto poco fiable en cuanto a su entera autoría, y en todo caso poco congruente.

NICE, Labeo A (Tübingen 1963) 406. Mientras que GIUFFRÈ, “Convalescere” in “Gai” 2, 218, en Synteleia Arango Ruiz 2, 627 n. 17 cree que la técnica de la conversión había sido elaborada por Papiniano, Paulo y Ulpiano. En nuestra opinión, la posibilidad de conversión de los actos inutilis dependería de que tal tipo de actos fueran reconocidos por la Jurisprudencia, lo que no sucede hasta el siglo II, con Juliano; cfr. MOLLÁ, Extinción formal de las obligaciones verbales. La “acceptilatio” (Madrid 1993) p. 176 ss.

¹⁹De esto ya hemos tenido ocasión de ocuparnos, vid. Actos administrativos de la mujer en la época tardo republicana, en, lustel, (2017), especialmente apartado relativo II. Comercio y officia civilia et publica.

²⁰HÖBENREICH, Andróginas y monstruos. Mujeres que hablan en la antigua Roma, en VELEIA, 22 (2005) p. 175.

3. Tres casos que cita Valerio Máximo

Abre esta reflexión la aseveración que hace Valerio Máximo cuando trata despectivamente las intervenciones de las mujeres, con tres ejemplos que constituyen hitos, y de los que no se colige una censura igual, cuando en el desarrollo de su idea acomete su exposición. Así, dice: "No podemos guardar silencio sobre aquellas mujeres a quienes, ni la modestia de su sexo ni las insignias de su pudor, pudo impedirles que hablaran en el foro y en los tribunales"²¹. Sin embargo, como luego veremos, estas tres mujeres hablan públicamente, pero su cometido es muy distinto, pues, mientras que la primera: Mesia Santinas, defiende su causa ante los jueces, al ser demandada, o probablemente acusada de un crimen, para el que no hallo varón defensor (77 a. C.); la tercera, Hortensia (año 43 a. C.), defiende en un discurso ante los triunviros la retirada de los impuestos para 1400 matronas romanas de las que "ningún hombre se atrevía a tomar su defensa". A las dos se les distingue su acción por Valerio Máximo, asimilando su actuación a la propia de un hombre, denominando a la primera, como Andrógina virilem animun gerebat, y a Hortensia, como inspirada, casi resucitadora de su padre, el orador Quinto Hortensio. Mientras que Caya Afrania recibe las más severas palabras, llegando a denominar los dos consules que ejercer su magistratura en el año de la muerte de Caya Afrania (Julio Cesar y Publio Servilio), es decir, la denominación epónima propia de la designación romana de los años, "pues de monstruo semejante -dice Valerio Máximo- es preciso hacer saber a los venideros más el año de su desaparición que el de su nacimiento".

Así pues, los tres textos de Valerius Maximus²² ubicados en su obra, *Factorum et dictorum memorabilium* (Hechos y dichos memorables), en el capítulo III del libro octavo, bajo el epígrafe: Sobre las mujeres que se defendieron por sí mismas o a otras personas, ante los magistrados, reúnen los supuestos del *postulare pro alio*, y una explicación de la causa del edicto que establece su prohibición.

En este fragmento, se habla de tres personajes: tres mujeres con intervención pública:

²¹ VALERIUS MAXIMUS, *Facta et dicta memorabilia*, ed. Marín Acera (Madrid-Barcelona 1988) 8, 3.

²² El autor, del s. I a. C., redacta su obra al servicio de la familia Julia, aunque se especula con que los destinatarios fueron apredices de retórica a los que se les suministra como material didáctico. Escribió a las órdenes de su patrono Sexto Pompeyo, de cuyo séquito forma parte en su camino al proconsulado en Asia. Parece que la concluye en el año 31. Tiene también un marcado estilo panegírico, con una alabanza desbordada hacia Tiberio, de la que quizá no sea del todo culpable sino por ser este el estilo propio de quien sirve a patrono. Cfr. MARTÍN ACERA, Introducción del editor en su traducción de la obra de VALERIO MAXIMO, *Hechos y dichos memorables* (Madrid-Barcelona 1988) p. 19 y ss.

1) Mesina Santinas (año 77 a. C.).

De la primera, Mesina Santinas, sabemos, que "habiendo sido acusada, se defendió ante sus jueces, presididos por el Pretor, Lucio Ticio, y en medio de un gran concurso del pueblo. Desarrolló regularmente todas las partes de la defensa con talento, incluso con energía, por lo que fue absuelta en el primer juicio casi por unanimidad":

8. 3. 1 Amesia Sentinas rea causam suam L. Titio praetore iudicium cogente maximo populi concursu egit modosque omnes ac numeros defensionis non solum diligenter, sed etiam fortiter executata, et prima actione et paene cunctis sententiis liberata est. quam, quia sub specie feminae uirilem animum gerebat, Androgynen appellabant.

No se sabe qué tipo de juicio y cuál es la causa. Se ha especulado con la posibilidad de que fuera público y que se trate de una *quaestio*, Mommsen es de opinión contraria. La referencia "a jueces", en plural, parece indicar o un tribunal de recuperadores, cuya jurisdicción es limitada, y en este caso improbable, o bien una *quaestio* penal en juicio público, aunque se deja en el aire y es inconcreto sobre si es por la naturaleza del asunto que nadie (varón) quiere ofrecerse a defender la causa como abogado de la defensa.

La visión positiva que traslada Valerio Máximo, se ciñe al apelativo con el que la denomina al final: *Andrógina*, por lo que se hace valer que su cometido es el propio de un varón en este caso, *uirilem animum gerebat*.

El caso recuerda aquél que habíamos planteado al principio, sobre Turia (*mulier fortis*) como mujer fuerte²³, que se pone de manifiesto en la reclamación del testamento del padre muerto, la denuncia y persecución de los asesinos de sus padres, lo que entraña el ejercicio de actuaciones jurídicas encaminadas a la obtención de justicia en el ámbito penal público, y la protección y ocultación de su propio marido con riesgo de su vida en la época de las proscripciones de finales de la república. En este caso la diferencia es que Amesia Sentinas, es la acusada, mientras que Turia se enfrenta a dos juicios penales por denuncia que promueve ella.

2) Caya Afrania (año 48 a. C.).

De la segunda, en cambio, se nos da una impresión negativa. Caya Afrania, esposa del senador Licinio Bución, "siempre dispuesta a meterse en pleitos, no porque careciese de abogados, sino porque le sobraba desenvoltura. Haciendo temblar las salas de los tribunales con gritos, cosa desacostumbrada en el foro, llegó a ser un ejemplar único de intriga femenina". Su nombre se utilizó como calumnioso apelativo para apodarar a las mujeres de malas costumbres, y sólo se señala el año de su desaparición por epónimos, pues coincide con el año del nombramiento de Julio César, junto a Publio Servilio (48 a. C.)²⁴.

²³ Vid. Supra n. 4.

²⁴ La datación es por epónimos, ya que se nombra a los años por los cónsules. El añadido del año exacto no está inserto en el texto original en latín.

8. 3. 2 C. Afrania uero Licinii Bucconis senatoris uxor prompta ad lites contrahendas pro se semper apud praetorem uerba fecit, non quod aduocatis deficiebatur, sed quod inprudencia abundabat. itaque inusitatis foro latratibus adsidue tribunalia exercendo muliebris calumniae notissimum exemplum euasit, adeo ut pro crimine improbis feminarum moribus C. Afraniae nomen obiciatur. prorogauit autem spiritum suum ad C. Caesarem iterum "P." Seruilium consules: tale enim monstrum magis quo tempore extinctum quam quo sit ortum memoriae tradendum est.

Ulpiano nos ofrece la razón de porque las mujeres no podían intervenir por otro, así en el texto recogido en D.3, 1, 1, 5 (Ulp. 6 ed.) señala a Caya Afrania (con la contracción Carfania) como la causa de este edicto, a pesar de que se ha dicho de que la denostación de Valerio Máximo es mordaz, lo cierto es que, quizá por ser una repetición entre quienes aprenden retórica de los libros que, como el de Valerio Máximo, se destina a este fin de la enseñanza, se repitiera lo mismo, o en el mismo sentido, y casi con las mismas palabras, más de un siglo después por Ulpiano. Así, al decir que esta prohibición, la de la defensa proviene del caso de Carfania: "una mujer muy descarada, que, al actuar sin pudor como abogada e importunar al magistrado, dio motivo a este edicto" deja entrever claramente que se trate de casos de intervención pro alio, pues como hemos dicho, el estudio comparado de los dos textos que se refieren a la limitación de postulare, había finalmente evidenciado que se trata de una intervención que no impide la postulación pro sua.

Origo uero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inuerecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.

El edicto en cuestión establece que: Para presentar demandas ante el tribunal, el edicto pretorio distinguía tres grupos: 1) Prohibición absoluta para personas inferiores a 17 años y sordos. 2) Sólo para causas propias se admitía a mujeres, ciegos, homosexuales pasivos, condenados en un proceso capital y otros infames. 3) Por causa propia y de otros (limitado a determinadas personas). Después de la emanación del edicto, por tanto, las mujeres podían postular para sí mismas, pero no para otros.

3) Hortensia.

La tercera, Hortensia, hace un discurso en el año 43 a. C., cuando toma la palabra en nombre de 1400 matronas, a las que se grava con impuestos que vienen a mermar sus fuentes de sostenimiento: "[...] y no encontrando ningún hombre que se atreviera a tomar su defensa, asumió ella misma la defensa de las mujeres ante los triunviros, con coraje y feliz éxito".

8. 3. 3 Hortensia uero Q. Hortensi filia, cum ordo matronarum graui tributo a triumuiris esset oneratus "nec" quisquam uirorum patrociniū eis accomodare auderet, causam feminarum apud triumuiros et constanter et feliciter egit: repraesentata enim patris facundia impetrauit ut maior pars imperatae pecuniae his remitteretur. reuixit tum muliebri stirpe Q. Hortensius uerbisque filiae aspirauit, cuius si uirilī sexus posterī uim sequi uoluissent, Hortensianae eloquentiae tanta hereditas una feminae actione abscissa non esset.

Como ya dijimos en otro lugar “Se podría muy bien interpretar “como un recurso” contra un acto administrativo de imposición de impuestos, aunque la vía de imposición y de creación sea un edicto que no tiene esa naturaleza. La decisión se corrige al día siguiente y se rebaja a 400 las mujeres que deben pagar impuestos por la razón y cualidad invocada. El pronunciamiento de la petición es público. Una vez más vemos que la limitación no es de pronunciamiento sino de officia publica, es decir, de actividad desarrollada. Se ha destacado por la doctrina que efectivamente no se trata de un discurso en petición de reconocimiento de derechos que no tienen, sino que, precisamente porque no los tienen, piden la inaplicación de las consecuencias económicas del “mal uso” de estos derechos”²⁵.

La conclusión, es que nunca fue reconocido como derecho la postulatio de la mujer, ni una intervención pública oral, pero, sin embargo, fuera de la norma se dio desde en el periodo que media entre la República y Augusto el desarrollo del reconocimiento de estas intervenciones, primero ilimitadas, y luego prohibidas como consecuencia de un edicto, que sólo permite la intervención pro suo. Pero hay también una constante de reconocimiento de intervención pro alii cuando resulta de la extensión en la aplicación del “interés propio”.

²⁵ Vid. MOLLÁ, Actos administrativos de la mujer en la época tardorrepública, en Revista General de Derecho Romano 29 (2017) p. 13.

LA PROTECCIÓN DEL POSEEDOR AD USUCAPIONEM. DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO ACTUAL ¹

María del Pilar Pérez Álvarez²,
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: La acción Publiciana protegió al poseedor en vías de usucapir cuando en su forma de adquirir hubiese un defecto de forma o en los casos de falta de titularidad en el tradens. Desaparecidas la mancipatio y de la in iure cessio como modos de adquirir la propiedad, en época justiniana se restringió el ámbito de aplicación de la Publiciana al supuesto del adquirente a non domino a través de traditio ex iusta causa. El remedio se conserva con esta y otras funciones en Derecho medieval y común hasta llegar a los códigos decimonónicos, que ya no la mencionan. Este silencio llevó a la doctrina posterior a la codificación (sobre todo a la doctrina francesa e italiana, y más tarde a la española) a debatir sobre la permanencia de esta acción en sus respectivos derechos positivos.

Tras el estudio del origen y evolución de esta acción pretoria, veremos cuál es la configuración jurisprudencial actual de este remedio.

Palabras clave: acción Publiciana, in bonis habere, possessio ad usucapionem, mejor derecho a poseer, recepción del Derecho romano

¹ Este artículo fue redactado con ocasión del nombramiento de profesor Dr. D. Antonio Fernández de Bujan como Doctor Honoris Causa en la New Bulgarian University de Sofía y se publicó en la Revista General de Derecho Romano (2018) como homenaje y reconocimiento a su distinguida y dilatada trayectoria académica.

² Profesora Titular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Correo electrónico: pilar.perez@uam.es

THE PROTECTION OF THE POSSESSOR AD USUCAPIONEM. FROM ROMAN LAW TO CONTEMPORARY LAW

María del Pilar Pérez Álvarez,
Autonomous University of Madrid

Abstract: Publician action protected the possessor undergoing usucapion in the event of a formal defect in the manner of acquisition or in cases of lack of ownership in the tradens. In Justinian times, the scope of this action was restricted to cases of acquirers a non domino through traditio ex iusta causa, as a consequence of the disappearance of mancipatio and in iure cessio as methods of acquiring property. The remedy was preserved with this and other functions in Medieval and Common Law, until the nineteenth-century codes which no longer mention it. This silence led to the doctrine that followed codification (especially to the French and Italian, and later the Spanish, doctrine) in which the permanence of this action as part of their respective positive law became a subject for debate.

After conducting a study of the origins and development of this Praetorian right, we shall observe the current case-law configuration of this remedy.

Keywords: Publiciana Action, In Bonis Habere, Possessio Ad Usucapionem, the Better Right to Possession, Reception of Roman Law

La acción Publiciana³, también denominada Publiciana in rem actio o vindictio utilis⁴, fue creada por el pretor como un medio específico de defensa a favor del poseedor en vías de usucapir cuando hubiese adquirido a domino por simple tradición sin las formalidades exigidas por el antiguo *ius civile*, o cuando hubiese recibido del adquirente a non domino por *traditio ex iusta causa* y con buena fe. En ambos casos, cuando el poseedor fuese inquietado en su posesión por un tercero, podía defenderse con los interdictos (durante el primer año a contar desde el despojo), con la acción Publiciana (durante el plazo para usucapir) y con la reivindicatoria, una vez transcurrido el plazo de la usucapión. En época justiniana, tras la supresión de la distinción entre *res mancipi* y *nec*

³ Sobre la acción publiciana en Derecho romano, vid., entre otros, Bonfante, P., *L'Editto publiciano*, *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, pp. 439-449; Id., *L'azione Publiciana nel diritto civile*, *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, pp. 389-438; ID., *Corso di diritto romano II. La proprietà*, Milano, ed. Giuffrè, 1966; De Sarlo, L., *La definizione de l'actio Publiciana nel diritto dei classici*, *Studi in onore di Siro Solazzi*, 1948, pp. 203 y ss.; Gallo, F., s. v. *Actio Publiciana in rem*, *NNDI*, Tomo I, Torino, 1957, pp. 267-270; Wubbe, F. J. *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, *Revue International des Droits de l'Antiquité*, RIDA, 1961, n.º 8, pp. 417-440; Lombardi, L., *Dalla fides alla bona fides*, Milano, ed. Giuffrè, 1961; Feenstra, R., *Action Publicienne et preuve de la propriété*. Principalement d'après quelques romaines du moyen âge, *Mélanges Philippe Meylan*, v. I, Lausanne, Imprimerie Central, 1963, pp. 91-110; Maschi, C. A., *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, 2ª edic., Milano, Ed. Giuffrè, 1966; Di Lella, L., *Formulae ficticiae*. Contributo allo studio di la reforma giudiziaria di Augusto, Napoli, Ed. Jovene, 1984, pp. 67-127; Provera, G., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Milano, ed. Giapichelli, 1989; Burdese, A., *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II, Madrid, 1992, pp. 81-89; Sansón Rodríguez, M. V., *Algunas observaciones sobre la función originaria de la acción publiciana*, *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, 1997, n. 14, pp. 135-154; Fuenteseca Degeneffe, M., *Proprietas, possessio y Actio Publiciana*, *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano: Los derechos reales*, Coord. A. Torrent Ruiz, Madrid, Edisofer, 2001, pp. 415-436; Vacca, L., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, *Scritti per Alessandro Corbino*, v. 7, a cura di I. Piro, 2016, pp. 317-337.

⁴ Lombardi observa que la acción no viene jamás denominada por los juristas como *utilis reivindicatio* o *utilis in rem actio*, Lombardi, L., *Dalla fides... cit.*, p 242, nt. 100. Vid. entre las fuentes jurídicas: Gayo, I. 54; II. 19; II. 40-43 y, sobre todo, IV. 36; D. 6. 2. De *Publiciana in*

mancipi y la desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, la acción limitó su ámbito de aplicación al supuesto en el que el poseedor hubiese recibido la cosa a través de una *traditio* basada en justa causa de un no propietario.

En la época del derecho medieval y del derecho común, la acción se mantiene en la praxis donde era frecuente su utilización por los propietarios acumulada a la reivindicatoria como acción subsidiaria. Esta práctica unida a la desaparición de la denominación de las acciones indujo a considerar que ambos remedios, reivindicatoria y *Publiciana*, se habían confundido en una sola acción.

En la época de la codificación, la mayoría de los Códigos civiles europeos⁵, incluido el español, no mencionan esta acción y el silencio legal llevó a la doctrina a cuestionarse la utilidad del mismo en sus respectivos ordenamientos. Sin embargo, la jurisprudencia la admite. Por ello la vigencia actual de la *Publiciana* en el Derecho español pasa por contestar la siguiente cuestión: ¿Puede el poseedor *ad usucapionem* pedir tutela a los tribunales para recuperar la posesión perdida hace más de un año o cabe pensar que el despojo por un plazo superior al año lo deja sin protección alguna⁶?

En este trabajo nos plantearemos si la acción *Publiciana* permanece hoy a favor del poseedor con mejor derecho a poseer que hubiese adquirido a *non domino* a través de tradición *ex iusta causa*. Respondida esta cuestión, veremos, a la vista de los pronunciamientos jurisprudenciales, cuáles son los rasgos esenciales que presenta actualmente este remedio.

LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO ROMANO

1. Su origen y evolución en derecho clásico

El Derecho romano conoció, un específico medio de defensa a favor del poseedor *ad usucapionem* con buena fe y justo título⁷, la llamada acción pu-

rem actione; D. 21. 3, de exceptione rei venditae et traditae, D. 6. 1. 72 (Ulp. l. XVI ad ed.); D. 18. 1. 25. 1 (Ulp. l. XXXV ad Sab.); D. 19. 1. 3. pr. y 2 (Pomp. l. IX ad Sab); D. 19. 1. 30. 1 (Afric., l. VIII quaest.), D. 44. 4. 4. 32 (Ulp. l. LXXVI ad ed.) y C. 7. 25; C. 7. 31.

⁵ Encontramos la excepción en el código civil austriaco, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (§372)

⁶ Tanto el poseedor como el propietario contarán, durante un año desde el despojo, con la protección interdictal a través de las acciones posesorias; arts. 446 y 460 CC y art. 250. 1. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁷ Durante la época clásica puede comprenderse bajo la figura de la *possessio ad usucapionem* con justo título y buena fe el llamado dominio bonitario, *in bonis esse* o *in bonis habere* pues los requisitos que se exigían para la *possessio ad usucapionem* se exigían también para el dominio bonitario (vid. Biondi, B., *Istituzioni dei diritto romano*, 3ª edic., Milano, 1956, p. 276 y ss.). Sin embargo, veremos que son figuras bien distintas (vid. el testimonio de Gayo l. 54) sobre todo desde el punto de vista de la protección que se le brinda al interesado, Vid. Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, v. II/2. *La proprietà*, Roma, 1926, p. 323 y ss.; Arangio-Ruiz, E., *Istituzioni di diritto romano*, 12ª edic., Napoli, 1957, p. 186 y ss;

bliciana, que protege el derecho a poseer o *ius possidendi*⁸. Este remedio procesal fue introducido por el pretor en su edicto a finales de la época republicana. La doctrina mayoritaria⁹, sobre la base de las noticias aportadas por las Instituciones de Justiniano (*Quae actio publiciana appellatur quoniam primum a Publio praetore in edicto proposita est*)¹⁰, lo identifica con el magistrado Publicio, que desempeñó la pretura en el año 68 a. C. y del que nos da noticia Cicerón¹¹. Otros autores¹² lo identifican con Publicio Certo, pretor en el año 93 d. C., para ello resaltan el hecho de que las fuentes guarden silencio sobre una acción tan importante y afirman que el primer jurista que menciona esta acción es Neracio, en D.6.2.17 (Ner. 3 Membr.). Por ello, consideran que pudo ser introducida por primera vez a finales del s. I d. C. Sin embargo, la inscriptio de D.6.2.15 (Pomp. 3 ad Sab.) sugiere que la acción habría podido ser anterior a la época de Sabino¹³. De todos modos, seguimos sin tener elementos suficientes y definitivos en las fuentes para establecer con toda seguridad el origen y la época de la introducción de la acción.

Se trata de una acción real de carácter recuperatorio de la posesión, elaborada bajo el modelo de la fórmula petitoria de la reivindicatoria y ficticia porque a través de ella se finge que el tiempo para usucapir ha transcurrido ya; en su fórmula se contiene la orden al *iudex privatus* a que finja que el tiempo necesario para la usucapión ha transcurrido ya y a considerar como dominus al poseedor de la res traidita siempre que se den los demás requisitos de la usucapión: *res habilis, possessio, bona fides, titulus*, excepto el paso del tiempo.

Se concedió por el pretor en los casos en los que la propiedad no resultase transmitida, bien por defecto de forma (falta de celebración de los negocios traslativos del dominio exigidos por el ordenamiento romano, *mancipatio* e *in iure cessio* o *traditio*, según la cosa fuese *mancipio* o *nec mancipi*) o bien por falta de titularidad en el *tradens*. En ambos casos se consideró que la venta (o el negocio jurídico precedente que justificaba la transmisión de la propiedad) era una justa causa para usucapir por el paso de un corto período de tiempo (un año o dos para la usucapión del *ius civile*, según las cosas fueran muebles o inmuebles). Si en este entretiem po el poseedor era perturbado, contaría con la acción Publiciana para recuperar la posesión de la cosa con todos sus frutos, accesiones y abono de menoscabos.

Gallo, s. v. *Actio publiciana*... cit., p. 268, n. 1.

⁸ Sobre las acciones para la protección de la propiedad Vid. Fernandez de Buján, A., *Derecho privado romano*, 10ª edic., Madrid, Ed. Iustel, 2017, pp. 399 y ss.

⁹ Vid. Gallo, F., s. v. *Actio Publiciana*... cit., p. 268 y n. 5; Lombardi, L., *Dalla fides*... cit., p. 242 y ss.; Sansón Rodríguez, M. V., *Algunas observaciones*... cit., pp. 135-154.

¹⁰ I. 4. 6. 4.

¹¹ Cicerón, pro Cluentio, 45. 126. - *Cum defendisset apud M. Iunium Q. Publicium praetores*...

¹² Di Lella, L., *Formulae ficticiae*... cit., pp. 72 y ss. y, sobre todo, pp. 110 y ss.

¹³ Girard, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 4ª edic., París, 1906, p. 348, n. 2.

El pretor comenzó protegiendo con esta acción la propiedad bonitaria o pretoria, llamada por los juristas romanos *in bonis esse* o *in bonis habere*¹⁴, otorgándola a favor de aquellos que hubiesen recibido la cosa, objeto del negocio, a domino por simple traditio sin utilizar los modos de transmisión exigidos por el ordenamiento según la cosa fuese *mancipi* o *nec mancipi*. A este respecto, recordamos que para los romanos el mero pacto no transmite la propiedad, lo que se deriva del famoso brocardo latino: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (El dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión y no por nudos pactos). El texto, recogido en un rescripto de Diocleciano del año 293 d. C., C. 2. 3. 20 (Diocl. et Max. A. Marciali), fue interpolado por los compiladores justinianos que suprimieron las referencias originarias a la *mancipatio* y la *in iure cessio*¹⁵, formas de transmisión de la propiedad de las *res mancipi* en aquella época.

Si el objeto del negocio era una *res nec mancipi*, el comprador adquiría la propiedad en base al contrato de compraventa y la sucesiva traditio. Si el objeto era una *res mancipi*¹⁶, las partes debían celebrar una *mancipatio* o *in iure cessio*; solemnidades que, por incómodas, dejaban frecuentemente de realizarse. Resultaba entonces que el que había recibido la cosa por traditio no adquiría la propiedad civil de la misma y el transmitente, que seguía siendo el legítimo propietario de la cosa, podía intentar la acción reivindicatoria fren-

¹⁴ La doctrina considera que este fue el caso para el que nació la acción Publiciana. Vid. Gallo, F., s. v. *Actio Publiciana*... cit., p. 268; BIONDI, B., *Istituzioni*... cit., p. 276. Vacca matiza que, en su opinión, la acción Publiciana no fue introducida con la finalidad de duplicar las situaciones de propiedad (propiedad civil-propiedad bonitaria) sino con el objetivo de agilizar el tráfico comercial y de asegurar los efectos traslativos de los negocios realizados a través de actos de transferencia real "imperfecta" según el *ius civile* pero ligados a un título o justa causa que, según el ordenamiento, era idóneo para justificar la adquisición del bien en relación con el *accipiens*. Vid. Vacca, L., *Il c. d. duplex dominium e l'actio Publiciana, La proprietà e le proprietà*. Atti del Convegno di Pontignano, a cura de E. Cortese, Milano-Giufrè, 1988, p. 39 y ss.; *Id.*, *Osservazioni*... cit., pp. 323.

¹⁵ La doctrina mayoritaria considera que los compiladores justinianos habrían suprimido la referencia originaria a la *mancipatio* y, quizá también a la *in iure cessio*, vigentes aún en aquella época. Esta opinión se sustenta sobre la base de que la Constitución de Diocleciano es paralela a una larga serie de textos recogidos en los Fragmentos Vaticanos bajo el título "De la donación", donde se exige constantemente la realización de la *mancipatio* o la *in iure cessio* para la transmisión de la propiedad. En todos ellos se mencionan estos modos de transmisión antes que la tradición tal y como debió ocurrir en la redacción original del rescripto. En cualquier caso, esta interpolación no cambia, en esencia, el significado del texto. Vid. Pérez Álvarez, M. P., *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo*, RJUAM, (2006) n.º 14, pp. 208-209.

¹⁶ Se consideran *res mancipi* las cosas más importantes para la economía agraria romana. En concreto, los fundos *in solo italico*, las servidumbres rústicas más antiguas, las tres de paso y la de acueducto, los animales de tiro y carga o, como indica Gayo, que se doman por el cuello y los esclavos. Las *res mancipi* eran todas las demás.

te al adquirente mientras este no completase el tiempo para usucapir. Estas situaciones, contrarias a la equidad, comenzaron a ser protegidas por el pretor, primero a través de la *exceptio rei venditae et traditae*, que paralizaba los efectos de la reivindicatoria y, después, con la acción publiciana. Esta última comenzó a otorgarse a favor del comprador, pero pronto se extendió a cualquier adquirente que hubiese recibido por tradición una *res mancipi* en base a una *justa causa* (donación, dote, etc.)¹⁷.

El segundo supuesto protegido por la acción Publiciana fue el del *possessor ad usucapionem*, adquirente a *non domino* con buena fe y justo título, cuando estuviese usucapiendo la propiedad u otro derecho real sobre la cosa, frente a quien lo perturbase en su posesión. Como en el supuesto anterior el pretor comenzó concediendo la acción a favor del comprador a *non domino*, extendiéndose después a favor de todo poseedor *ad usucapionem*, tal y como informa Ulpiano¹⁸.

En estos supuestos en los que falta la titularidad del *tradens*, que vende y entrega (o realiza la *mancipatio* o la *in iure cessio*), no se transmite la propiedad de la cosa conforme al principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir más derechos de los que tiene)¹⁹. El adquirente solo recibe la posesión civil susceptible de transformarse en propiedad por usucapión y surge un conflicto de intereses entre quien recibió con justo título y buena fe y el legítimo propietario de la cosa, tercero respecto del negocio de transferencia.

Gayo, 4. 36, refiere la fórmula de la acción publiciana entre los ejemplos de fórmulas ficticias del siguiente modo:

Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit (et) is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua.

Teniendo en cuenta que la acción publiciana era utilizada en la época clásica tanto para la defensa del *in bonis* como de la *possessio ad usucapionem*,

¹⁷ Así nos lo hace saber Ulpiano, D. 6. 2. 1-3, donde el jurista explica que la acción se extendió a favor de cualquier poseedor que hubiese recibido por *traditio* una *res mancipi* en base a una *justa causa* y a aquellos casos en los que era concedida la posesión sobre una cosa singular ya fuera *mancipi* o *nec mancipi*, o sobre un patrimonio entero en base al derecho pretorio, así, por ejemplo por *adiudicatio* ocurrida en un *iudicium imperio continens, missio in possessionem ex secundo decreto, damni infecti nomine, bonorum possessio, bonorum emptio*, etc.

¹⁸ Vid. D. 6. 2. 7. 11 y ss. (Ulp. l. 16 ad ed.)

¹⁹ Vid. D. 50. 17. 54 (Ulp. l. 46 ad ed.). Cfr. D. 41. 1. 20. pr (Ulp. l. 29 ad Sab.) *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.* (La entrega no puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe).

la fórmula referida podría seguir: *Si quis rem sibi traditam ex iusta causa et nondum usucaptam petet, iudicium dabo*²⁰.

Una vez ejercitada la acción publiciana, el proceso transcurría como lo haría en la reivindicatoria excepto en materia de prueba. En la acción dominical el actor debía probar su titularidad sobre la cosa litigiosa demostrando que la había adquirido de un propietario civil y así sucesivamente hasta llegar a alguien que la hubiese adquirido a título originario (*probatio diabolica*); mientras, al actor de la publiciana le bastaba con demostrar que la cosa le había sido entregada en virtud de un justo título. La acción podía ejercitarse tanto por el poseedor civil como por el propietario, que quisiese exonerarse de tan gravosa prueba, frente a cualquiera, *erga omnes*, excepto frente al propietario civil cuando no hubiese participado en la enajenación de la cosa litigiosa.

Efectivamente, la protección que brindan estos remedios jurídico-procesales es diferente según se trate de dominio bonitario (*in bonis habere*) o de simple posesión *ad usucapionem*. Solo el titular del *in bonis* goza de una defensa absoluta frente a terceros, incluso frente al propietario civil, pues el adquirente podía salir victorioso oponiendo la excepción de cosa vendida y entregada frente a la reivindicatio del enajenante. En cuanto al poseedor de buena fe, este contaba con la acción Publiciana frente a terceros poseedores de peor derecho, pero no frente al propietario civil que podía defenderse por medio de la *exceptio iusti dominii* siempre que no hubiera participado en la enajenación de la cosa discutida.

El edicto publiciano está recogido en un texto de Ulpiano, D.6.2.1. (l. 16 *ad edictum*), que estudiamos en el epígrafe relativo al derecho justiniano por considera la doctrina mayoritaria que fue interpolado por los compiladores para adaptarlo a su época.

2. La acción Publiciana en el Derecho justiniano

Ulpiano nos da noticia del edicto publiciano en D.6.2.1. El fragmento está extraído del libro 16 de los comentarios al Edicto donde del jurista clásico trataba de la cláusula edictal "*De publiciana in rem actione*"²¹ y en su actual redacción dice así:

*Ait praetor: 'Si quis id, quod traditur ex iusta causa, non a domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'*²².

Tal y como aparece actualmente redactado el texto solo puede referirse al caso del *possessor ad usucapionem* que se preveía expresamente en el edicto

²⁰ Esta la reconstrucción propuesta por Bonfante, P., *La azione... cit.*, p. 389 y ss.; Corso... *cit.*, p. 328 y ss.; y seguida por Schulz, F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 376.

²¹ Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig-Tauchnitz, 1889, p. 511.

²² Dice el pretor: "Si alguno pidiere lo que por justa causa es entregado por quien no es dueño, y aún no fue usucapido, daré acción"

originario²³, pero se obvia el caso del propietario bonitario al que, como hemos indicado, es seguro que se protegía en la época clásica²⁴.

El pasaje fue interpolado por los compiladores justinianos para adaptar el texto a las transformaciones experimentadas a partir de finales de la época clásica, donde desaparece la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y, por ende, la *Mancipatio* y la *in iure cessio*, quedando la *traditio* como único modo de transmisión del dominio a título derivativo y singular. La *communis opinio*²⁵ considera interpoladas las proposiciones *id quod traditur* y *non a domino*. La primera introducida por los compiladores para hacer referencia de forma genérica a todos los posibles objetos de *traditio*²⁶. La segunda, como consecuencia de los cambios operados en derecho justiniano por las Constituciones *De nudo ex iure Quiritium tollendo* C. 7.²⁵) y *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi* (C. 7. 31.) que suprimen la dualidad entre *dominium* e *in bonis* y toda referencia a la *Mancipatio* y a la *in iure cessio* que ya habían caído en desuso en el s. III d. C.²⁷, y unificando la transferencia de todo tipo de bienes a través de la *traditio ex iusta causa*, de donde derivó la teoría del título y modo vigente actualmente

²³ Así resulta inequívocamente de D. 6. 2. 7. 11 (Ulp. 16 ad ed.). - Dice el pretor: "el que compró de buena fe"; así pues, no aprovechará toda compra, sino la que tiene buena fe. Por lo cual basta esto, que yo haya sido comprador de buena fe, aunque haya comprado al que no era dueño, por más que él hubiere vendido con ánimo de engañar; porque no me perjudicará el dolo del vendedor.

²⁴ Según la reconstrucción de Lenel (*Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, p. 171) el edicto originario debería reconstruirse así: *Si quis bona fide emptam et traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo*. Habría sido Juliano en la redacción del Edicto perpetuo el que habría extendido la cláusula a otras hipótesis de *traditio ex iusta causa*: *Si quis rem bona fide emptam vel ex iusta causa traditam sibi et nondum usucaptam petet iudicium dabo*.

²⁵ Vid., entre otros, Bonfante, P., *Corso...* cit., 1926, pp. 328 y ss.; Schulz, F., *Classical...* cit., p. 376; Lenel, O., *Das Edictum...* cit., p. 170 y ss.; Gallo, F., s. v. *Actio Publiciana...* cit., p. 269.

²⁶ En época clásica, el objeto de la *traditio* y de la acción *Publiciana* solo eran las cosas corporales. En época justiniana la *traditio* (o *quasitraditio*) se aplicaba también a las *res incorporales* o derechos (*servidumbres prediales rústicas y urbanas*, *usufructo*, *superficie*, etc.); de ahí, que los compiladores introdujeran esta expresión general para hacer referencia al objeto de protección de la *Publiciana*.

²⁷ Tanto la *Mancipatio* como la *in iure cessio* dejaron de utilizarse en el siglo III, siendo sustituidas en la *Compilación de Justiniano* por *traditio*. La última mención de la *cessio* ante el pretor la encontramos en una Constitución de Diocleciano del 293, pero ya no es mencionada en fuentes posteriores por lo que debió caer en desuso después del s. III. Por su parte, la *Mancipatio* se mantiene vigente en *Constituciones imperiales* del 255 al 295 d. C., donde se señala la costumbre de redactar *ad probationem* un escrito dando fe de la celebración efectiva de la *Mancipatio*. En las provincias, en coherencia con las costumbres locales, se da la tendencia a atribuir al documento escrito un valor *ad substantiam*, teniendo por sí mismo el efecto de transferir el dominio. Vid. Volterra, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, reimpr. Roma, ed. Ricerche, 1977, p. 331.

en Derecho español²⁸. Así mismo, se modifica el ámbito de aplicación y los requisitos de la usucapión y la prescripción adquisitiva, ampliándose los plazos a 3 años para muebles, y a 10 o 20 años para los inmuebles, según se tratase de presentes o ausentes²⁹.

De este modo, para Justiniano la traditio ex iusta causa realizada a domino transfiere la propiedad tanto de los bienes muebles como de los inmuebles y, por ello, la acción publiciana limita su ámbito de aplicación al supuesto de falta de titularidad en el tradens y protege al poseedor que, habiendo adquirido el bien a non domino mediante traditio ex iusta causa, se encuentra en vías de usucapir.

La acción solo prospera para el caso en que concurren los otros requisitos necesarios para usucapir. Se exige el justo título, la buena fe y que la cosa sea susceptible de ser usucapida. Con respecto a este último requisito, el límite para la adquisición de las cosas muebles está en las cosas robadas (*res futivae*) o arrebatadas con violencia (*vi possessa*) que no son susceptibles de usucapión, ni siquiera por aquel que ignoró su procedencia³⁰. Para el caso de los inmuebles, no podrá adquirir aquel que entró en posesión con violencia o con mala fe conociendo que la cosa era ajena. El fundo adquirido con violencia no podrá ser usucapido ni por el tercero. Sí podrá usucapir quien adquirió de buena fe del poseedor que ocupó sin violencia el fundo vacante por larga ausencia del *verus dominus*, aun cuando el primero no pueda usucapir por ser de mala fe. En estos supuestos en que la cosa no es una *res habilis*, el poseedor adquirente no contará con la acción publiciana y estará sujeto sin límite de tiempo a la reivindicatoria del propietario³¹.

En cuanto al requisito de la buena fe, entendida como ignorancia de que la cosa es ajena, se pueden citar varios textos de Ulpiano³² que no analizare-

²⁸ La teoría del título y el modo está recogida en los arts. 609 y 1095 CC español. Se formuló por primera vez por el jurista alemán JUAN APEL en el s. XVI. Supuso la explicación de un fenómeno jurídico tal y como se concibió por los juristas romanos sin que se produjera alteración alguna. Sobre la base de los textos que –como el de Juliano, D. 41. 1. 31– exigen la iusta causa traditionis (negocio jurídico causal del que surgen las obligaciones) y la traditio (negocio jurídico real con el que se realiza la ejecución del contrato), los glosadores aplicaron a estos requisitos las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad. Consideraron que el acuerdo sobre la transmisión representa la posibilidad de la misma; es, por tanto, la causa remota y la denominaron título, y la entrega de la cosa, que hace efectiva la transmisión, es la causa próxima y la denominaron modo. Vid. Pérez Álvarez, M. P., *La compraventa...* cit., pp. 224 y ss.

²⁹ Vid. I. 2. 6. pr. y 4. 6. 4.

³⁰ Vid. I. 2. 6. 2. que recogen básicamente lo indicado por Gayo en 2. 49 y 50.

³¹ Sobre la adquisición por traditio ex iusta causa a non domino Vid. Gayo. 2. 43, 44 y 49 a 51, que coinciden básicamente con lo recogido en las Instituciones de Justiniano (I. 2. 6. pr y 4. 6. 4).

³² D. 6. 2. 7. 11 (Ulp. I. 16 ad ed.); D. 6. 2. 7. 17 (Ulp. L. 16 ad ed); D. 41. 3. 10. pr (Ulp. I. 16 ad ed.)

mos en detalle. Baste ahora decir que el jurista subraya que ha sido aceptada la solución de Sabino, Casio y Juliano que, para el ejercicio de la acción publiciana, exigieron la buena fe no solo en el momento de celebración del contrato sino también en el momento de la traditio.

BREVE REFERENCIA AL DERECHO INTERMEDIO Y A LA CODIFICACIÓN³³

La acción Publiciana reaparece en la época del llamado renacimiento jurídico medieval junto con el resto de instituciones y remedios heredados del Derecho romano. Los glosadores la presentan como un remedio procesal para defender el quasi dominium y el dominium utile³⁴.

En Derecho medieval, la publiciana comienza a ser frecuentemente utilizada por los propietarios acumulada a la reivindicatoria como acción subsidiaria. Esta práctica se introduce a partir S. XII³⁵ a través del llamado libelo alternativo o doble libelo para la deducción simultánea de las acciones petitoria y posesoria, petitio iure dominii vel quasi.

El libelo alternativo se acogió tanto en el foro civil como en el canónico³⁶ y tuvo reflejo en las leyes castellanas de las Siete Partidas, muy influidas por el Derecho romano y la doctrina de los glosadores³⁷.

En la ley 7, del Título X, de la Partida Tercera se acoge como principio general la acumulación de acciones siempre que ambos remedios no sean contrarios entre sí:

Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrandolas, e razonandolas todas en vno, solo que non sea contraria la vna de la otra. Ca si tales fuessen non la podria fazer.

La posibilidad de acumular la acción reivindicatoria y la publiciana para la protección de la propiedad y de la posesión, respectivamente, se recoge

³³ Vid. principalmente De La Cuesta Saenz, J. M., La acción publiciana, Madrid, Ed. Montecorvo, 1985, pp. 125 y ss.; García Valdecasas, G., La acción publiciana en nuestro derecho vigente, Anuario de Derecho Civil, (1948), n.º. 1, pp. 78 y ss.; Romero Seguel, A., La acumulación inicial de acciones en el derecho procesal español, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 5 y ss.

³⁴ Para profundizar en este aspecto, vid. la extensa e interesante monografía de la Cuesta Saenz, J. M., La acción publiciana... cit., pp. 125-185 y, sobre todo, pp. 139 y ss.

³⁵ Este doble libelo lo encontramos defendido por Placentino en su Summa Institutionum (4. 6. 4) Amice, res ista quam possides mea est et ideo directe vendico, aut si non mea est quia vendentis non fuit, quia bona fie emi publicianam intendo. Vid. De la Cuesta Saenz, J. M., La acción publiciana... cit., p. 144, n. 200 y p. 152, n. 215.

³⁶ Así se desprende del Libro II, Título VI del Corpus Iuris Canonici, titulado De causa possessionis et proprietatis, VI. 2. 14. 3.

³⁷ Vid. las anotaciones y referencias de Gregorio López a las fuentes históricas contenidas en Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono. Glosadas por el Licenciado Gregorio López, t. II, Madrid, 1789. Sobre la influencia romano-canónica en la Partida Tercera cfr., Maldonado y Fernández del Torco, J., Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español, en Anuario de Historia del Derecho Español, 23 (1953), pp. 467-493.

expresamente en Ley 27, Título II de la Partida Tercera, donde se dice:

Otrosi dezimos, que si el demandador fuesse forçado, o echado de la tenencia de alguna cosa que fuesse suya, que bien puede entonce demandar en vna misma demandar, la tenencia e el señorío della, a aquel que la tuuiese.

La misma posibilidad se recoge en otras fuentes históricas del Derecho español como en la Novísima Recopilación de las Leyes de España³⁸:

Mandamos, que, porque la verdad de las causas se pueda mejor saber u sentenciar, y los demandados puedan determinar si les conviene litigar o no, y más ciertamente se puedan defender y responder, que las demandas que pusieren sean ciertas y sobre cosas cierta; declarando el actor, si pide propiedad o posesión, o todo junto.

La acumulación de acciones unida a la desaparición de los nombres de las acciones indujo a pensar a algunos autores³⁹ que la reivindicatoria y la Publiciana se habían confundido en una sola acción.

En el período de la codificación la acción Publiciana ya no se recoge en el Código civil francés ni en general en todos aquellos que recibieron su influencia, como el código civil italiano. Ante el silencio legal, la doctrina posterior a la codificación discutió sobre la admisibilidad de dicho remedio en sus respectivos ordenamientos.

En Francia se defendieron tres tesis principalmente:

a) Autores como Merlin⁴⁰, Demelombe⁴¹ o Appleton⁴² defendieron la permanencia de la acción en el derecho francés como independiente de la reivindicatoria por razones de equidad, tal y como había defendido Pothier⁴³.

b) Otros autores como Aubry y Rau⁴⁴ o Colin y Capitant⁴⁵ admitieron la Publiciana pero refundida con la acción Publiciana.

c) Otro grupo de autores más minoritario, entre los que se encuentra Laurent⁴⁶ negaron, por falta de apoyo legal, la pervivencia tanto de la acción Pu-

³⁸ Novísima Recopilación de las Leyes de España dividida en XII libros, mandada compilar por don Carlos IV, impresa en Madrid, 1805, en Ley 4 del Libro XI, Título 3.

³⁹ García Valdecasas, G., *La acción publiciana...* cit., p. 81.

⁴⁰ Merlin, Ph. A., *Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. XII, 4ª ed., París, 1815, vid. *Revendication*, p. 44.

⁴¹ Demelombe, Ch., *Cours de Code Napoleon. De la distinction de biens*, v. IX, t. I, París, 1854, p. 385 siguiendo la autorizada opinión de Pothier, R. J., *Traité du droit de domaine. De propriété*, París, 1772, p. 286.

⁴² Appleton, Ch., *Histoire de la propriété pretorienne et de l'action publicienne*, t. II, París, 1889, pp. 351 y ss.

⁴³ Pothier, R. J., *Traité du droit de domaine...* cit., p. 286.

⁴⁴ Aubry, Ch., y Rau, Ch., *Cours de Droit civil français*, t. II, 4ª edic., París, 1869, §219, p. 390 y ss.

⁴⁵ Colin, A. y Capitant, H., *Curso elemental de Derecho civil*, traducción y notas por D. De Buen, v. II/2, Madrid, ed. Reus, 1922, pp. 1188 y ss.

⁴⁶ Así, por ejemplo, Laurent, F., *Principes de Droit civil français*, t. VI, 1876, pp. 211 y ss.

bliciana como del mejor derecho a poseer en derecho francés. Rechazaron, igualmente, la tesis que admitían la publiciana en base a la equidad por estar sometidos los tribunales franceses al imperio de la ley. Igualmente, fue contrario a la opinión de quienes veían en la Publiciana una subespecie de la reivindicatoria porque, en su opinión, el actor que ejercita esta última acción debe probar su derecho de propiedad (*actori incumbit onus probando*) y, si no lo consigue, debe sucumbir.

Las opiniones de la doctrina francesa influyeron en un sentido u otro en los debates posteriores sobre la permanencia de la acción Publiciana en los distintos Derechos codificados y, de forma muy determinante, entre la doctrina española tal y como veremos a continuación.

PERMANENCIA DE LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La cuestión de la vigencia de la acción Publiciana en nuestro ordenamiento ha de partir del concepto de la acción Publiciana en el Derecho justiniano, cuando desaparece la distinción entre propiedad civil y bonitaria quedando como único modo de transmisión a título derivativo de los bienes, ya sean muebles o inmuebles, la *traditio ex iusta causa*. La acción restringe su ámbito de aplicación al poseedor con justo título y buena fe que no recibe la propiedad por falta de titularidad en el *tradens*.

La doctrina y la jurisprudencia españolas debaten si la acción Publiciana sigue teniendo utilidad en nuestro sistema a favor de quien tiene un mejor derecho a poseer. La cuestión interesa tanto al poseedor, al quien se le priva de su posesión cuando lleva varios años de tenencia de una finca sin haber cumplido el plazo de usucapión, como al propietario, que carece de título escrito y a quien le puede ser difícil probar su posesión durante el plazo para usucapir, como ya ocurría en la tradición jurídica romana de donde procede este remedio.

1. Regulación legal y tratamiento doctrinal

A pesar de que el Código civil no la regula expresamente, la doctrina ha querido ver algún apoyo legal en los arts. 445 y 19⁴⁷ CC y en el actualmente derogado art. 1658 LEC 1881. En mi opinión, también podemos encontrar base en favor de esta acción, en la actual redacción del art. 251, regla 3^a apartado 5^o de LEC de 2000.

El art. 445 Cc, en el que se habla de un procedimiento en el que se decidirá sobre la propiedad o la posesión⁴⁷, y 1947 CC, que admite la posibilidad de una demanda de reclamación de la posesión o dominio de la cosa⁴⁸ en juicio declarativo, que puede dar lugar a la interrupción del acto de conciliación y que no tienen otra posible interpretación que la que consiste en la subsistencia de

⁴⁷ Art. 445 i. f. CC. - [...] mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes.

⁴⁸ Art. 1947 CC. - [...] demanda sobre la posesión o dominio de la cosa cuestionada.

acciones de condena distintas de la acción reivindicatoria⁴⁹. Por su parte, el art. 251. 3. 5º establece que la cuantía se fijará según el interés económico de la demanda, cuando el proceso verse sobre la posesión y no sea aplicable otra regla de este artículo. En este caso el juicio posesorio seguirá los trámites del juicio ordinario o del verbal en función del valor de los bienes a la hora de interponer la demanda. No puede referirse más que a la tradicional acción posesoria pues los tradicionales interdictos posesorios se tramitan siempre a través del juicio verbal independientemente de su cuantía por razón de su materia⁵⁰.

Si bien estas referencias legales son insuficientes para fundamentar de manera inequívoca la vigencia de la acción Publiciana, hay que advertir que la falta de regulación legal no puede ser un argumento definitivo contra la admisión de este remedio procesal en nuestro Derecho pues el silencio normativo afecta a otras acciones de origen romano, como la acción negatoria, exhibitoria o la acción Pauliana, entre otras, y son pacíficamente admitidas por la doctrina. En este sentido se pronuncia la STS de 12 de mayo de 1992 que, citando a la de 2 de octubre de 1982, afirma "aunque la institución no está recogida en nuestro ordenamiento positivo, ello no fue óbice para la tesis afirmativa que alegó el caso de otras acciones, como la negatoria, igualmente carente de regulación legal y sin embargo pacíficamente admitida [...]".

Ante el silencio del Código civil, todavía encontramos apoyo a favor de la solución positiva en la aplicación de los principios generales del Derecho⁵¹, a los que es preceptivo acudir por parte de la jurisprudencia cuando la controversia no pueda decidirse en base a una precisa disposición legal o consuetudinaria⁵², y en la interpretación histórica de las normas, de manera que las normas habrán de interpretarse conforme a la tradición histórica de la que procede el remedio. Téngase en cuenta, además, que, a la vista de los debates parlamentarios⁵³, la acción Publiciana estuvo en la mens legislatoris de los

⁴⁹ También se mencionaba a favor de la Publiciana el actualmente derogado artículo 1658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que aludía a un juicio sobre la posesión definitiva, identificable con el anterior juicio plenario de posesión. Vid. STS de 30 de mayo de 1992.

⁵⁰ Ramos Chaparro, E. J., 1787. Sentencia de 5 de febrero de 2004: Incongruencia. Acción publiciana. Carga de la prueba, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, nº. 67 (2005), p. 71.

⁵¹ Conforme al sistema de fuentes, recogido en art. 1. 1. CC. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Estos últimos se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1. 4 CC)

⁵² Cfr. Lacruz Berdejo, J. L., Elementos de derecho civil. III/1 Derechos reales. Posesión y propiedad, 3ª edic., Madrid, Dykinson, 2008, pp 310-31; Miquel González, J. M., s. v. Acción publiciana, Enciclopedia Jurídica Básica, v. I, Madrid, Ed. Civitas, 1995 p. 130.

⁵³ En las sesiones parlamentarias en donde se debatió el Código civil, se hace referencia tanto a las instituciones de Justiniano como al Digesto por parte de Gamazo, al responder a Azcárate sobre el olvido del ius possessionis protegido por la vieja acción publiciana Vid. De La Cuesta Saenz, J. M., La acción publiciana en el Código Civil español y en el Código

redactores del Código civil para la tutela de la posesión civil.

Con todo, nuestro Derecho positivo no es ajeno del todo al reconocimiento de esta acción, pues se admite su aplicación expresa, en el artículo 522-7 del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo⁵⁴.

Entre la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia⁵⁶, la opinión a favor de la admisibilidad de la acción Publiciana como acción independiente de la reivindicatoria fue unánime hasta comienzos del siglo pasado. De Buen⁵⁷, influido por las tesis de Colin y Capitant, considera que la acción está embebida en la reivindicatoria al haberse flexibilizado la prueba del dominio por vía jurisprudencial. Esta opinión fue seguida por Castán, ponente en la STS de 21 de febrero de 1941, que inaugura esta tendencia jurisprudencial. Desde entonces la doctrina se ha dividido en tres grandes corrientes:

a) Para el sector doctrinal mayoritario⁵⁸, la acción Publiciana subsiste en nuestro Derecho como acción autónoma e independiente de la reivindicatoria, a disposición tanto del propietario como de ciertos poseedores para recuperar la posesión perdida más allá del límite de un año de los interdictos de recobrar. Se considera una acción que protege, no el hecho de la pose-

Civil de Cataluña, Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés, Coord. Francisco de Paula Blasco Gascó, v. I., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 821-822, que nos remite a la obra *El código civil. Los debates parlamentarios*, Editor: J. L. De Los Mozos, t. II, Madrid, ed. Senado, 1990, pp. 2368 y 2417, donde se recogen las sesiones del Congreso los días 6 y 9 de abril, respectivamente,

⁵⁴ Su configuración es el derecho catalán bastante más amplia que la que presentaba el remedio en el derecho justinianeo, pues compete a cualquier poseedor frente a otros de peor derecho. Sobre la acción Publiciana en el Código civil catalán, vid. De la Cuesta Saenz, J. M., *La acción publiciana...* cit., pp. 828 a 833.

⁵⁵ Vid., las obras anteriores al Código civil citadas por De La Cuesta Sáenz, J. M., *La acción publiciana...* cit., p. 820, n. 3; a las que se puede añadir Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil III. Derechos reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, Madrid, 1891.

⁵⁶ Vid. STS 24 de febrero de 1911, 30 de marzo de 1927 y 26 de octubre de 1931.

⁵⁷ En su traducción anotada a la obra de Colin, A., y Capitant, H., *Curso elemental de derecho civil. II/2. De los bienes y de los derechos reales*, traducida y anotada por Demófilo De Buen, Madrid, Ed. Reus, 1923, p. 1201.

⁵⁸ Vid, entre otros, Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho civil, III/1*, Barcelona, 1978, pp. 252-253; De los Mozos, J. L., *El principio de buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho Civil Español)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1965, p. 305; Cuesta Saenz, J. M., *La acción publiciana...* cit., 475 págs., y más recientemente, *La acción publiciana...* cit., pp. 819 y ss.; Miquel, J. M., s. v. *Acción publiciana...* cit., pp. 129-131; Yzquierdo Tolsada, M., *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 104-105; Díez Picazo, L., *Sistema de Derecho civil, III*, Madrid, ed. Tecnos, 2001, pp. 113-114; Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos...* cit., 2008, pp. 309-313; Goñi Rodríguez de Almeida, M., *Propiedad. Acción publiciana. Es una faceta de la acción reivindicatoria (STS de 5 de febrero de 2004)*, RCDP, n.º. 686 (2004), pp. 2917 y ss.; Ramos Chaparro, E. J., *Sentencia 5 de febrero de 2004...* cit., p. 61-78.

sión (*ius possessionis*), si no el mejor derecho a poseer (*ius possidendi*). Por lo general, se acepta que debe ser una posesión en concepto de dueño y hábil para usucapir. Esta fue la orientación seguida por las STS de 26 de octubre de 1931 y 6 de marzo de 1956, sobre las que volveremos después.

b) Para otros autores⁵⁹, la acción Publiciana no tiene existencia autónoma en nuestro derecho, sino que está embebida en la propia acción reivindicatoria al haberse flexibilizado la prueba del dominio por vía jurisprudencial. A principios del siglo pasado, De Buen, influido por la doctrina de Colin y Capitant, advierte ciertas reminiscencias de la acción Publiciana en la reivindicatoria, donde el actor se limita a probar un justo título de dominio. Para Castán, la acción publiciana no existe como acción distinta de la reivindicatoria pues los tribunales no exigen la prueba estricta del dominio, bastando con acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre la del mero poseedor. Según esta opinión, se trata de una rebaja o disminución en la carga de la prueba del dominio por parte del demandante que ejercita la acción reivindicatoria. El apoyo legal para sostener esta tesis se ha buscado, como hemos indicado más arriba, en el art. 348. 2 CC. Entre la jurisprudencia, inaugura esta tendencia jurisprudencial la STS de 21 de febrero de 1941, en la que fue ponente el propio Castán. Los partidarios de esta opinión consideran que ambas acciones están amparadas en el art. 348. 2 CC⁶⁰ que establece que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla, así se recoge en la STS de 6 de marzo de 1956.

c) Un tercer sector doctrinal⁶¹ sostiene que la acción Publiciana no tiene existencia en nuestro Derecho porque las acciones posesorias prescriben en todo caso al año. Más la acción Publiciana no tiene relación jurídica alguna con los interdictos, sino que se considera como una acción real recuperatoria siguiendo, en este punto, la tradición jurídica de la que procede. Para Traviesas no puede admitirse su subsistencia porque el Código civil no establece distinción entre la propiedad civil y la pretoria. Sin embargo, tampoco se mantuvo esta distinción en el derecho justintiano, que es de donde debe partirse en relación con esta cuestión. Albaladejo, por su parte, afirma que una cosa es admitir la flexibilización de la prueba del dominio y otra permitir que reivindique quien no pruebe.

⁵⁹ Defienden esta tesis De Buen, D., *Notas al curso de derecho civil elemental de Colin y Capitant*, II/2, Madrid, 1923, pp. 1201-1202 Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II/1, Madrid, ed. Reus, 1987, pp. 221 y ss.; Espín Cánovas, D, *Manual de Derecho civil español*, V. II, Madrid, ed. Reus, 1981, pp. 61-78.

⁶⁰ Vid., entre la jurisprudencia, STS de 6 de marzo de 1954 y 19 de octubre de 2002.

⁶¹ Tesis defendida por Traviesas, M. M., *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, *Revista de Derecho Privado*, 1920, p. 206 y n. 1; García Valdecasas, G., *La acción publiciana...* cit., pp. 78 y ss.; Albaladejo, M., *La prescripción de la acción reivindicatoria*, *Anuario de Derecho Civil*, (1990), fasc. 1, pp. 25 y ss.; Carrasco Perera, Á., *Derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996, pp. 347 y 348.

2. Tratamiento jurisprudencial de la acción publiciana

La jurisprudencia, en su función de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, ha venido admitiendo la acción Publiciana proveniente de la Publiciana in rem actio del Derecho romano⁶², bien como acción independiente de la reivindicatoria o bien como una faceta de aquella.

La jurisprudencia más antigua admitió la acción Publiciana como un medio jurídico procesal independiente de la acción reivindicatoria. Así se pronuncian, obiter dicta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: la STS de 24 de febrero de 1911, donde después de desestimar la reivindicatoria por no haber justificado el actor su dominio, se establece que tampoco cabe la acción Publiciana (que se había ejercitado como acción subsidiaria junto con la reivindicatoria) por no haberse probado la identidad de la finca reclamada; la de 30 marzo de 1927 que enumera a la Publiciana entre las acciones que protegen al propietario, y la más destacada, de 26 de octubre de 1931, en la que se acoge la acción Publiciana como directo fundamento del fallo, definiendo este remedio como aquel que compete al poseedor civil de una cosa, contra el que posee sin título o con otro, pero con menos derechos, para que le sea restituida con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos⁶³.

Esta opinión jurisprudencial cambió con la STS de 21 de febrero de 1941, precursora de la tesis que considera a la acción Publiciana como una faceta de la reivindicatoria⁶⁴ al recoger la opinión mantenida por quien fue su ponente, el profesor Castán Tobeñas. Afirma el Tribunal, "obiter dicta, que la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala han dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la acción publiciana, [...] como una de las facetas de la reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa a quien la posea con menor derecho [...]".

A partir de este momento, la jurisprudencia se hizo eco de ambas opiniones, pero si profundizamos en las argumentaciones jurídicas y las consecuencias del ejercicio de la acción Publiciana se deduce que, en la mayoría de los pronunciamientos judiciales, se admite la existencia autónoma de la acción basada en el mejor derecho a poseer siempre que -como veremos después- se trate de una posesión ad usucapionem. En este sentido se pronuncian las sentencias siguientes: la STS de 28 de febrero de 1958, que admitió el mejor derecho a poseer de los demandados; la STS de 20 de febrero de 1962, que falló a favor del actor que había ejercitado la acción Publiciana de forma subsidiaria a la reivindicatoria; la STS de 7 de octubre de 1982, donde, tras mencionar las dos corrientes jurisprudenciales, se mantiene el principio general

⁶²El origen romano de este remedio se reconoce en diversas resoluciones tanto del Tribunal Supremo (STS de 7 de octubre de 1982) como de las distintas Audiencias Provinciales SAP de Lugo de 13 de mayo de 2002, Asturias de 30 de septiembre de 2002 y de 5 de mayo de 2003

⁶³La misma definición se recoge en la STS de 7 de octubre de 1982 y en la de 5 de febrero de 2004.

⁶⁴De la cuesta Saenz, José María, La acción publiciana en el Código civil... cit., p. 825.

de que para que prospere la reivindicatoria no basta la prueba relativa de su mejor derecho sino la prueba plena del dominio⁶⁵; igualmente, la STS de 5 de octubre 1984, que después mencionar ambas corrientes jurisprudenciales, acaba indicando que ambos remedios se diferencian en que mientras la acción reivindicatoria es acción que compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, la publiciana, por estar dirigida a la tutela posesoria, corresponde al poseedor contra quien lo sea de peor derecho o contra el detentador, más no contra quien sea propietario; por su parte, la STS de 12 de mayo de 1992, recoge y confirma la doctrina de la anterior en su Fundamento 2º; finalmente, la de 5 de febrero de 2004, considera como sujeto activo de la acción Publiciana al poseedor civil y como posibles demandados al detentador y a otros poseedores con menos derecho.

Igualmente presuponen la existencia autónoma de la acción Publiciana, aquellas sentencias que la enumeran entre las que protegen el dominio junto con la reivindicatoria, negatoria, ad exhibendum, etc.⁶⁶.

Entre las sentencias que consideran que la acción Publiciana está subsumida en la reivindicatoria podemos citar, a parte la mencionada STS de 21 de febrero de 1941, la STS de 6 de marzo de 1954, donde se afirma que ambas acciones, reivindicatoria y publiciana están amparadas por el párrafo 2º del art. 348 CC, o la STS de 29 de julio de 1998, que vuelve a la idea de que la Publiciana está embebida en la reivindicatoria⁶⁷ al haberse atenuado la prueba del dominio.

En estos últimos pronunciamientos llama la atención que ambas acciones, reivindicatoria y Publiciana, se describen con independencia señalando que mientras la primera es acción que compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, la publiciana, por ir dirigida a la tutela posesiva, corresponde al poseedor, contra el mero detentador, mas no contra quien sea propietario⁶⁸. Efectivamente ambos remedios procesales tienen un ámbito de aplicación distinto, el dominical y el posesorio.

⁶⁵ En este litigio los demandantes habían pedido expresamente en el suplico de la demanda que, caso de no darse lugar a la acción reivindicatoria, se declarase que eran ellos quienes tenían mejor derecho a poseer que la demandada. El TS declara a este propósito que siendo la acción publiciana la que compete al poseedor civil de una cosa, contra el que posee con título, o con otro, pero con menos derecho, para que le sea restituida con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos, el tribunal de instancia no la desconoció, y, por el contrario, se atemperó a ella estimando como justo título o causa legal hábil para la adquisición del dominio, con buena fe, requisitos necesarios para que la acción naciera, la posesión quieta, pacífica y continuada de la finca en cuestión por don [...]. Y después, de la muerte de este, en 1914 por su viuda e hijos, que continuaron poseyéndola hasta que la Compañía demandada le fue adjudicada en procedimiento ejecutivo, siendo un erro sostener que tan repetida acción sólo procede contra el detentador, pues como ya se dijo, es también pertinente contra el poseedor con título, pero de inferior eficacia al que la promueva.

⁶⁶ Vid, entre otras, la reciente SAP de Baleares de 4 de octubre de 2017

⁶⁷ Vid. Ramos Chaparro, E. J., Sentencia... cit., p. 68.

⁶⁸ STS de 21 de febrero de 1941

No comparto la opinión que sostiene que cuando la prueba del dominio sea imposible deberá rebajarse, bastando la prueba de la posesión ad usucapionem para justificar la restitución de la cosa controvertida sobre la base de un mejor derecho a poseer. Si admitimos la supresión de la prueba plena del dominio con respecto a la reivindicatoria, estaremos admitiendo la supresión de un requisito característico de esta acción para dar paso a una figura distinta light o rebajada⁶⁹, una especie de "cuasireivindicatoria". Esto incidiría directamente en el significado y características del derecho subjetivo que la acción protege: la propiedad privada. Se modificaría su sentido técnico-jurídico y se confundiría con la posesión, al pasar el pleno dominio a un segundo plano frente al derecho a poseer, suficiente para la reivindicación de la cosa. ¿No sería mejor pensar que en este caso ya no estamos ante una reivindicatoria (con la prueba atenuada) sino ante una acción semejante pero distinta, una "cuasireivindicatoria" que será precisamente la acción Publiciana⁷⁰?

Aunque el reconocimiento de la acción reivindicatoria a favor del poseedor en vías de usucapir está sancionada expresamente en otros ordenamientos, no es el caso del ordenamiento español. Así, por ejemplo, ocurre en el Código civil de Andrés Bello, que en su art. 894⁷¹, concede la acción reivindicatoria tanto al propietario como al poseedor regular⁷²: Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho. El sentido de la ley es claro; es la acción reivindicatoria, y no otra, la que se concede al poseedor regular que se encuentre en el caso de poder ganar la prescripción, bastando con que acredite la buena fe, el justo título y la tradición, para que prospere la acción reivindicatoria sin necesidad de la prueba plena del dominio⁷³. Por lo tanto, no se recoge otra acción distinta de la reivindicatoria sino una regla destinada a facilitar la prueba del dominio. Los tribunales afirman que el actor que hace uso de la reivindicatoria invoca implícitamente la acción Publiciana⁷⁴. De este modo, si el actor no logra pro-

⁶⁹ Ramos Chaparro, E. J., Sentencia... cit., p. 70.

⁷⁰ Vid. Goñi Rodríguez de Almeida, M., Propiedad...cit., pp. 2920-2921.

⁷¹ Aunque la fuente del artículo 894 del CC chileno fue la acción romana, tal y como se desprende de una nota de Andrés Bello al art. 1039 del Proyecto de Código Civil de 1853, el texto en su redacción es categórico desterrando la acción publiciana. Vid. Vergara Benzanilla, J. P., Notas sobre la naturaleza de la acción publiciana en el derecho chileno, Doctrinas esenciales. Derecho civil. Bienes. Dir. Raúl Tavolari Oliveros, Puntotex, 2010, p. 208, n. 6.

⁷² Vergara Benzanilla afirma que las doctrinas de Aubry y Rau influyeron en el Código de Andrés Bello. Vid. Vergara Benzanilla, J. P., Notas... cit., p. 907, n. 7.

⁷³ Vergara Benzanilla, J. P., Notas... cit., p. 206

⁷⁴ Alessandri Rodríguez, A. y otros, Tratado de los derechos reales, t. II, 6ª edic., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 273. Larroucau Torres, J., Acciones reales y estándares de prueba, *Ius et Praxis*, 21 (2015) 2, p. 115.

bar su dominio sobre la cosa reclamada pero sí su mejor derecho a poseer, la reclamación prospera. Se solucionan así dos cuestiones procesales clave: la declaración de cosa juzgada y la posibilidad de apreciar incongruencia de la sentencia por falta de coincidencia con la causa de pedir⁷⁵.

En Derecho español, tal y como deriva de múltiples pronunciamientos judiciales⁷⁶, para que prospere la acción reivindicatoria será necesaria la prueba plena del dominio. De modo que, si no se acredita la titularidad dominical por parte del demandante, los demandados tendrán que ser absueltos, cualesquiera que sean los defectos de su situación posesoria, tal y como se señala en la STS de 14 de febrero de 1997.

Otro argumento a favor de la autonomía de la acción Publiciana se deduce claramente de aquellas ocasiones en que el tribunal desestimó la demanda por incongruencia con la causa petendi. Así ocurrió en diversas resoluciones en las que se revocan las sentencias recaídas en otras instancias por incongruencia del pronunciamiento con la causa de pedir. Considera el Tribunal que el ejercicio de otras acciones de carácter real no conlleva necesariamente el ejercicio de la Publiciana (por no haber alegado el mejor derecho a poseer). La STS de 15 de febrero de 1991 declara la necesidad de su ejercicio por la parte demandante al indicar que la Sala sentenciadora incurrió en incongruencia al entrar a examinar una acción publiciana que no fue ejercitada por los actores y que no está comprendida en la acción dirigida a obtener el carácter ganancial. Así mismo, la STS de 28 de junio de 2010 cita a la anterior e indica que se produjo incongruencia al entrar a examinar una acción publiciana que no fue ejercitada por los actores⁷⁷. Entre los pronunciamientos recaí-

⁷⁵ La jurisprudencia contraria se recoge en un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 17 de junio de 1935, Revista de Derecho de la universidad de Concepción, 13 (1935) donde se decidió que “no es indiferente aducir como fundamento de la acción reivindicatoria ejercitada, el derecho de dominio que puede desprenderse de esos títulos, y el que pudiera en definitiva asistirle al actor invocando una posesión material por tiempo inmemorial, ya que esos dos diversos fundamentos, aun cuando se encuentran legalmente amparados por una misma acción, constituyen causas de pedir distintas”. Vid. Larroucau Torres, J., Acciones reales... cit. p. 115.

⁷⁶ Vid. SSTs de 24 de enero y de 21 de mayo de 1992, de 26 de mayo de 1994, de 28 de marzo de 1996, de 30 de abril de 1997; 23 de octubre de 1998, 15 de febrero de 2000 (citadas por Goñi Rodríguez de Almeida, M., Propiedad... cit., p. 2920, n. 5) a las que podemos añadir otras, como la STS de 8 de septiembre de 2008, En esta última se dice que los demandantes ejercitaron la acción declarativa de dominio y la reivindicatoria frente al Ayuntamiento de Pineda de la Sierra, y desestimada la primera debe entenderse desestimada la segunda, no estando la parte demandada frente a estas acciones obligada a acreditar su título de dominio, “debiendo ser la parte actora la que acredite su titularidad, so pena de ver desestimada su demanda [...]”.

⁷⁷ “Los principios de audiencia y contradicción obligan al Juzgador a no modificar o alterar la causa de pedir ni a sustituir las cuestiones debatidas pues en tales supuestos se vulneran los principios procesales ‘quod non est in actis non est in mundo’ y ‘sententia debet esse confor-

dos en las Audiencias provinciales, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de abril de 2003 o la SAP de Zamora de 26 de abril de 2002 afirman que habría sido necesario ejercitar la acción Publiciana y no la ejercita quien deduce una pretensión en todo caso declarativa de su propiedad y no declarativa de su mejor derecho a poseer⁷⁸.

De estas sentencias se deduce que la acción Publiciana es autónoma e independiente, aunque se puede ejercitar de forma acumulada y subsidiaria a la reivindicatoria⁷⁹ permitiendo que la sentencia declare un mejor derecho a poseer del demandado sin el riesgo de que pueda ser desestimada por incongruencia con la causa de pedir.

Todavía desde el punto de vista procesal es igualmente importante distinguir ambas acciones a efectos de poder apreciar la excepción de cosa juzgada⁸⁰. Es posible que, si el propietario no poseedor solo ejercita una de las dos acciones, la no ejercitada entre dentro de la identidad del objeto, extendiéndose los efectos de cosa juzgada a lo deducido y a lo deducible ex art. 400 LEC. Si entendemos esto así, el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando se podía haber planteado subsidiariamente la Publiciana producirá que esta última no pueda ventilarse en un proceso posterior por identidad del objeto. Contrariamente, si partimos de la base de que una cosa es la tutela de la propiedad y otra la de la posesión podríamos pensar que no hay motivo para pensar que el demandante está obligado a presentar pretensiones subsidiarias cuando podrían presentarse separadamente en procesos distintos, con objetos y causas de pedir distintas⁸¹. No hay pronunciamientos judiciales expresos en relación con esta cuestión procesal concreta por lo que el tema merecería una mayor atención por los expertos en la materia.

mis libello'. Se impone en el orden procesal la armonía entre los pronunciamientos de la sentencia y la pretensión de las partes [...], y en este mismo sentido de repulsa a la indefensión, la S. de 15 de febrero de 1991 casó la sentencia de instancia por alteración de la causa de pedir "al entrar a examinar una acción publiciana [...] que no fue ejercitada por las actoras".

⁷⁸ De la Iglesia Prados, E., *La configuración jurisprudencial...* cit., p. 430 y ss.

⁷⁹ Vid. Miquel, J. M., s. v. acción publiciana... cit., p. 131; Ramos Chaparro, *Sentencia...* cit., pp. 71-72 y p. 76.

La acción publiciana se interpone como subsidiaria a la reivindicatoria en SSTs de 29 de mayo de 2006; de 29 de octubre de 2013, 9 de marzo de 2015 y entre los pronunciamientos de las audiencias provinciales vid. las más recientes, SAP Sevilla, 28 de septiembre de 2017, SAP de Asturias de 26 de octubre de 2017, SAP de Cuenca de 31 de octubre de 2017.

⁸⁰ Miquel, J. M., s. v. acción publiciana... cit., p. 131.

⁸¹ Damian Moreno, J., *El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o título jurídicos que resulten conocidos o que prudan invocarse al tiempo de interponerla: el art. 400 LEC, El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber amicorum en homenaje a y para celebrar su LXX cumpleaños*, Coord. J. L. Gómez Colomer y otros, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 499-512.

3. La configuración actual de la acción publiciana

Acceptada la aplicabilidad de este remedio, cabe preguntarse por su configuración y su objeto de protección pues a falta de regulación legal, hay que acudir a la jurisprudencia y a priori no hay obstáculo jurídico-positivo para extender la protección a cualquier tipo de posesión, lo ue rebasaría los límites de la Publiciana en su sentido tradicional.

Actualmente, conforme a la tradición jurídica romana, se define como una acción real recuperatoria de la posesión⁸², que tutela el mejor derecho a poseer (*ius possidendi*)⁸³ y no el simple hecho de la posesión (*ius possessionis*) protegido por los interdictos (actualmente, acciones posesorias⁸⁴). No guarda parentesco legal con estos últimos, que tienen un plazo de ejercicio de un año (art. 1968. 1º Cc) y ofrecen una solución provisional a la controversia, si no que se le aplica el régimen general de prescripción de las acciones reales, artículos 1962 y 1963 Cc, con un plazo de prescripción de 6 o de 30 años, según se trate de acciones sobre bienes muebles o inmuebles⁸⁵.

En cuanto a qué debe entenderse por “mejor derecho a poseer”, hay quien ha defendido⁸⁶ para el derecho común español una concepción amplia, abriendo la posibilidad de que pueda ejercitarse por cualquier poseedor con título o sin él, con buena o mala fe, o en concepto de dueño o como titular de cualquier otro derecho real, aproximando así la Publiciana a un juicio plenario de la posesión.

⁸² Vid. SSTS de 7 de octubre de 1982 y de 15 de febrero de 1991, que cita la anterior.

⁸³ La STS de 5 de febrero de 2004 define la acción Publiciana como una “acción real que compete al poseedor civil de una cosa contra el que la posea sin título, o con otro, pero menos derecho, para que le sea devuelta con su frutos, accesorios y abono de menoscabos”. Otras sentencias que admiten que la Publiciana protege el mejor derecho a poseer son: SSTS de 7 de octubre de 1982, 13 de mayo de 1984, 12 y 30 de mayo de 1992, 29 de julio de 1998, 8 de noviembre de 2006 y 18 de marzo de 2014.

⁸⁴ Estos medios se encuentran reflejados en la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 250. 1. 4º LEC se dispone que, “se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 3º Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. 4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”. Estas acciones son sucesoras directas de los antiguos interdictos de recuperar y de recobrar y retener la posesión, respectivamente.

⁸⁵ Vid. Cuesta Saenz, J. M., *La acción publiciana...* cit., p. Yzquierdo Tolsada, M., *Las tensiones...* cit., pp. 104-105.

⁸⁶ Bustos Pueche, J. E., *El objeto protegido de la acción publiciana*, *Revista de Derecho Privado*, 75 (1991) 5, p. 406.

Otros autores⁸⁷ opinan que tutela a un tipo de poseedor cualificado, con justo título y buena fe, entendiendo que hay un plus iuris en su defensa frente al simple poseedor.

Esta segunda opinión es la que preferimos en base a la reiterada jurisprudencia⁸⁸ que establece una serie de requisitos para que prospere la acción coincidentes básicamente con aquellos exigidos para la usucapión ordinaria: 1º. - que el demandante pruebe su posesión titulada, básicamente los requisitos de la usucapión ordinaria, pue debe tratarse de una posesión exclusiva, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño; 2º. - ejercitada frente a un poseedor de inferior derecho y 3º. - la identidad de la cosa reclamada.

La acción puede ser ejercitada tanto por el poseedor ad usucapionem como por el propietario que carece de título escrito o al que le es difícil la prueba de su dominio, tal y como se reconocía ya en el derecho romano. En este sentido, la reciente SAP de Baleares de 4 de octubre de 2017, tras enumerar a la acción Publiciana entre las que protegen el dominio, afirma que quien tiene el dominio tiene la posesión civil de la cosa contra quien la posea sin título o con otro de menor derecho. En cuanto a la legitimación pasiva, la acción podrá ejercitarse contra cualquier detentador o poseedor que tenga la cosa en su poder con menor derecho, pero no frente al propietario de la cosa litigiosa⁸⁹.

Si la acción prospera, se conseguirá la devolución de la cosa con todos sus frutos, accesiones y abono de menoscabos⁹⁰.

Conclusiones

Lo que deriva de lo dicho hasta aquí es que nuestra jurisprudencia, en su función de complemento del ordenamiento jurídico, ha amparado hasta ahora el mejor derecho a poseer, conforme a la tradición jurídica romana, siempre que se trate de una posesión exclusiva, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño.

⁸⁷ Miquel González, J. M., s. v. Acción publiciana... cit., p. 131; Iglesias prados, E., La configuración... cit., p. 427; Yzquierdo Tolsada, M., Las tensiones... cit., p. 104; Ramos Chaparro, E. J., Sentencia... cit., p. 71.

⁸⁸ Así se recoge en múltiples sentencias, tanto del Tribunal Supremo, SSTS de 7 de octubre de 1982, 13 de enero del 1984 y 12 de mayo de 1992, como de las audiencias provinciales, entre las que podemos citar como más recientes la SAP de lugo de 14 de marzo de 2007, SAP de Sevilla de 20 de junio de 2011; SAP de Salamanca de 15 de junio de 2001, de 26 de marzo de 2013 y de 25 de mayo de 2017, SAP de Córdoba de 11 de marzo de 2013 y, la más reciente SAP de Valladolid de 30 de junio de 2017. Vid. las numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales anteriores al 2005 citadas por De la Iglesia Prados, E., "La configuración... cit.", p. 423.

⁸⁹ Vid. Miquel González, J. M., s. v. Acción publiciana... cit., p. 131. Entre la jurisprudencia, expresamente, la STS de 13 de enero de 1983.

⁹⁰ Vid. STS de 7 de octubre de 1982 y STS de 5 de febrero de 2004

No es cierta, por tanto, la opinión de aquellos autores⁹¹ que solo reconocen el origen nominal de la acción Publiciana al Derecho Romano, afirmando que su contenido y sus consecuencias jurídicas no pueden equipararse a la acción aplicable en Roma. El supuesto de hecho no es diferente al que tutelaba la acción en el Derecho justinianeo, independientemente de cómo queramos denominar a la acción que lo protege. En este sentido, afirma el Tribunal Supremo que la designación del nombre de la acción en nada influye para el resultado de la misma⁹².

Actualmente, no siendo preciso, como ocurría en Derecho romano, que la acción venga designada nominatim, bastará con que las partes formulen sus pretensiones poniendo especial atención al suplico de la demanda, a la causa petendi y a los fundamentos de la misma para dejar claro si se solicita la protección de la posesión, el derecho a poseer o la propiedad.

Ningún precepto legal prohíbe o es contrario a dicho remedio. A falta de regulación expresa, la jurisprudencia en su función de intérprete y de complemento del ordenamiento deberá realizar una interpretación de las normas en base a la tradición histórico-jurídica de la que procede, teniendo en cuenta, además, que estuvo en la mens legislatoris de los redactores del Código.

Ambas acciones, reivindicatoria y Publiciana, son independientes y autónomas con naturaleza, función y efectos distintos, tal y como se deriva de los siguientes argumentos sustantivos y de carácter procesal:

Su ámbito de aplicación es el dominical y el posesorio, respectivamente. Mientras la reivindicatoria protege al propietario no poseedor frente al poseedor no propietario, la Publiciana protege el mejor derecho a poseer frente al poseedor sin título o de peor derecho, si bien no prosperará frente al propietario.

El Tribunal Supremo ha desestimado aquellos recursos que se basaban en el silencio del tribunal de instancia sobre la acción Publiciana por incongruencia con la causa de pedir. Considera el Tribunal que el ejercicio de otras acciones reales no conlleva necesariamente el ejercicio de la acción Publiciana. Solo podrá ser estimada si se ejercita expresamente, lo que dependerá de si el interesado ha solicitado o no la protección de su mejor derecho a poseer.

La diferencia entre ambas acciones es importante para determinar el alcance de la excepción de cosa juzgada.

⁹¹ Vid. Goñi Rodríguez de Almeida, M., Propiedad. Acción Publiciana. Es una faceta de la acción reivindicatoria (STS de 5 de febrero de 2004), Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (2004), n.º 686, p. 2918; De la Iglesias Prados, E., La configuración jurisprudencial de la acción publiciana, Revista de Derecho patrimonial, 2005, n.º. 14, p. 422.

⁹² Vid. STS de 29 de julio de 1998.

TRATAMIENTO DEL FOMENTO EN LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO

Vanessa Ponte¹,
Universidad de Córdoba

Resumen: Acercamiento al concepto de “fomento” en el ordenamiento jurídico administrativo español y estudio del sistema romano de inversión en bienes de uso público. En la investigación se presentan cuestiones relacionadas con los órganos públicos legitimados para construir obras públicas, las fuentes de financiación y la incidencia (positiva o negativa) en los beneficiarios de actividades en las que incide el fomento.

Palabras clave: Fomento, administración, bienes públicos romanos, construcción y financiación

TREATMENT OF THE DEVELOPMENT IN THE CONSTRUCTION OF PUBLIC WORKS IN THE SPANISH ADMINISTRATIVE LAW AND IN THE ROMAN LEGAL SYSTEM

Vanessa Ponte,
University of Córdoba

Abstract: Study of the Roman financing system of the public roads. The investigation is assisted of such questions as the organs in charge of adopting the decision of the creation of a road; the financing sources for each type of via (aerarium, emperor, citizens, donations [...]); as well as the different loads and privileges that bears the presence of a roman public road for the inhabitants of the town for where it lapses.

Keywords: Development, Administration, Public Works, Constructions and Financing in Spanish Contemporary Law and Roman Law

¹ E-mail: fd1poarv@uco.es

1. EL FOMENTO EN LA ACTUALIDAD Y, ESPECIALMENTE, EN ROMA

La acción administrativa se clasifica en policía, fomento y servicio público. Dicha clasificación sería divulgada en España por Jordana de Pozas². Es este autor quien nos define el fomento como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”. En la aceptación de este concepto hay que estimar que la actividad fomentada no ha de ser exclusivamente de los particulares o privada, sino que puede ser también actividad de otros entes públicos.

Por lo dicho serán notas del fomento las siguientes:

1. Es una actividad realizada tan sólo por las distintas entidades que integran la Administración pública, pero no por otros poderes públicos.
2. Tiende a la satisfacción de unas necesidades consideradas de carácter público.
3. No merma la libertad de las personas o entes estimulados o protegidos, los que, sin sentirse coaccionados, cooperan voluntariamente en la satisfacción de dichas necesidades.
4. Dicha satisfacción se alcanza indirectamente.

Las técnicas de fomento, al menos para la construcción de obras públicas, fueron ya conocidas en la Edad Media, incluso en la antigua Roma se presencian ciertos aspectos relacionados con actividades de fomento. Será bajo el Despotismo Ilustrado cuando el término “fomento” se generaliza en nuestra legislación como actividad necesaria para combatir las causas de la decadencia económica y comercial de España. Sin embargo, el engarce de las técnicas de fomento con el Estado de Derecho no se produce hasta el siglo XIX. El Estado actual se caracteriza asimismo por un notable incremento de la utilización de las técnicas de fomento.

En el mundo romano la obra pública y su financiación es uno de los fundamentos de su anhelo expansionista, siempre adecuado a la defensa de sus fronteras, la administración de sus territorios o a los intercambios comerciales.

² JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo español”, en Revista de Estudios Políticos N° 48, 1949.

Este expansionismo ha de entenderse no sólo en términos de potencia sino, sobre todo, con vocación civilizadora universal.

No resulta complicado reconocer que la construcción de las grandes obras públicas (acueductos, vías o calzadas, edificios, etc. [...]) exigían la aportación de inmensas cantidades procedentes del tesoro público. El tránsito de la República al Principado supone para Italia un conjunto de cambios y, simultáneamente, adaptaciones consecutivas en el establecimiento de un nuevo régimen.

Una de las más famosas y efectivas construcciones romanas es la vía pública. Superando con las grandes arterias viales cualquier barrera natural, los romanos anularon las dimensiones del tiempo y del espacio que separaban a gentes alejadas geográficamente. A través de los nuevos contactos humanos se consolidó una conciencia de una sustancial identidad ideológica que siguió con una asimilación cultural y política de pueblos diversos.

Alcanzando su sistema vial el máximo desarrollo, para tal fin fueron empleadas ingentes sumas a las que acompañaron no pocas dificultades y adversidades a las que, fuera de la omnipotencia romana, difícilmente otro pueblo se hubiera podido enfrentar. Roma supo comprender rápidamente la importancia que tuvo el administrar correctamente sus vías, desde su creación hasta su mantenimiento o reparación.

2. EL DOMINIO PÚBLICO - LAS RES PUBLICAE IN USO PUBLICO

Actualmente el dominio público supone y significa, en principio, un tratamiento jurídico especial del dominio de la Administración vinculado directamente a la satisfacción de los intereses públicos; pero un concepto actual es necesario derivarlo de su evolución histórica para su mejor comprensión.

La técnica de defender con un régimen jurídico especial categorías determinadas de bienes por razón del fin al que sirven procede del derecho romano. Así tenemos las *res sanctae*, las *res publicae* y las *res publicae iuris gentium*, siendo la nota aglutinante de dichas categorías el ser *res extra commercium*. Aparecieron así, en germen, las dos notas de la técnica demanial: la extracomercialidad privada y la afectación, natural o solemne, como determinante del régimen especial.

La técnica apuntada se oscurece con la invasión de los pueblos germánicos, sin embargo y posteriormente, con el advenimiento del constitucionalismo, el poder político pasa del rey a la nación y, consecuentemente, la titularidad de las cosas destinadas al uso público se hace descansar en ésta. Desaparece de nuevo el estatuto peculiar de los bienes y se configuran como de dominio público todos los que pertenecen a la nación. Si bien fue Proudhon quien consagró la concepción objetiva de la institución, será Hauriou quien reelaborando el concepto de dominio público y sin salir de la concepción objetiva, extiende la protección especial a los bienes de servicio público y concibe el instituto como la forma especial de propiedad del Estado. La idea de afectación se convirtió así en una noción central. Con él podemos definir el dominio público como "aquellas propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública y que por consecuencia de esta afectación resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección".

También se puede entender como el derecho de propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes en cuanto sometido a un régimen jurídico exorbitante del civil.

Elementos de dominio público

1. Sujetos del dominio público.

a) Sólo pueden serlo entidades de derecho público. En términos generales así resulta del art. 338 del C. C. No pueden ser sujetos del dominio público, en base a nuestros diferentes textos legales, las empresas privadas de los entes públicos y tampoco podrán serlo los concesionarios de servicios públicos.

b) Sólo pueden serlo entidades públicas territoriales. El dominio público sólo aparece referido al Estado (art. 339 C. C. y a las entidades locales (arts. 344 y 343 C. C. y correlativos de la L. R. B. R. L. y R. B. C. L.) (V. también art. 132. 2 de la C. E.).

2. Objeto del dominio público.

En sus comienzos, la doctrina de la demanialidad sólo se extendió a las porciones del territorio nacional, y en este sentido el Código de Napoleón. Pero posteriormente fue superada dicha concepción al adoptar el criterio de la demanialidad.

Con la base legal que nos ofrece el C. C., la doctrina admite la posibilidad de la extensión de la Constitución:

a) A los bienes inmuebles.

b) A los bienes muebles.

c) La doctrina más común rechaza la demanialidad de las cosas incorporales. Al mostrarse una parte de la doctrina con criterios diferentes, lo más adecuado es prestar atención a lo que en cada caso el ordenamiento jurídico establezca.

3. Destino del dominio público.

La referencia al destino como elemento del dominio público se encuentra en el C. C. (arts. 339 y 341). Claramente expresan que el criterio central para distinguir el demanio del patrimonio es el del destino.

El estudio de este elemento comprende dos momentos, el del destino propiamente dicho, es decir, de su objetivo, y el del modo de la destinación, es decir, la afectación.

a) Genéricamente se dice que los bienes deben de estar destinados a una utilidad pública. Nuestro C. C. comprende tres supuestos (V. arts. 339 y 344 C. C.):

- Destino al uso público.

- Destino al servicio público.

- Destino al fomento de la riqueza nacional.

"Artículo 339:

Son bienes de dominio público:

1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional,

como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.

Artículo 340:

Todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada.

Artículo 341:

Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado".

b) El acto mediante el cual un bien de entes públicos territoriales se destina al uso público o al servicio público se denomina "afectación": el acto mediante el cual un bien de un ente público territorial se destina al uso o al servicio público, de forma que, atendiendo el ordenamiento del país, comporte su entrada en el dominio público.

La afectación puede tener lugar, según se trate de demanio natural o demanio artificial, por un acto del poder legislativo, esto es, por ministerio de la ley, o por un acto de la Administración. En el primero de los casos la afectación se extiende a todos los bienes de la misma naturaleza en cuanto reconocibles por sus características individuales. En el segundo, la afectación requiere un acto especial de destinación que se confía a la Administración, pudiendo ser expreso, tácito o presunto³.

Las notas del régimen jurídico del dominio público se reducen a la incoercialidad o indisponibilidad. Desarrollándose ésta en las de inalienabilidad e inembargabilidad. La C. E. de 1978 establece como nota del dominio público en su art. 132. 1: la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad.

Artículo 132:

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimoterrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación".

3. LOS FONDOS PARA AFRONTAR LAS CONSTRUCCIONES

Para la creación de cualquier obra que se pueda imaginar -sea pública o privada- se necesitan unos fondos (fomento, inversión) que atenderán a la misma. En idéntica situación se halla Roma en el momento que decide emprender la construcción. Evidentemente, hay muchos tipos de res in uso publico, por lo que nos centraremos en el ejemplo y estudio de uno especialmente relevante: las vías públicas.

³Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho privado romano, 2016, capítulo XVI.

En la actualidad, se considera la red viaria de la antigua Roma un monumento inmortal y extraordinario de increíbles proporciones cuya misión nunca en la Historia ha sido mejor ejecutada; podemos admirar grandiosas obras de ingeniería todavía íntegras, ahora distanciadas dos mil años e incluso más, de meritoria técnica ejecutiva, intachables, de análisis más que útil a nuestros técnicos y que, con seguridad, pervivirán muchos siglos más. A través de ellas rendimos memoria a las raíces de la Historia y de nuestra cultura occidental.

La cuestión relativa a la financiación de las vías públicas romanas –al menos las de Italia– presenta grandes dudas por la escasa documentación que se conserva de esta materia⁴. Sin embargo, es un tema que se hace necesario investigar; conocer el régimen de creación y de mantenimiento de las vías al que proveen los respectivos entes y personas; ver en qué medida realizan sus contribuciones, de qué naturaleza son estas contribuciones que aquellos entes pueden solicitar a los usuarios de las vías públicas [...].

Evidentemente, si se trata de un *opus privatum* lo normal es que se le atienda en términos particulares. Mas si la construcción debía calificarse como pública, concretamente, si era una vía pública, ¿cómo podemos imaginar que era atendida su financiación? ¿Con qué tipo de fondos se subvencionaba su creación y posterior mantenimiento?

En nuestros días se entiende que no hay trabajo público sin fondos públicos. Las autoridades romanas disponían de varias fuentes para atender a este tipo de gastos: las propias arcas del Estado para los trayectos esenciales; las cajas de las ciudades atravesadas por la vía; y las contribuciones de los ribereños. Sin embargo, no siempre era fácil o posible acudir a estos medios de financiación por motivos de muy diversa índole⁵ por lo que el genio romano no dudó en apostar por otros recursos.

Debemos recordar en este momento dos ideas importantes indicadas por autores como ECK: a) El Estado romano no tiene una doctrina administrativa estricta en Italia e interviene lentamente, según las necesidades que surgen a propósito de campos diversos (como vías públicas o alimenta); b) los emperadores de los dos primeros siglos nunca desearon atentar a la autonomía de las ciudades de Italia y tan sólo resulta perturbada esta postura por creaciones esporádicas, en las que la actividad nunca es continua.

Podemos distinguir, en primer lugar, los trabajos para equipar la construcción de calzadas, tan frecuentemente alabadas, que respondía, en general, a fines estratégicos y solía recaer sobre los soldados.: en la Galia, con AGRIPA, entre el 16 y el 13 A. C.; en Dalmacia-Panonia, con TIBERIO, entre el 6 y el 9 D. C., para asegurar que una región en rebeldía estuviera completamente cuadriculada; en el Rin y el Danubio, con CLAUDIO; en Asia Menor, con los FLAVIOS.

⁴ Vid. PETIT, P., que se muestra de acuerdo en relación a esta afirmación en su recensión a ECK, W., (*Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, München, 1979), en LATOMUS, 1980, n° 39, pp. 751-753.

⁵ FUSTIER, P., *La route*, Paris, 1968, p. 66.

Estas obras tuvieron, inevitablemente, favorables consecuencias económicas. Si se persigue el estudio técnico de los procedimientos de construcción, sigue quedando, como aspecto fundamental, la circunstancial reconstrucción de la red de calzadas, que ayuda en gran manera, a comprender cómo fueron valoradas las provincias [...] Se ignora si el comercio terrestre era más importante que el marítimo, más barato y mejor adaptado a las mercancías pesadas (ladrillos, tejas, mármoles), si bien parece ser que la evolución favoreció más a los transportes terrestres (o fluviales) por razones que no tienen nada que ver con el progreso de los equipos técnicos [...] ⁶.

Los órganos de gobierno se crean por la aparición de necesidades ocasionales, concretas, imperativas, de necesidades vitales (como la construcción o reparación de calzadas y caminos públicos, curatores viarum atestados desde la época flaviana, precedidos bajo AUGUSTO por senadores encargados del mantenimiento de vías). Todo supone la aparición de una cierta especialización en estos sectores y el destino de determinadas personas a esas tareas (empleados y jefes).

Los propietarios de tierras no estaban exentos de realizar determinadas cargas de naturaleza fiscal, como en Roma el mantenimiento de las vías públicas; por esto cabe suponer que las autoridades fiscales tenían necesidad de tener información lo suficientemente precisa y actualizada acerca del status de la propiedad y modificaciones en el mismo ⁷. Impuestos indirectos como las tasas de circulación eran recaudados. Por lo que se refiere al sistema aduanero, éste era complejo, pero, salvo en algunas fronteras, la tasa nunca rebasaba el 2,5 % ad valorem, y a menudo era inferior ⁸.

Los gastos que rodean al establecimiento de una vía (a la creación de una calzada) se dividieron probablemente entre el tesoro público -si aerarium o fiscus es algo incierto-, las autoridades locales y los propietarios de las tierras por las que discurrían, aunque los emperadores a menudo realizaban contribuciones personales. En ILS 84 se recuerda que la Via Flaminia y las más importantes vías de Italia fueron reparadas a costa de AUGUSTO. ADRIANO añadió una suma a la contribución de los possessores agrorum al coste que conllevó reparar parte de la Vía Appia, y pagó los puentes de una vía en África (ILS 5872, 5875) ⁹.

⁶ PETIT, P., *La paz romana*, Barcelona, 1976 (traducción por J. J. Faci, de la obra original *La paix romaine*), pp. 173-174 y el mismo en recensión a ECK, W., (*Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*) cit.

⁷ NICOLET, C., *Storia di Roma*, Vol. IV, cit., p. 474.

⁸ PETIT, P., *La paz romana*, cit., pp. 49 y 75.

⁹ *The Oxford Classical Dictionary*, s. v. "Roads, roman roads", Oxford, 1970.

4. CONSTRUCCIÓN DE BIENES PÚBLICOS

En opinión de Serrigny, en la República se necesitaba de un plebiscito para crear una vía –del tipo calzada o similar, con una cierta envergadura–, por ser el pueblo el soberano. De Ruggiero¹⁰ simplifica más el procedimiento, poniendo de relieve que bastaría con la decisión del cónsul y, posteriormente, del censor.

Durante el Imperio el panorama cambia siendo el princeps quien en última instancia decide al respecto (*quod principi placuit, legis habet vigorem*). En el supuesto de no respetarse la voluntad imperial, o de que la decisión no derivara del mismo, las obras indebidamente comenzadas debían terminarse a expensas de ese órgano o persona que adoptó tal disposición. El Senado también podría adoptar una resolución creadora (obras senatoriales).

Había otro arquetipo de obras que no necesitaban de un decreto imperial, aquéllas en las que los trabajos para llevarlas a cabo se ejecutaban sin que el Estado tuviera que correr con los gastos. En todo caso, pensamos en relación a estas últimas que nunca se verían libres de someterse en algún momento a la opinión del princeps.

En relación a las vías vecinales, bastaba con un decreto de la curia para establecerlas pues quedaban bajo el cargo de los municipios o ciudades¹¹.

5. PROCEDENCIA DE LAS INVERSIONES

Debieron concurrir diferencias notables en cuanto a la forma de soportar los gastos y costes a la hora de construir una vía pública, dependiendo de si se tratase de una gran calzada – *viae regales* o *consulares*–, o bien de caminos y calles de menor envergadura, o de vías vecinales, que como se sabe, eran susceptibles de estar sujetas a un uso público. Por tanto, y como primera premisa de la que partiremos, existe un régimen diferente aplicado en tema de financiación a la construcción de las vías públicas según la vía de la que se hable¹².

¹⁰ DE RUGGIERO, *Lo Stato e le opere pubbliche in Roma antica*, Torino, 1925, caps. I-II.

¹¹ SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, Paris, 1862, T. I, pp. 445-446. Recuerde-se el pasaje de *SICULO FLACCO*, de *condic. agr.*, 146. 1 (Lachmann): *Viarum omnium non est una et eadem conditio. Nam sunt viae publicae regalesque, quae publice muniuntur, et auctorum nomina optinent: nam et curatores accipiunt, et per redemptores muniuntur. Et in quarundam tutelam a possessoribus per tempora summa certa exigitur. Vicinales autem viae de publicis quae devertuntur in agros, et saepe ipsae ad alteras publicas perveniunt, aliter muniuntur per pagos, id est per magistris pagorum, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt; aut, ut comperimus, unicuique possessori per singulos agros certa spatia assignantur, quae suis inpensis tuantur.*

¹² Puede consultarse algunas obras como las siguientes en orden a la clasificación vial en el mundo romano: ALBURQUERQUE, JM. *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinera, viae, flumina, ripae)*, Dykinson, 2002; CAPITANI, G-GARELLI DELLA MOREA, G. E., s. v. “*Strade ordinarie*” en *Il Digesto italiano*, Torino, 1928, Vol. XXII, P. 2ª, pp. 641-869 (para el Derecho romano pp. 651-658); CHEVALLIER, R., *Les voies romaines*, Paris, 1997; FRANCHINI, F., s. v. “*Strade pubbliche, private e vicinali*”, en *NDI*, T. XII, 1940, p. 1ª, pp. 910-917; HOMO, L., *Rome*

En relación a este interesante tema, Serrigny¹³ en el siglo XIX diferenció el pago y construcción según se tratase de grandes arterias o vías vecinales:

A) Vías regias o militares: Construidas generalmente a expensas del tesoro público; la ejecución de la construcción en sí era encomendada normalmente a contratistas públicos que debían prestar garantía (eran responsables) por un período de quince años desde el momento de la conclusión de la obra¹⁴.

C. I., 8. 12. 8 (de operibus publicis): Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum, vel pecunia ad exstructionem solito more credita, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur, obnoxii ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitutum tempus provenierit, de eorum patrimonio (exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti) reformetur¹⁵.

Sic. Flacc., de cond. agr., 146. 1 (Lachmann): Viarum omnium non est una et eadem conditio. Nam sunt viae publicae regalesque, quae publice muniuntur, et auctorum nomina optinent: nam et curatores accipiunt, et per redemptores muniuntur. Et in quarundam tutelam a possessoribus per tempora summa certa exigitur. Vicinales autem viae de publicis quae devertuntur in agros, et saepe ipsae ad alteras publicas perveniunt, aliter muniuntur per pagos, id est per magistros pagorum, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt; aut, ut comperimus, unicuique possessori per singulos agros certa spatia assignantur, quae suis impensis tuantur¹⁶.

En el siglo IV, en Roma y Constantinopla podía ordenar ejecutar la obra pública el magistrado principal, es decir, el prefecto de la ciudad; en las provincias caía dentro de las atribuciones de los gobernadores -iudices-. Si los trabajos eran desempeñados por soldados, entonces eran los generales -duces rei militaris- los que debían proceder a dar la orden, principalmente en las fronteras. En fases anteriores conocerían de estos actos los censores, como ya se ha recordado antes. Las obras antiguas podían los magistrados repararlas o mantenerlas sin necesidad de una autorización especial¹⁷.

impériale et l'urbanisme dans l'antiquité, Paris, 1971; MORRONE, M. T., s. v. "Strade" (D. Romano), en NNDI, T. XVIII, Torino, 1971, pp. 469-473; PALMA, A., "Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato", en A. N. R. W. II, Walter de Gruyter-Berlin-New York 1982; RADKE, G., "Viae publicae romanae", en PW. Real Encyclopädie, Supplementband XIII, 1973, pp. 1417-1686; ZOZ, M. G., Riflessioni in tema di Res Publicae, 1999.

¹³ SERRIGNY, D., Droit public et administratif romain, cit. T. I, pp. 438 y ss.

¹⁴ Recuérdese en este lugar las opciones estudiadas en otro trabajo (PONTE, V., "Los agentes constructores de las vías romanas de carácter público. El recurso a la locatio-conductio para adjudicar los trabajos de alzamiento", en RGDR, n° 2 -Iustel, 2004-) en relación a la mano de obra empleada y la contratación a la que se recurría. La responsabilidad se transmitía a sus herederos y también afectaba a los curatores operum.

¹⁵ Es recomendable echar un vistazo a C. Th. I. 24, de operib. public.

¹⁶ Interesa de este fragmento la afirmación del geómetra acerca de la construcción pública de vías y caminos con ese carácter.

¹⁷ Cfr. SERRIGNY, D., Droit public et administratif romain, T. II, cit., p. 236. Quedaba total-

En cuanto a su mantenimiento -acto posterior a la creación y existencia de la vía-, SERRIGNY responde sumándose a la opinión de Bergier señalando que los trabajos de reparación de esta clase de arterias procederían de las labores e imposiciones locales, y no como podría creerse de los fondos públicos. Las noticias del Código de Justiniano (10. 25. 2, de immunitate nemini concedenda) respaldan esta suposición:

Per Bythiniam caeterasque provincias possessores in reparatione publici aggeris, et ceteris eiusmodi muneribus, pro iugerum numero, vel capitum, quae possidere noscuntur, adstringi cogantur.

A tenor de estos renglones, se infiere que en las provincias queden obligados los poseedores a la reparación de las calzadas públicas y a demás cargas de esta naturaleza.

El hecho de que la imposición fiscal fuera idéntica para todas las vías es negado por ECK al interpretar que de la expresión del agrimensor Sículo Flacco "in quarundam tutelam a possessoribus per tempora summa certa exigitur" resulta, sin lugar a duda, que no existía para todas las viae publicae la obligación de contribuir por parte de los propietarios de tierras sino sólo de una parte de los mismos; ante este estado, resulta imposible conocer qué arterias quedaban financiadas por estos sujetos y cuáles no. En cuanto al término "tutela", el mismo no nos aclara si son gastos debidos en nuevas construcciones o en reparaciones solamente¹⁸.

B) Vías vecinales: Construidas gracias a las faenas y cargas de los vecinos particulares. Por supuesto, su mantenimiento se realizaría gracias a los trabajos y tareas impuestas a nivel local¹⁹. Quizá ocasionalmente también se procedió al arrendamiento de servicios para ambas actividades.

mente prohibido que figurara el nombre del gobernador en los monumentos públicos (suponemos que también sobre los miliarios en sede vial) en lugar de la identificación del emperador; era esto un caso de lesa majestad.

¹⁸ ECK, W., Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit, cit., p. 76. Es de destacar que entre las vías públicas el autor no inserta las viae vecinales debido a que argumenta que la viae munitio no debe referirse necesariamente a una vía pública sino probablemente a las vías vecinales. Vid. D. 7. 1. 27. 3 (Ulp., 18 ad Sabinum).

¹⁹ Vid. CAPITANI-GARELLI DELLA MOREA, s. v. "Strade ordinarie", en Il Digesto italiano, Torino, 1928, Vol. XXII, P. 2ª, pp. 641-869 (para el Derecho romano pp. 651-658), p. 654: Las vías vecinales eran construidas y mantenidas a expensas de la ciudad y de las aldeas mismas, con el concurso de las aportaciones de los vecinos. Para las de carácter público, en un principio, los trabajos eran ordenados por los plebiscitos; más tarde correspondió al Senado votar los gastos necesarios para la construcción de las calzadas. No resulta nada fácil aclarar el régimen jurídico empleado para tutelar las vías vecinales, idea ya alzada por CAPOGROSSI COLOGNESI (Recensión a CORBINO, A., Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù, I, Milano, 1981, en BIDR, terza serie, Vol. XXIV (dell'intera collezione Vol. LXXXV), Milano, 1982 -pp. 321-332-, p. 330): "in verità lungo tutta l'età imperiale e forse ancora prima la materia delle viae vicinales, dei limites e più in generale di tutta la viabilità agraria fu tra le più complesse e intricate e non solo dal punto di vista strettamente giuridico".

Impallomeni, en lo que respecta a la munitio, acude a una división de vías más detallada y, siguiendo su exposición, encontramos:

-Vías consulares: generalmente de la mano de curatores que se valen de la obra de redemptores o contratistas, procediendo a la imposición de contribuciones sobre los propietarios ribereños o, más generalizadamente, sobre las áreas favorecidas (Sic. Flacc., de cond agr., 146. 2 ss. (Lachmann): *Nam sunt viae publicae, [regales,] quae publice muniuntur [...] et in quarundam tutelam a possessoribus per tempora summa certa exigitur*).

-Otras vías públicas: directamente los mismos propietarios privados gravados; así, los dueños de casas que dan a las vías urbanas (D.43.10.1.3) o los mayores beneficiarios de las vías rústicas. Probablemente, los magistrados encargados de la vigilancia subdividían en tramos entre los varios obligados, como viene expresamente señalado para las vecinales por obra de los magistrati pagorum (Sic. Flacc. de cond agr. 146, 6 ss. (Lachmann): *Vicinales autem [viae] [...] aliter muniuntur, per pagos, id est per magistratos pagorum, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt*).

-Vías privadas pero sujetas a paso público, no vecinales: parece que no se imponía a nadie en concreto su mantenimiento y operaría también aquí el principio -más del área privada- de que quien tiene el interés y la facultad de tránsito lleva implícita la facultad de restaurar y mantener la vía transitable por su propia iniciativa y expensas²⁰.

-Vías privadas y comunes: Si alguno hubiera ejecutado algún tipo de obra para su cuidado, previo acuerdo asociativo entre ellos, procedería la actio pro socio para conseguir el resarcimiento. Incluso sería aplicable en opinión de Impallomeni el ejercicio de la actio negotiorum gestorum si la obra se demuestra útil y el gasto queda/se refleja proporcionalmente contenido. Pero si alguno no tiene tal derecho o facultad para servirse de la calle, podrían tener lugar las características acciones privadas reipersecutorias o penales para la tutela de la propiedad y los interdictos para tutelar la posesión²¹.

Por lo que hemos visto hasta ahora, en el Imperio romano los trabajos públicos se sufragaban en parte con la contribución del Estado y en parte con el desembolso de las ciudades y los habitantes de las provincias²². La tercera parte de los ingresos de las ciudades era afectada a obras públicas y si aquéllos no eran suficientes se recurría a otras medidas -tituli-. En caso de ser aún insuficientes sus medios, las ciudades de gran importancia, las clariores, podían obligar a otras de menor importancia o relevancia, las minores, a auxiliarlas en este campo²³.

²⁰ Vid. IMPALLOMENI, G., "In tema di strade vicinali", en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, -pp. 541-560-, p. 546, nt. 26.

²¹ Vid. IMPALLOMENI, G., op. cit., p. 546, que añade en este caso "[...] a prescindere dalla repressione criminale ove ricorressero gli estremi di un reato".

²² ECK, W., *Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, cit., p. 35, recuerda el caso de los propietarios de terrenos adyacentes a la vía Appia, que asumieron una parte de los costes de su renovación.

²³ SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, T. II, cit., p. 228.

Una solución más a la que acudieron las autoridades romanas, que además economizaba los grandes gastos que conllevaba crear y mantener una vía pública, fue buscar la mano de obra de los condenados in opus publicum.

6. LA INCIDENCIA DEL FOMENTO EN SUS BENEFICIARIOS

En Roma convivían, costumbres y comportamientos diversos en orden a evitar las cargas y deberes que conllevaba el establecimiento y la presencia de un lugar público como lo eran las vías. Conductas toleradas e incluso consagradas por el poder central. Piénsese, a modo de ejemplo, en la admisión general de que los bienes de los personajes encuadrados dentro de la clase de los ilustres estaban exentos de soportar la obligación que consistía en el mantenimiento de los caminos públicos.

C. Th. 15. 3. 2 (de itin. muniendo): In muniendis viis iustissimum aequitatis cursum reliquit auctoritas. Singuli enim loca debent quaeque sortiri, ut sibi consulant vel neglegentia vel labore. Igitur eos loca iuxta morem priscum delegata curare oportebit.

Pero el estar dentro de estos grupos privilegiados no sólo era cuestión de pertenecer a determinada clase o posición sino de, simplemente, gozar del favor del gobierno. Además de los ilustres ya mencionados, encontramos a los altos dignatarios, senadores, consejeros y secretarios de Estado –notarii-, empleados de palacio –palatini, la Iglesia, los abastecedores de carne de cerdo a la ciudad de Roma, etc.²⁴.

Con el objetivo de erradicar estos abusos, unas veces mayores que otras, se establecen reglas generales y disposiciones para suprimir las inmunidades, incluida la Iglesia²⁵.

La ausencia en las leyes de elementos²⁶ que determinen las categorías de personas sujetas u obligadas, así como del número de días o jornadas de trabajo [...] sugiere que existiría una regulación muy variada, influenciada por los usos locales y abandonada al poder discrecional de los gobernadores y de las ciudades, como también ocurre con otras materias diferentes. Estas circunstancias se explican imaginando un régimen en el que el emperador legislador no entraba en “detalles” de este tipo pues no tendrían importancia y, según este punto de vista, no creería necesario ofrecer unas garantías mínimas contra los abusos de poder posibles de sus subordinados u oficiales delegados.

²⁴ Vid. para todos ellos y otros SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, T. II, cit., pp. 221-222.

²⁵ C. I. I. 2. 7 (de Sacrosanct. Eccles.): Ad instructionem itinerum pontiumque etiam domos et venerabiles ecclesias tam laudabili titulo libenter adscribimus. Vid. asimismo D. 50. 4. 12 (lav., 6 ex Cassio), de muneribus ac honoribus.

²⁶ Hablamos con carácter general porque se conocen reglamentos muy específicos y locales que, en su caso, sí prescriben las jornadas y condiciones de los obligados; ejemplos son la Lex Coloniae Genitivae Iuliae o la Lex Flavia municipalis, entre otros.

En resumen, acudir al impuesto directo²⁷ fue una de las más eficaces formas de financiación de vías en Roma, ya mediante recaudación pecuniaria, ya a través de exigencia de faenas. Otro tipo de recaudación a través del pago lo representaba los derechos de peaje, designados bajo el nombre de portorium. La palabra vectigal (de vehendo) fue tomada a menudo para referirse a este tipo de impuestos²⁸. Venían establecidos sobre el paso de puentes y de caminos. Séneca habla de los mismos.

Séneca, de constant. sapient., 14: Cogitans et in pontibus quibusdam vectigal pro transitu dari²⁹.

Los portitores o telonarii eran los encargados del cobro en cada uno de esos puntos.

Una última consideración a tener presente: A veces, simples particulares o personas de dignidad y rango elevados eran contribuyentes voluntarios. Buscaban con estas conductas darse en mayor consideración; este comportamiento se dio especialmente durante la República. Y, en segundo lugar, las multas, aunque en general ingresaban en el tesoro público, dependiendo del tipo de conducta que castigaran podían ser afectadas al pago de trabajos públicos³⁰.

El fomento, en nuestros días, adopta múltiples variedades. Existe un doble criterio clarificador en torno al mismo:

1. Por la forma de actuar sobre la voluntad de los sujetos fomentados los medios de fomento son:

²⁷ Se entiende por impuesto directo aquél por el cual el Estado se dirige directamente contra los contribuyentes a fin de reclamarle una parte de sus ingresos o de su capital, o bien una prestación, o un servicio cualquiera. Definición que nos aporta SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, T. II, cit., p. 71. "La plupart de ces mots, comme vectigal (qui vient du verbe vehere), annona et functio, supossent, au moins à l'origine, que les împôts consistaient dans des prestations en nature". La idea que actualmente se expresa con los términos "impuesto" o "contribución", era designada por los romanos con los términos tributum, stipendium, vectigal, canon, annona, functio, functio publica. Vid. BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel, "Principios básicos de justicia tributaria en la fiscalidad romana", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 1998, pp. 54 y ss.

²⁸ Los derechos a aduana también se denominan portoria o telonia; se pagaban a la llegada de mercancías a los puertos, de ahí el nombre de portorium. Se sabe que en tiempos republicanos ya se aplicaban. Cfr. ECK, W., *Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, München, 1979, p. 24 en donde el autor da un ejemplo de la decisión de un emperador -Antonino Pío- de establecer la aplicación de un vectigal sobre las calles. ECK, W., *Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, cit., p. 78 indica que de este tipo de impuestos no existen indicaciones en Italia por lo que resulta realmente incierta su aplicación en la península.

²⁹ El libro del Digesto dedicado a las donaciones. (24. 1. 21, de donat. inter viv.: Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere praestari solet, solvisset) también aporta pruebas de estos derechos.

³⁰ SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, T. II, cit., p. 234.

a) Positivos, que otorgan prestaciones, bienes o ventajas.
b) Negativos, que implican obstáculos o cargas creadas para dificultar indirectamente aquellas actividades contrarias a las que la Administración quiere fomentar.

2. Por el tipo de ventajas que encierran los medios de fomento son:

a) Honoríficos. Su fundamento se encuentra en el sentimiento de honor y la natural tendencia humana hacia la diferenciación y destrucción. Su concesión estimulada por vía de invitación al ejercicio de aquellas actividades que el Estado considera premiables por razones de interés público.

En la actualidad, aunque se haga uso de este tipo de medios, han perdido su eficacia dada la nueva conciencia social de los hombres. Se suelen clasificar en títulos y recompensas, como lo son a modo de ejemplo los títulos nobiliarios y las condecoraciones y admisiones en una orden o colectividad determinada.

El régimen jurídico, aunque complejo, arroja las siguientes características:

- El acto de concesión suele ser discrecional.
- El beneficiario adquiere no sólo derechos, sino también determinadas obligaciones.

b) Económicos. Pueden ser de carácter real o financiero, y estas últimas directas e indirectas.

- Real: pueden consistir en el uso o aprovechamiento de una cosa de dominio público o de propiedad administrativa o en la utilización gratuita de servicios técnicos de la Administración.

- Financiero: distinguiéndose en directas e indirectas.

Indirectas: consisten en exenciones de alguna obligación de carácter fiscal. Conociendo nuestro Derecho las siguientes formas concretas: las exenciones fiscales, las desgravaciones fiscales, las admisiones temporales.

Directas: consisten en desembolsos efectivos de dinero del erario público a favor de los fomentados. Sus especies son: los anticipos, premios y primas, subsidios y subvenciones, entre otros.

c) Jurídicos. Se distinguen normalmente dos tipos:

1. Privilegios: consisten en la utilización por la Administración de sus poderes exorbitantes en beneficio de los titulares de la actividad fomentada.

2. Dispensas: supone la concesión directa de las mismas a los particulares frente a leyes y reglamentaciones de carácter prohibitivo.

THE PRINCIPLE “EA QUAE INITIO RECTE CONSTITERUNT, RESOLVUNTUR, CUM IN EUM CASUM RECCIDERUNT, A QUO NON POTUISSENT CONSISTERE”: A BRIEF REFLECTION ON THE BASIS OF THE EXTINGTIVE EFFECT OF THE CONFUSION OF OBLIGATIONS ¹

Carmen Jiménez Salcedo²,
University of Córdoba

Abstract: The doctrine wanted to find the original reason for the extinction effect of confusion on the principle of the old *lus Civile* “*ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum recciderunt, a quo non potuisent consistere (incipere)*” or what is the same “a right is extinguished when it reaches a state in which it could not have taken place”. This thesis is based mainly on the express reference that the sources make in cases of confusion to this rule, in the perfect response or correSpondence of this rule with the different types of confusion and in the formal and civil law character that is attributed to the confusion. However, we believe that the fact that the principle that inspires confusion is a formal and ancient principle does not necessarily imply that it is based precisely on the rule.

Keywords: Obligation’s Extinction, Extingtive Consequence of the Confusion, Foundations of Confusión, Roman Legal Sources

¹ This work has been covered by Project of excellence I+D “Administrative and environmental experience Rome. Public goods, environment and salubritas and urbanism. Crimes for illicit activity of the magistrates”. Ref: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER). Principal investigators: Prof. Dr. Juan Miguel Alburquerque y Carmen Jiménez Salcedo. A sample of works published about this project are: Alburquerque, JM. “The idea of *ius, aequitas* and *diustitia* would be associated with the idea of the useful and the convenient: common utility”. (English language). *Ius Romanum* 2/2018 (*Ius/Humanitas*) pp. 1-21. (<http://iusromanum.eu/>). ISSN 2367-7007; Id. “Provisions or rules of the roman administration in defense of natural resources, *res publicae* and the environment”, *Ius Romanum* 1/2018, pp. 62-81 <http://iusromanum.eu/es/periodicum/numeri>. ISSN 2367-7007. (Título y resumen en Búlgaro y artículo completo en Inglés): Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке. „Разпоредби или правила на римската администрация за защита на природните ресурси, публичното имущество и околната среда”; Id. “Algunos fundamentos y convergencias de la experiencia administrativa romana sobre el medio ambiente, los recursos naturales y *res publicae*”, *Glossae. European Journal of legal History* 14/ 2017, pp. 27-53 (<http://www.glossae.eu>); Id. “Reconocimiento pretorio y jurisprudencial de la función social de los bienes destinados al uso público -*res publicae* in publico usu-”. RDDA, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, 2017, pp. 141-161. (<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4833>) ISSN: 245-2946; Id. “Effects of *iuslatii* on the roman Betic” (English language). *Ius Romanum* 2/2017 (*Univer-sumiurisromani*), pp. 6-12. (<http://iusromanum.eu/>). ISSN: 2367-7007.

ПРИНЦИПЪТ
„EA QVAE INITIO RECTE CONSTITERUNT,
RESOLVUNTUR, CUM IN EUM CASUM RECCIDERUNT,
A QUO NON POTUISSENT CONSISTERE“:
КРАТКИ РАЗМИСЛИ ВЪРХУ СЛИВАНЕТО
КАТО СПОСОБ ЗА ПОГАСЯВАНЕ НА ЗАДЪЛЖЕНИЯ

Carmen Jiménez Salcedo,
University of Córdoba

Резюме: Доктрината търси основанието за погасителното действие на сливането в принципа на старото гражданско право „ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum recciderunt, a quo non potuissent consistere (incipere)“, съответно интерпретиран като „едно право престава да съществува, когато достигне състояние, в което не може да продължи да съществува“. Това твърдение намира своето основание главно в изричните позовавания, които източниците правят на това правило в случаите на сливане на кредитор и длъжник. Налице е пълно съответствие между правилото и различните видове сливане, както и със законовия и гражданскоправен характер, който се придава на сливането. Според нас обаче фактът, че принципът, вдъхновил сливането, е законово признат стар принцип, не означава задължително, че сливането е основано именно и единствено на това правило.

Id. “La prestación de alimentos en Derecho Romano”, *IusRomanum* 1/2017 (Familia), pp. 1-16, <http://iusromanum.eu/>(Resumen y artículo completo en Búlgaro). ISSN: 2367-7007.

Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке. „Задължението за издръжка в Римското право по отношение на възходящи и низходящи роднини“;

Id. “Negocio jurídico: Introducción, revisión científica y doctrinal. Especial referencia a Emilio Betti. *IusRomanum* 1/2016(Commercium). <http://iusromanum.eu/i/2016-ommercium> (Resumen en castellano y artículo completo en Búlgaro) ISSN: 2367-7007: Проф. д-р

Хуан Мигел Албуркерке „Правната сделка: въведение, научен и теоретичен преглед със специална препратка към съчиненията на Emilio Betti“; Id. “Reflections on Iritan-

nalurisdictio”, *IusRomanum*, 2/2015 (Iurisdictio), pp. 1-21, (<http://iusromanum.eu/>). ISSN: 2367-7007. (Resumen en Inglés y artículo en Búlgaro): Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке,

„Размисли относно iurisdictio imitana“. Ponte Arrebola, V. “El significado de las legiones en la creación del imperio romano. La figura del legionario en la vida militar y su aportación al ámbito público civil”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 711-773

(available at <http://www.glossae.eu>); Id. “Ingeniería romana, obras públicas e importancia de las cosas públicas en derecho romano?”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n. °

17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 111-139.; RUIZ PINO,

Ключови думи: погасяване на задължението, погасително действие на сливането, основание на сливането, римскоправни източници

S., "Influencia del Derecho de familia romano en nuestro ordenamiento jurídico: particularidades procesales de la adrogatio romana", en Libro homenaje a D. José María Castán Vázquez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2018.; Id. "Some formal questions about roman adoption", en *IusRomanum*, Revista de Derecho de la Universidad St. Kliment Ohridski, Sofia (Bulgaria), 1-2017, págs 1-22.; Jiménez Salcedo, C., "El abuso de derecho: creación dogmática moderna con origen en el derecho romano". *Revista General de Derecho Romano*, nº. 28, Julio 2017. "Perspectivas en torno al medioambiente urbano: especial referencia a las ruinas de edificios, incendios, basuras, inmisiones, etc." *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, num. 14, 2017. Págs. 367-397. - "Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en derecho romano" Dykinson. 2017; ISBN. - 978-84-9148-479-0; "Initiatives of the roman administration and urban environment". en *Revista Digital. Ius Romanum 2017*. "First Formulation of the Theory of Normal Use: Spangenberg and its Roman Theory of the Inmision. The Most Advanced Vision of Igering and Its New Inmision Concept". *IusRomanum 2/ 2018*. M. Novkirishka, "la Superficies nel diritto pubblico romano". - *Annuario della Nuova Università Bulgara 2017* p. 30-54.

² Academic Correspondent of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation Spain, e-mail: fd1jsam@uco.es

1. About the extinction effect of confusion and its foundations

Pomponio in D.46, 3, 107 (Lib. 2 Enchiridii) defines us the confusion of obligations affirming that “[...] obligatio [...] resolvitur [...] cum in eadem personam ius stipulantis promittentisque devenit”. In the same way, our Spanish Civil Code is stated in article 1192³: “The obligation will be extinguished since the concepts of creditor and debtor meet in the same person. That is, it is essential for an obligation to subsist that the conditions of passive and active subject are represented by different people, we can affirm with total certainty that if this duality disappears, the obligation is obviously extinguished.

It usually happens that the meeting of the debtor and creditor qualities in the same person takes place as a consequence of the hereditary succession; although in Rome the confusion of the obligation was possible also without the succession when for example, the servant who after having committed a crime against someone other than his employer, happened to be in the power of this person. The noxal action that belongs to him disappeared according to the doctrine of the Sabinians because in the same person the qualities of plaintiff and defendant are confused”.⁴

In any case, what is clear is that the extinctive consequence of the confusion has its origin in the concept of impossibility, a logical-legal impossibility of subsistence of the obligatory relationship conceived in this way. We cannot forget that Roman obligations historically arise as exclusively personal relationships and continued to be so although they later acquired a preferential patrimonial content. The fact that in the same person the antithetical qualities of the passive and active subject of the obligation are based, produces the immediate consequence of the disappearance of its fundamental presupposition, that is, the distinction of the subjective elements, making it impossible to carry out the benefit. That is, the effects produced by the confusion depend

³ In the Mexican Civil Code, the definition of confusion of rights is included in article 2206: “Confusion is extinguished by confusion when the qualities of creditor and debtor meet in the same person. The obligation is reborn if the confusion ceases”.

⁴ Cfr. Gayo 4, 78. Vid. SOLAZZI, voz. Confusione nelle Obligazioni (Diritto Romano), NNDI, Vol. IV, pág. 77.

on the impossibility of permanence of the mandatory relationship.⁵ This presupposes the existence of two opposing subjective situations: the active and passive situation of the creditor and debtor respectively. If both situations are united in the same subject, the relationship is extinguished by impossibility, because a unipersonal legal relationship is not conceived.

That this is so, it follows indirectly from the words of Gayo, when in its Institutions 2, 245, it affirms that "Ex diverso constat ab eo, qui in potestate tua est, herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, euanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis". That is, it is clear that the one who is under the power, if he is instituted heir, can legally be in favour of his paterfamilias, but if he becomes heir by his mediation, the legacy is invalidated, because nobody can be a bequest to itself. In the legacy per damnationem in favour of an heir, it acquires after the death of the testator a right of credit towards the hereditary estate. With the acceptance of the inheritance, he would thus become the debtor of himself from the quota of the prelegado who is in charge of him; With this situation, the credit is extinguished because it is not possible for someone to owe it to himself. It is true that in this text we are not facing a true case of confusion, because the paterfamilias (prelegator) does not become creditor of the legacy that has been attributed to him or can become a debtor of himself if the heir instituted is still subject to his power at the time of hereditary acceptance;⁶ but as in this case, the meeting of the conditions of creditor and debtor in the same person would prevent the birth of the credit by impossibility "qui ipse tibi legatum debere non possis", the same meeting occurring later, would extinguish the credit for the same reason of impossibility.⁷

However, it has been made clear by the doctrine, among which the opinion of Cugia emphasizes that this impossibility has a relative value, in that in the obligatory relationship another fundamental element must be considered that is none other than the economic interest of the subjects of the relationship terminated in the effective fulfilment of the benefit. Moreover, third parties may appear outside of the mandatory link who have an interest in the credit or it may even happen that the creditor himself may have an interest in front of third parties. For example, it happens in the case of confusion between credit and guarantee and confusion in solidarity obligations. In the opinion of this author, it is precisely the idea of the lack of economic interest in the provision rather than the logical-legal impossibility, where the reason that justifies the extinction of the obligatory relationship can be found, because "interest is the most vital

⁵ LONGO, "Diritto delle obbligazioni" Turín 1950, pág. 269. Vid. También en el mismo sentido, FERRINI, "Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici", en A. G. vol. 66, pág. 224; CRIFÒ, voz "Confusione" (Diritto Romano) en Enciclopedia del Diritto, vol. 8, 1961, pág. 1046; KIESS, P., "Die Confusio im Klassischen Römischen Recht", Berlín 1995, pág. 60; HINKER, H., "Recensión a KIESS "Die confusio...", en ZS, vol. 115 (1998), págs. 559 y ss.

⁶ CICU, A., "Estinzioni di rapporti giuridici per confusione", Sassari 1908, pág. 18.

⁷ Cfr. SOLAZZI, "L'estinzioni dell'obbligazione nel Diritto Romano", vol. I, Nápoles 1935, pág. 283.

element" of the law and its protection is the most important concern for Roman jurists who will resort to any measure that can eliminate the injurious consequences for the interest produced by purely logical-legal reasons".⁸

In our opinion, it is obvious that in all obligational links there is an economic interest on the part of the interested parties that is satisfied once the debtor has actually performed the benefit. What happens is that when the debtor and the creditor get confused, their interest disappears for obvious reasons (after the confusion is verified, the object of the benefit becomes part of the creditor's estate) at the same time that the material impossibility occurs and legal that the same person becomes indebted to itself. Another question is to know what legal and economic consequences can bring confusion to the debtor or creditor and to third parties unrelated to this phenomenon but directly or indirectly involved in the mandatory relationship (debtors or joint creditors, guarantors, etc.).⁹

2. Roman legal sources that refer to the application of the principle "*ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere*".

The doctrine¹⁰ also wanted to find the original reason for the extinction effect of the confusion in the beginning of the old *Ius Civile* "*ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere (incipere)*" or what is the same "a right is extinguished when it reaches a state in which it could not have taken place". This thesis is based mainly on the express reference that the sources make in cases of confusion to said rule,¹¹ in the perfect response or correspondence of the same with the different types of confusion and in the formal and civil law character which is attributed to this institution.¹² Although, according to Solazzi,¹³ to whose words we adhere, that the principle that inspires confusion is a formal and ancient principle does not necessarily imply that it is based precisely on the rule "*ea quae initio [...]*".

⁸ CUGIA, "La confusione dell'obbligazione con cenni al nuovo codice civile" Corso di Diritto Romano tenuto nella R. Università di Firenze. Padova, 1943, págs. 17 y ss.

⁹ The answer is different in each of the cases in which you can verify the confusion in whose study I am currently working.

¹⁰ Especially KRETSCHMAR, "Die Theorie der Konfusion. Ein Beitrag zur Lehre von der Aufhebung der Rechte" Leipzig 1899, cit., pág. 11; Cfr. Al respecto también, CUGIA, op. cit., págs. 21 y ss.; SOLAZZI "L'estinzioni dell'obbligazioni", cit., págs. 278 y ss.; CICU, Estinzione di rapporti giuridici per confusione", cit., págs. 9 y ss.; FADDA, "Concetti fondamentali del diritto ereditario romano", vol. II, Milán 1949, págs. 312 y ss.; KIESS, "Die confusio...", cit., págs. 186 y ss.

¹¹ Cfr. D. 45, 1, 98, pr. (Marcellus lib. 20 Digestorum); D. 5, 1, 11 (Ulpianus lib. 12 ad Ed.); D. 8, 1, 11 (Modestinus lib. 6 Different); D. 9, 2, 6 (Marcianus Lib. 4 Regul.); D. 34, 8, 3, 2 (Marcianus Lib. 11 Inst.); D. 45, 1, 140, 2 (Paulus lib. 3 ad Nerat.); D. 46, 1, 71, pr. (Paulus 4 quaest.); Inst. 2, 20, 14; Gayo 4, 78.

¹² An explicit testimony of the civil nature of the confusion is found in the text of POMPONIO D. 46, 3, 107 (Lib. 2 Enchiridii).

¹³ SOLAZZI, op. cit. pág. 279.

On the other hand, when examining the sources that deal with confusion, we soon notice that the texts that point to this principle are very few. Of them, especially interesting is the fragment 4. 78 of the Gaius institutions in which the jurist refers to this legal axiom: "Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est, obligatio nasci potest. Ideoque etsi in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo cuius nunc in potestate est agi potest. Unde quaeritur, si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse coeperit, potestate, utrum intercidat actio an quiescat. Nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuerit, ideoque licet exierit de mea potestate, agere me non posse. Diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc ea resuscitari".

Gaius considers an assumption of extinction of noxal action, the one in which the alien slave or the sui iuris son commit a crime against a person under whose authority they fall afterwards. In that case, there is a confusion because the actor and the defendant would be the same person under whose power he was the author of the crime - we recall that the actio noxalis entails the obligation on the part of the person who has the power over which he has committed a crime against a third party, to assume the passive legitimacy, unless it appeals to the deduction. Specifically, Gaius intends to affirm the legal impossibility of the subsistence of the act of noxalis in these cases, although the argument between Sabinians and Proculyanos poses on the consequences of such extinction. The Sabinians held the opinion that the act of noxalis would be extinct definitively-quia in eum casum deducta sit in quo ab initio consistere non potuerit-because he has entered a situation where he cannot survive. That is to say, the Sabinians reconstructed the irrevocable extinction of the action to the rule "ea quae initio [...]", while the Proculyans denied that the action was extinguished by the fact that the offender went to the power of the offender. According to the opinion of these jurists, in such a circumstance, what was produced was a simple impediment for the exercise of the action that remains in suspense -quia ipse mecum agere non possum- but it rises so soon that the offender resigns the victim's power again. The dispute between the two schools helps us to understand why the Romans did not see in the exhaustive effect of confusion a requirement of the natural ratio, and if there was a reason for civil law.¹⁴ In words of Solazzi, "although it is a natural reason that the subjects are confused, the obligation cannot be sustained, it is not the fact that the obligation is extinguished definitively, because the impediment could disappear without any reason for the obligation to be effective. It seems, therefore, that the Proculyans defended a norm of natural law, while the Sabinians held a rule of civil law".¹⁵

¹⁴ Cfr. D. 46, 3, 107 (Pomponius Lib. 2 Enchiridii).

¹⁵ SOLAZZI, op. cit. pág. 282.

Of all this, without entering the two opinions, although in our judgment the criterion of the Sabinians is more convincing,¹⁶ we can conclude that the fact that they resort to the rule in question to justify the extinguishment of the action by confusion is not sufficient proof to maintain that the Romans have built solely and exclusively its concept of confusion.¹⁷

In **D.5, 1, 11 ULPIANO** he gives **MARCELO** the mention of the rule set forth to defend the termination of the procedural relationship between demanding and abrogated when the trial has begun, the claim occurs.¹⁸ However, it would be possible to affirm that the remit that the jurist does to that rule, in this case, is not necessary, as we could deduce from another fragment of **PAULO (D.47, 2, 16 Lib. 7 ad Sabinum)** the trial with the claim is prohibited not by a principle or provision of the law, but by natural impossibility.¹⁹

Also related to the procedural relationship the rule appears “*ea quae initio [...]*” at least implicitly in other texts like **D.47, 2, 64 (66) (Neratius Lib. 1 Membranarum)** in which the case is raised that a slave legado per vindicationem has committed aft against the heir before the acceptance of the inheritance. In these circumstances, the jurist affirms that if the legatee accepts the legacy, the heir can exercise the *actio furti noxalis*. If the legatee has noticed that the slave was never of his property since the things that were bequested by per vindicationem passed directly from the one who sent them to whom they were legated. However, Nerazio stresses that if the slave had been at some time from whom he had suffered the *furtum*, the action was extinguished so that even if he had not been alienated later, he could have exercised.

¹⁶ The reason why the Sabinians choose this solution could be the following: if the injured party alienates the slave, he receives the full price of the sale in which the compensation for the crime committed is not taken into account. If after the sale exercised an *actio noxalis* against the purchaser, the latter could oppose an *exceptio doli mali*: the seller cannot demand from the purchaser the full price on the one hand and compensation for damages on the other, with the price of the purchase what I could have perceived by the *actio noxalis*.

¹⁷ In this sense, CRIFÒ, G., *voz “confusione”*, cit., pág. 1046; KRETSCHMAR, “Die Theorie der Konfusion”, cit., pág. 9 y ss.; CUGIA, “La confusione dell’obbligazioni...”, cit., págs. 21-23, in whose opinion the application of the rule would have a very restricted scope, which originally would only refer to the procedural relationship and then be extended to other situations; CICU, “Estinzione di rapporti giuridici...”, cit., pág. 10.

¹⁸ **D. 5, 1, 11 (Ulpianus lib. 12 ad Ed.):** Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi iudicium Marcellus libro tertio Digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere”. Según SOLAZZI, op. cit. pág. 280, el texto está interpolado. Cfr. También respecto a este pasaje: KRETSCHMAR, P, “Die Theorie...”, cit., pág. 10; CUGIA, “La confusione...”, cit., pág. 59; BISCARDI, “Lezioni sul proceso romano antico e classico”, 1967, págs. 277 y ss.; VOGLI, “Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano”, en *Iura* 31(1980), pág. 86. KIESS, P., “Die confusio...”, cit., pág. 188.

¹⁹ **D. 47, 2, 16 (Paulus lib. 7 ad sabinum):** Ne cum filio familias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus. Vid al respecto SOLAZZI, op. cit. loc. cit.

Concerning the extinction of servitudes, other texts also refer to the rule "ea quae [...]" to justify the extinction of the real right. Especially evident in this regard is:

D.45, 1, 98, pr. (Marcellus lib. 20 Digestorum): [...] "Et si fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio; et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere".

That is, if the owner of a farm had stipulated a servitude of track under condition, the stipulation is immediately extinguished that the servant estate was transferred to him becoming his property, mainly because it also invalidates what according to law is established, when it reaches a situation in which it could not have survived.

Of dubious value in this regard, are the two following fragments, especially the first whose interpolation has been more than demonstrated:²⁰

D.45, 1, 140, 2 (Paulus lib. 3 ad Neratium): "Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est; ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem socius non potest; et tamen si is, qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguatur stipulatio; et per partem dominorum servitus acquiri non potest, acquisita tamen conservatur et per partem domini; hoc evenit, si pars praedii servientis, vel cui servitus, alterius domini esse coeperit".

D.8, 1, 11 (Modestinus Lib. 6 Differentiarum): "Pro parte domini servitute acquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit [...]".

In the latter case, the rule is directly related to the logical budget of the indivisible character of the servitude and that, consequently, it cannot be acquired by the ideal quota of the fund.

Finally, they also mention the rule "ea quae [...]", other fragments such as:

D.34, 8, 3, 2 (Marcianus Lib. XI Institutionum): Item, si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemptus sit, legatum extinguatur; nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

That is to say, the legacy to the foreign slave is valid, but the dominus cannot bequeath to the own slave without having it manumitted in the same testament. Therefore, if the foreign legatee slave becomes the property of the testator, the legacy is extinguished "quae in ea causa pervenerunt [...]", because it reached the state where it could not have started. In the opinion of CUGIA, the addendum "pro non scriptis habentur" indicates that the nullity is partial, that is, that it affects only the legacy and not the entire testament.²¹

D.46, 1, 71, pr. (Paulus Lib. IV Quaestionum): " [...] Et puto, na aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam; sed et accessiones ex eius

²⁰ Vid. FERRINI, "Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici", cit., pág. 214.

²¹ CUGIA, "La confusione dell'obbligazione...", cit., pág. 27.

persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non pòssunt, ita nec remaneant [...]”.

The fragment includes the case of a mandate in favour of two joint debtors in which one of them inherits the creditor-principal. Well, after a long reasoning of the jurist, it is stated that not only the mandate is extinguished by confusion (the principal inherits the agent) but also freed by the guarantors of the joint debtor because a person cannot guarantee himself. The logical budget of the guarantee is that the person to whom a debt is guaranteed, the debtor, is a person other than the person who will ultimately benefit from the guarantee, that is the creditor.

In conclusion, the fact that the rule “*ea quae initio [...]*” has been claimed by some jurists to justify the extinction in the confusion is not sufficient proof to retain that exclusively and mainly Roman jurisprudence has built on it all the Theory of confusion. As Solazzi affirms against Kretschmar,²² the sources do not allow us to conclude that the classic jurisprudence has wanted to justify the confusion of the obligations with the principle “*ea quae initio [...]*” especially if it is thought that most of these paragraphs are interpolated.²³ However, we can say that this legal axiom clearly explains the phenomenon of confusion as a way of extinguishing obligations, revealing that when it happens, the obligation is extinguished because the essential requirement of the separation of the debtor and the creditor’s person disappears. Therefore, and in our opinion, although this principle is very useful for the better understanding of this institution, it would be more prudent to affirm that for the Romans, the foundation of the confusion is found in the impossibility of meeting the same person the incompatible qualities of debtor and creditor in the specific case of the extinction of obligations, of the owner of the servant and dominant estate, of the joint owner and usufructuary, etc., in the other cases. In short, the *raison d’être* of confusion would be none other than the impossibility of maintaining a relationship in which the duality or distinction of the subjects necessarily intervening for their subsistence has ceased.²⁴

²² KRETSCHMAR, P., “Die Theorie...”, cit., págs. 8 y ss.

²³ SOLAZZI, “L’estinzione delle obbligazione...”, cit., pág. 281.

²⁴ In this sense, FERRINI, “Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici”, cit., pág. 224; Id. *Voz obbligazione* en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, pág. 857; SOLAZZI, *Voz confusione nelle obbligazioni (Diritto Romano)*, NNDI, vol. IV, pág. 77.; CICU, “Estinzione di rapporti giuridici...”, cit., pág. 11.

THE PROTECTION OF RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF ROMAN ARBITRATION: PERSPECTIVES OF FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., ON THE HISTORICAL DEBT OF MODERN ARBITRATION¹

Juan Miguel Alburquerque²,
University of Córdoba

Abstract: We will analyze here first a study on the arbitration conducted by Professor Fernández de Buján, which in my opinion, can be a challenge of the purely historical-juridical, the most strictly Romanistic, to be inserted transversally into a serious and well-founded analysis of the modern arbitration. In the investigation of the Author it can be verified that the Roman legal precepts constitute solidly the scaffolding of the modern arbitration. As A. concludes, "to those who are familiar with the Spanish arbitration law of 2003, the Roman solutions to the different issues raised will have been familiar to them". Those who are not familiar with the legal text of 2003, reformed in 2011, I trust that the Roman legal genius has also been patent in this relevant sector of the Ordenamiento, which is one of the legal institutions that can boast, at the same time, to have a past, present and future".

Keywords: Aequitas, Arbitratus, Arbitrium Boni Viri, Bona Fides, Iuris Gentium, Pactum, Compromissum

¹ Project of excellence I+D "Administrative and environmental experience Rome. Public goods, environment and salubritas and urbanism. Crimes for illicit activity of the magistrates". Ref: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER). Principal investigators: Prof. Dr. Juan Miguel Alburquerque y Carmen Jiménez Salcedo.

A sample of works published about this project are: Alburquerque, JM. "The idea of ius, aequitas and iustitia would be associated with the idea of the useful and the convenient: common utility". (English language). *IusRomanum* 2/2018 (Ius/Humanitas) pp. 1-21. (<http://iusromanum.eu/>). ISSN 2367-7007; Id. "Provisions or rules of the roman administration in defense of natural resources, res publicae and the environment", *IusRomanum* 1/2018, pp. 62-81 <http://iusromanum.eu/es/periodicum/numeri>. ISSN 2367-7007. (Título y resumen en Búlgaro y artículo completo en Inglés): Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке. „Разпоредби или правила на римската администрация за защита на природните ресурси, публичното имущество и околната среда“; Id. "Algunos fundamentos y convergencias de la experiencia administrativa romana sobre el medio ambiente, los recursos naturales y res publicae", *Glossae. European Journal of legal History* 14/ 2017, pp. 27-53 (<http://www.glossae.eu/>); Id. "Reconocimiento pretorio y jurisprudencial de la función social de los bienes destinados al uso público -res publicae in publico usu-". *RDDA, Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, 2017, pp. 141-161. (<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4833>) ISSN: 245-2946;

Id. "Effects of iuslatii on the roman Betic" (English language). *IusRomanum* 2/2017 (Univer-sumiurisromani), pp. 6-12. (<http://iusromanum.eu/>). ISSN: 2367-7007.

ЗАЩИТАТА НА ПРАВА В РАМКАТА НА РИМСКОПРАВНИЯ АРБИТРАЖ: ПЕРСПЕКТИВИ НА FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., ОТНОСНО ИСТОРИЧЕСКИЯ ДЪЛГ НА МОДЕРНИЯ АРБИТРАЖ

Juan Miguel Alburquerque,
Университет на Кордоба

Резюме: В статията се анализира изследването на арбитража, проведено от професор Fernández de Buján, което според мен представлява едно правно-историческо предизвикателство, съответно стриктно свързано с римското право, което може интердисциплинарно да бъде включено в един сериозен и добре обоснован анализ на съвременния арбитраж. Според изследването на автора може да се приеме, че римските правни предписания съставляват солидна конструкция на съвременния арбитраж. Както заключава авторът, „за тези, които са запознати с Испанския закон за арбитража от 2003 г., римскоправните решения на различни поставени проблеми би трябвало да са им добре познати“. За онези, които не познават правния текст на закона от 2003 г., съответно преработен през 2011 г., вярвам, че римският правен гений е също така бил очевиден в тази уредба на една от правните институции, които могат да се похвалят, че едновременно имат минало, настояще и бъдеще.

Id. "La prestación de alimentos en Derecho Romano", *IusRomanum* 1/2017 (Familia), pp. 1-16, [http://iusromanum.eu/\(Resumen y artículo completo en Búlgaro\)](http://iusromanum.eu/(Resumen y artículo completo en Búlgaro)). ISSN: 2367-7007. Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке. „Задължението за издръжка в римското право по отношение на възходящи и низходящи роднини“;
Id. "Negocio jurídico: Introducción, revisión científica y doctrinal. Especial referencia a Emilio Betti". *IusRomanum* 1/2016(Commercium). <http://iusromanum.eu/i/2016-ommercium>. (Resumen en castellano y artículo completo en Búlgaro) ISSN: 2367-7007: Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке „Правната сделка: въведение, научен и теоретичен преглед със специална препратка към съчиненията на Emilio Betti“; Id. "Reflections on Iurisdiction", *IusRomanum*, 2/2015 (Iurisdiction), pp. 1-21, (<http://iusromanum.eu/>). ISSN: 2367-7007. (Resumen en Inglés y artículo en Búlgaro): Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке, „Размисли относно iurisdiction irnitana“. Ponte Arrebola, V. "El significado de las legiones en la creación del imperio romano. La figura del legionario en la vida militar y su aportación al ámbito público civil", *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 711-773 (available at <http://www.glossae.eu>); Id. "Ingeniería romana, obras públicas e importancia de las cosas públicas en derecho romano?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n. ° 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 111-139.; RUIZ PINO,

Ключови думи: aequitas, arbitratus, arbitrium boni viri, bona fides, iuris gentium, pactum, compromissum

S., "Influencia del Derecho de familia romano en nuestro ordenamiento jurídico: particularidades procesales de la adrogatio romana", en Libro homenaje a D. José María Castán Vázquez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2018.; Id. "Some formal questions about roman adoption", en *IusRomanum*, Revista de Derecho de la Universidad St. Kliment Ohridski, Sofia (Bulgaria), I-2017, págs 1-22.; Jiménez Salcedo, C., "El abuso de derecho: creación dogmática moderna con origen en el derecho romano". *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 28, Julio 2017. "Perspectivas en torno al medioambiente urbano: especial referencia a las ruinas de edificios, incendios, basuras, inmisiones, etc." *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, num. 14, 2017. Págs. 367-397. "Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en derecho romano" Dykinson. 2017; ISBN. - 978-84-9148-479-0; "Initiatives of the roman administration and urban environment". en *Revista Digital. Ius Romanum* 2017. "First Formulation of the Theory of Normal Use: Spangenberg and its Roman Theory of the Inmision. The Most Advanced Vision of Igering and Its New Inmision Concept." *Ius Romanum* 2/ 2018. M. Novkirishka

² Academic Correspondent of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation, Spain, e-mail: fd1alsaj@uco.es

It is unavoidable, in this regard, to analyze the proposals and conclusions of Professor Antonio Fernández de Buján, in his masterful study on “La deuda historica del arbitraje moderno”.³

I had the honour of attending the momentous event held at the Royal Academy of Legislation and Jurisprudence on the “Speech by the elected official of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation, Hon. Professor Antonio Fernández de Buján. You can see right there the expectation and the interest that aroused, among the attending academics, the students of the different branches of legal science and legal experts of all areas of law, its eloquent and elegant speech about new proposed perspectives – and intelligently resolved – entitled “La deuda histórica del arbitraje romano”.

The same title of the study pays tribute to another one of the numerous historical debts that must surrender to the Roman historical-juridical regime, primal germ that gave validity to numerous institutions that, in my opinion, have not yet received enough attention, deserved and inescapable, nor the sufficient recognition of the keys on which numerous figures with the appearance of juridical modernity are based, and that nevertheless to a certain extent has not been adequately deepened in the roots that clearly reveal their historical paternity. In this concrete investigation, we speak of an institution – arbitrary arbitration – which, as is well known, transcends its original Greek profiles

³ Discurso del Excmo. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Academic of Number of the Real Academy of Jurisprudence and Spanish Legislation, in Madrid 2014, 210 pp., And Professor of Roman Law of the Autonomous University of Madrid. Doctor Honoris Causa by the Universities of Córdoba-Spain-, San Pablo CEU, Madrid, Plovdiv and New Bulgarian University, Bulgaria. Our Author is considered by the different doctrinal, legal, social and governmental bodies as the Father of the current Law of Voluntary Jurisdiction of Spain (Grand Cross of the Order of San Raimundo de Peñafort, for its collaboration in the development of the legislative tasks of the State agreement of the Council of Ministers of June 17, 2016). Among the most important works of the author in this matter of Voluntary Jurisdiction, vid. Fernández de Buján, A. Comentarios a la Ley 15/2015, de

and is structured and instrumentalized with Roman legal tools.

The intention of our Author, also in this field - the study of Roman arbitration and the historical debt of modern arbitration - undoubtedly goes beyond the simple analysis of an investigation aimed at pointing out - though well documented - the most characteristic and outstanding profiles of the institution that they can be extracted from the analysis of the Roman sources themselves, and especially the greatness of Roman jurisprudence. Our Author spares no effort to demonstrate with acuteness and accuracy, many evidences and concrete realities: The technique of arbitration, as an extrajudicial formula for conflict resolution, is not a recently created institution, affirms A., but on the contrary, already knows a remarkable diffusion in the ancient world, especially in the Greek and Roman territorial framework, in which arbitration is sought, from the earliest times of which we have news - in principle in an informal way, later incardinated in the Legal system -.

In primitive Rome the system was already used to resolve conflicts in trade issues and internal markets, as the A rightly reminds us, prior to the assumption by the political community of the administration of justice as a proper competence exercised by magistrates and judges, judges with jurisdictional authority. In this sense, we share the reflection of the A., stating that "from the early days of the Roman political community, prior to the organization of the

la Jurisdicción Voluntaria. Director Thomson Reuters Civitas 2016; La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria. Colegio de Registradores de España. Dykinson, 2015, pp. 560; "La Jurisdicción Voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento". Discurso de Ingreso en la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, el día 31 de mayo de 2013. Contestación del Prof. D. Luis Rodríguez Ennes, pp. 165; Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria, Tomo II, Ed. Iustel, Madrid, 2008, 407 pp.; Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria, Tomo I, Ed. Iustel, Madrid, 2007, 408 pp.; Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, Ed. Reus, Madrid, 1986 y 1999; La Jurisdicción Voluntaria (en el Derecho Procesal Español), Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2001; Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano, Ed. Iustel, Madrid, 2006; "Documentación y Notariado en Derecho Romano", *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDIH), Roma, 2007, págs. 389-401; Bases romanísticas del arbitraje actual: análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje *Studia et documenta historiae et iuris*, ISSN 1026-9169, N° 82, 2016, págs. 405-450. Vid. Albuquerque, J. M., "Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*", en *Revista General de Derecho Procesal* www.iustel.com, n° 8, febrero 2006; Ruiz Pino, S., *La vertiente iuspublicista de la institución adoptiva en Derecho Romano y su proyección en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 2012. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid 2006, 241 pp. (Rec. J. M. Albuquerque, RGDR, 2006 www.iustel.com; Id., RGDP, 2007 www.iustel.com). Sobre la transacción de alimentos entre los supuestos de Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano, vid. Albuquerque, J. M., *la prestación de alimentos en derecho romano y su proyección en derecho actual*, dykinson, madrid 2010 pp. 105 ss.

administration of justice and the attribution of powers to magistrates and judges, the decision of disputes between individuals would be entrusted to one or several arbitrators, chosen by common agreement by those interested in solving their conflict". The important role that arbitration would have played in the first centuries of Rome-according to legal and literary sources-as reiterated by A., on several occasions, throughout its extensive and detailed investigation, was not only complementary or alternative to the jurisdiction "but as a usual form of dispute resolution, beyond self-defence or self-help, by an impartial third party and chosen by common agreement of the interested parties". This system of conflict resolution, is accumulating certain advantages with respect to the traditional ones of the own procedural and jurisdictional scope, more recharged of formalisms, and slower in its resolution. As the A. reminds us, in the stages after the Republic, in which the formula of the ordinary process, of state imprint, is known, it is explained for reasons of speed, economy, simplicity in the processing, specialization in many cases of the referee [...] "against the slowness and formalism of the official process".

The structure of the study presented by our Academician, is divided into four well differentiated chapters, which corroborate with great eloquence and solidity all previous assessments and where we can observe that the conclusions and results reached by A., project and confirm - In my opinion, the usual scientific excellence of his recognized teaching, an intrinsic component of one of the great investigators of our legal science.

In Chapter I addresses the following sections: The mediation arbitration or decision. 1) Preliminary observations. 2) Terminology in matters of arbitration. 3) Types of arbitration. 4) The arbitration in Athens: A) Processes and arbitrations in the Homeric era. B) Legislators and arbitrators in the solonical stage. C) Origin of mandatory public arbitration. Competencies of public referees. D) Arbitration procedure. Appeal. E) Voluntary arbitration. 5) Arbitration of a private nature: A) Mediating or conciliatory function of primitive arbitration. B) The arbitration of a just person: *arbitratus o arbitrium boni viri*. C) Non-formal arbitration. Arbitration of *ius gentium*. D) Decisive arbitration: *del pactumal compromissum*. Legal regulation of the promised arbitration.

Chapter II., deals with the following statements: Of the *fides* in the pacts and the *bona fides* y la *aequitas* in arbitrations and *negocios iuris gentium* 1. Introductory considerations: The *pactum* in the XII Tablas. The pacts in the *ius gentium*. 3. - The punishment of the *pacta conventa*⁴ in the praetorian edict. 4. - Of the *fides primitiva* as the foundation of the pacts to the *bona fides* as a rule of conduct and measure of responsibility in business *iuris gentium*. 5- *Bona fides* and *aequitas* as elements of interpretation and application of the

⁴ Vid. Alburquerque, J. M., En torno a la formulación edictal: *pacta conventa* [...] *servabo*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1990; Id., La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho europeo actual, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995.

pacta conventa recognised and protected by *ius praetorium*. 6. - The play of the *bona fides* and of the *aequitas* in the arbitration of *ius gentium*, in the *pacti conventi*, in the promised arbitration and in the *iudicia bonae fidei*.

The contents of Chapter III., Focus on: Arbitration of a public nature: 1) Preliminary observations. 2) International arbitration. 3) Federal arbitration. 4) Administrative Arbitration: Water canalization: public rivers.⁵ Delimitation of boundaries. Conflicts between communities. Search of public lands. Fiscal immunity. Taxation. 5) Legal arbitration as a formula, of a mixed nature, of conflict resolution.

Chapter IV., Highlights the study of the Roman bases of current arbitration: analysis of the concordance between Justinian Law and the current legislation on arbitration. 1. Preliminary observations. 2. General provisions: A) Subjects subject to arbitration. B) Functions of support and judicial control of arbitration. 3. Of the arbitration agreement: A) Form and content of the arbitration agreement. B) Probate arbitration. C) Demand before a court on a matter submitted to arbitration. 4. Of the referees: A) Ability to be an arbitrator. B) Of the arbitrators. Appointment and number of arbitrators. C) Reasons for abstention and recusal. Appointment of substitute arbitrator. D) Responsibility of the arbitrators. 5. Of the substantiation of the arbitration proceedings: A) Start, term and extension of the arbitration. B) Place of arbitration. Appearance of the parties. 6) Del pronouncement of the arbitral award and the termination of the proceedings. A) Regulations applicable to the merits of the dispute: Equity or Law. Adoption of collegiate decisions. Award by agreement of the parties. B) Term, form, content and notification of the arbitral award. C) Termination of the proceedings. Extinction of commitment. D) Correction, clarification and complement of the arbitration ruling. 7. Of the Annulment and execution of the arbitral award. A) Of the annulment of the arbitration sentence. Resources. b) Of the execution of the sentence. Of *res iudicata*

The observations that I will highlight below will focus, in a preferential way, on some specific aspects dealt with in the statements included in Chapter IV: Bases of current arbitration: analysis of the concordance between the Justinian Law and the legislation in force on the subject arbitration.

Our Academician published in 2006 a monograph entitled "Jurisdiction and Arbitration in Roman Law", Madrid 2006, 239 pp., This monograph was the subject of numerous reviews and highly valued by renowned jurists and specialists from different disciplines of the field of law (more than one thirty). The central axis of this monograph constituted the novel and intelligent perspective of A., on the Roman jurisdiction, with well-contrasted criteria, which led him directly to highlight, among other aspects of substantial evaluation, that from the beginning of the Roman procedure before the magistrate, most of the fundamental acts of its development, can be found a manifestation of the principles - with a modern nomenclature - of brevity, concentration, pub-

⁵Vid. Alburquerque, J. M., La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de *publicis locis* (*loca, itinere, viae, flumina, ripae*). Dykinson, Madrid, reimpresión 2010, pp. 199 ss.

licity, contradiction, immediacy and temporal immediacy, to which the principles device, and contribution of part, since they are the litigants who provide, and exclusively the facts and means of evidence, to be taken into account by the judge. The A., devoted five chapters to the Jurisdiction, main part of the study (two hundred pages), and a final chapter, the sixth, on the Roman arbitration. Chapter VI, devoted to Roman arbitration condensed and limited in its twenty-seven pages the fundamental scaffolding to set the basic and fundamental criteria that characterized the Roman arbitration, providing sufficient data for a first position in this regard (types of arbitration, terminology in subject matter of arbitration, non-formal arbitration and *ius gentium* arbitration, legal arbitration, arbitration, etc.). A position taken very advanced, and perfectly equipped with the basic pillars that would allow him to elaborate some conclusive observations very assumable for any specialist in the matter.

As we can see, the current scheme of his recent work - *The Historical Debt of Modern Arbitration* - far exceeds in size, 250 pp., Dedicated exclusively to arbitration, significantly increases its most acceptable results reinforces our perspective and our recognition of the extraordinary valuation scientific work. These comments are based on my own observations made in the corresponding review made to the work of A., and were published in the *General Journals of Roman Law*, and *General Review of Procedural Law*, 2006, 2007, respectively,⁶ to which I refer.

In the preliminary observations of Chapter IV of the current work, the A., clearly highlights the concordance between the Roman legal texts and the current regulation on arbitration - Law 60/2003 of Arbitration, of December 23, modified by Law 11/2011, of May 20-, in order to delimit the survival, where appropriate, of the main guidelines of the Roman arbitration arbitration in the regulations of the current legal text in Spanish legislation.

In the framework of the General Provisions (Tit. I, LA.), The A., highlights the difference between the greater degree that was granted to the autonomy of the parties in Roman regulations, in contrast to the configuration of modern arbitration, more prone to the imperative nature of the rules of application with the advantage of increasing the guarantees of the parties.

Another nuance of interest is that which concerns the subjects subject to arbitration: Roman regulation excluded public crimes, infamy and those related to freedom. In the most recent regulation, art. 2. LA., "Controversies are subject to arbitration on matters freely available according to law". Of the functions of support and judicial control of the arbitration, it is necessary to emphasize that the praetor could not force anyone to be an arbitrator, although, once the commitment is accepted, the praetor will see to it that he fulfils his function (D.4.8.3). Most often, the choice of the referee was made by the parties, however, sometimes the appointment could be attributed to the magistrate. A point of particular importance - in my opinion - must be attributed to

⁶ ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid 2006, 241 pp. (Rec. J. M. Alburquerque, RGDR, 2006 www.iustel.com; Id., RGDP, 2007 www.iustel.com).

the following observation of A., on the gradual approximation of arbitration to the trial: "Private arbitration is already being configured as a complement and an alternative in the resolution of conflicts, at the same time as there is a progressive withdrawal from the arbitration institution of mediation and transaction, in which framework had been developed arbitration in the early stages, which implies a substantial change in the nature of arbitration".

The legal provision regarding the functions of support and control of arbitration is regulated in articles 8 LA, article 33 on judicial assistance for the practice of evidence and article 722 of Law 1/2000, of January 7, of Prosecution Civil.

Regarding the arbitration agreement (Title II), and the contrasts and convergences of the Roman substratum with the new regulation, reference must be made to the form and content of the arbitration commitment. The Roman perspective admits that it be done by means of a pact, a covenant knot, stipulations - pure and criminal - penalties in money or in kind (D.4. 8. 3, D.4. 8. 11. 2, D.4. 8. 2). With regard to the questions and answers and the important role that Roman Law gives to the stipulations of the parties that formalized the arbitration, the A. stands out, which is the reference of the provision contained in Article 9. 3 LA, pertaining to the agreement arbitral: "It will be considered that there is an arbitration agreement when in an exchange of writs of demand and answer its existence is affirmed by one party and not denied by the other"; Art. 9. 1: "The arbitration agreement, which may take the form of a clause incorporated into a contract or independent agreement [...]". Art. 9. 1 of the LA: "The arbitration agreement [...] must express the will of the parties to submit to arbitration all or any of the disputes that have arisen or may arise with respect to a certain legal, contractual or extracontractual", and the fragment contained in D.4.8.21.6, the content in D.4.8.46 and the one contained in D.4.8.32. 15, among others, from which it appears that the full commitment - which deals with various matters - and the obligation of those who hold the position of arbitrator to rely on all the ends in the same commitment, and the possibilities that are granted to the will of the parties (D.4.8.21. pr.). The object of the controversy - the A has written -, constitutes one of the essential aspects of the arbitration agreement [...] the will of the parties as the only determining element, which constitutes a relevant difference with the mechanics of the ordinary trial. No arbitrator may go beyond the provisions of the agreement (D.4.8.32.15), and the grounds for annulment provided for in article 41 of the LA, 1 The award may only be annulled when the party requesting the annulment alleges and try: c) That the arbitrators have resolved on issues not subject to its decision. d) That the arbitrators have resolved on matters not subject to arbitration.

Regarding testamentary arbitration, it must be remembered that since the XII Tables the appointment of an arbitrator by the magistrate is allowed, and in Article 10 of the LA, "Arbitration instituted by testamentary disposition will also be valid [...]"; a court on a matter submitted to arbitration, confirms the obligation to comply with the stipulated, as highlighted in several texts of the Digest (D.4.8.30; 9. 5; 8. 2; 11. 3; 13. 1, among others), according to the LA, in its Article 11, "The arbitration agreement obliges the parties to comply with the stipulations and prevents the courts from hearing disputes submitted to arbitration, provided that

the party to whom it is interested invokes it by means of a declinatory order. In the words of A., the reference to “comply with the stipulated” is a trace of the institution of the Roman stipulation, used to formalize the arbitration commitment”.

Similar convergences and concordances can be applied to the rest of the statements of the summary: Of the arbitrators, capacity to be an arbitrator – only those persons could be arbitrators full capacity to negotiate –, appointment and number of arbitrators – D.4.8.41; 8. 5; 8. 7; 8. 9; 9. 1; 32. 14; D.5.1.81; D.42.1.57, among others–. Article 13 of the LA, reads as follows: “Individuals who are in the full exercise of their civil rights may be arbitrators, provided that the legislation to which they may be subject in the exercise of their profession is not impeded [...]”. With regard to the excuses, reasons for abstention and recusal and appointment of substitute arbitrator, we bring to mind some of those contemplated in the Roman regulation: cognition of cause, defamation, manifest enmity, age, urgent trip, supervening illness, inability to continue playing the function, corruption of the referee, etc. (D.4.8.15, D.50.5.13, D.4.8.32.14). The grounds for disqualification established by the new regulations focus on highlighting the obligation of the arbitrator to be impartial and not have a personal relationship with the parties, and at the same time the requirement to reveal all the necessary circumstances to preserve independence and impartiality (article 17. 1 and 2., of the LA). Responsibility of the arbitrators. Failure to comply with the obligation to accept the arbitration and issue the corresponding sentence will entail sanctions when the excuse has not been fair (D.4.8.3.1, D.4.8.30, among others). The new Arbitration Law addresses this issue in its art. 21, on the responsibility of arbitrators and arbitral institutions. Providing funds. The acceptance obliges the arbitrators [...] to faithfully fulfil the order, incurring, if they did not do so, in liability for damages and losses – caused by bad faith, recklessness or fraud.

The same treatment of the Roman texts can be observed in the detailed analysis carried out by the A., when it deals with the substantiation of the arbitral proceedings – beginning, term and extension of the arbitration, place of the arbitration, appearance of the parties; the pronouncement of the arbitral award and the termination of the proceedings, regulations applicable to the merits of the dispute: equity or right, adoption of collegial decisions, award by agreement of the parties, etc., and everything concerning the annulment and execution of the arbitral award. About the beginning I want to highlight with the A., a decisive and determining statement that can be extracted from numerous classic texts: “that the motor idea of the Roman arbitration is that of autonomy of the will and the inter partes agreement” (D.4.8.32.21). The art. 27 LA, falls within this scope of prevalence to the autonomy of the will: “Unless the parties have agreed otherwise [...]”; Art 29 LA. “within the period agreed by the parties [...]”. The place will also be fixed by the parties (D.4.8.21.10). The art. 27 LA, shows a faithful acceptance of these classic principles: “The parties may freely determine the place of arbitration [...]”. It is the compromising parties that decide the term and the extension (D.4.8.14). “If the parties have not decided otherwise, the arbitrators must decide the dispute within six months [...]” (Article 37. 2 LA.)

The doctrinal and jurisprudential analysis carried out by the A. also deserves

special attention, regarding the controversial subject on the effects of *res judicata* of the arbitral sentence. Finally – our A. maintains – in the Justinian stage, the arbitral decision is recognized as an executive title and it is endowed with the efficacy of *res judicata*. The arbitral award did not have, then – continues the A –, until the Justinian era by itself executive character, nor produced effects of the judged object, *res judicata*. It could then affirm, “that the last stage of the Roman Law, the arbitral award, signed by the parties and not challenged within 10 days of its decision is fully effective, i.e., executive, so it does not need to be approved as executive by the ordinary magistrate”. In art. 43 of the LA, says: “The firm award produces effects of *res judicata* [...]”. To finalize this section, I want to make a last observation shared with the A., remember, that the texts used are classic texts and, therefore, , imperishable, that express principles and rules that have been incorporated, a good number of them, in the legal precepts of the arbitration laws of the different countries, among them ours.

In short, Professor Antonio Fernández de Buján, professional of Roman Law at the Autonomous University of Madrid and Academic Number of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation demonstrates once again its exceptional capabilities to raise the jurisprudential past to the present, at the same time that the positivist modernity to the historical bonds that nourish the configuration and true relevance of numerous present-day figures. The romanistic base of the present unquestionable arbitration, is clearly deduced from the similarity and concordance existing between the Roman norm and the current regulation. This statement is supported by well-documented, contrasted, commented and full of suggestions and conclusions that our Author, masterfully and especially basted and intertwined, while enriched with reasonings of great scientific rigor, manages to captivate the reader to understand, with a Roman foundation, the current value of this type of research by our Academician, in which the aspect of an indefatigable researcher continually surfaces when it is scientifically demonstrated that the Roman principles, institutions and figures he addresses in his studies are as Roman as modern at the same time. The new innovative perspectives he proposes in his research reflect this periodically.

At this point, I want to pick up some sentences from Professor Luis Rodríguez Ennes,⁷ professional of Roman Law of the University of Vigo and Vice President of the Arbitral Tribunal of Galicia, written on the occasion of the review he made on one of the previous works of Professor Antonio Fernández de Buján. I refer to the aforementioned work “Jurisdiction and Arbitration in Roman Law”, and I include them here, because, in my opinion, they could be perfectly applied to the comments of the recent work on “The historical debt of modern arbitration”: The author of book, is an accomplished specialist in

⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid 2006, 241 páginas (Rec. Rodríguez Ennes, L., *ADUDC*, 10, 2006, 1365-1367; *Bases romanísticas del arbitraje actual: análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje Studia et documenta historiae et iuris*, ISSN 1026-9169, N° 82, 2016, págs. 405-450.

issues of voluntary jurisdiction “and arbitration”, a topic to which he has devoted numerous studies, all of them unanimously valued by scientific criticism, taking into account - an abstraction made of its intrinsic quality - that he was the first romanista in tackling in a systematic way the treatment of a question traditionally preterida by his colleagues, despite its raging news.

As is well known, the recognition of Professor Fernández de Buján’s extensive research career in this field of jurisdiction and arbitration has placed him in the scientific sphere as one of the main references in the Spanish legal spectrum, both from the Romanistic perspective and from the most contemporary science of Law in the most relevant fields.

I would like to end this exhibition congratulating Professor Fernández de Buján for the recent appointment as Doctor Honoris Causa by the prestigious New Bulgarian University and also express my highest appreciation and gratitude to Professor Malina Novkirishka for her permanent efforts, her exceptional collaboration as a member of Full Law in our school of Romanists, led by our common teacher, Professor Fernández de Buján, A., and I particularly want to point out his great contributions as a member of the Excellence Research Project directed by me and Professor C. Jiménez.

ЗАЩИТАТА НА ИЗБОРИТЕ - ЗАЩИТА НА ДЕМОКРАЦИЯТА В ДРЕВНИЯ РИМ*

Малина Новкиришка-Стоянова¹,
Нов български университет

Резюме: Изборите на държавни органи въз основа на всеобщо, равно и пряко избиращо право с тайно гласуване са един от фундаментите на съвременната демокрация. Независимо от това как са прокламирани, как е уреден изборният процес в конституцията, в избиращи закони и подзаконовни актове, във всяка държава по време на избори се издигат оплаквания и призови за борба с корупцията.

Някои примери от Древния Рим, включително и законодателни, от епохата на Републиката, имат удивително съвременна проекция. Опитите на римската публична власт да се справи с престъплението, наречено *ambitus*, също могат да дадат идеи за съвременното противодействие на изборната корупция. От особен интерес е и краткият трактат, приписван на брата на Цицерон - Квинт Тулий Цицерон, озаглавен *Commentarium petitionis* (също и *De petitione consulatus*).

Изборната корупция (*ambitus*) е явление, възникнало по време на Средната и Късната Римска Република и достигнало своя връх през I век пр. Хр. Жаждата за властта на аристокрацията и финансовите нужди на голяма част от населението правят изборните подкупи много широко разпространена практика, която води до упадък на политическите институции в Късната Република.

Ключови думи: Римска Република, избори, изборна корупция (*ambitus*), подкупване, *Leges de ambitu*

¹ Проф. Малина Новкиришка-Стоянова, д. н., имейл: mnovkirishka@nbu.bg

DEFENCE OF THE ELECTIONS - DEFENCE OF DEMOCRACY IN ANCIENT ROME

Малина Новкиришка-Стоянова,
New Bulgarian University

Abstract: Elections of state bodies based on a common, equal and direct suffrage by secret voting are one of the foundations of modern democracy. Irrespective of the way elections are proclaimed, and the way the election process is set out in the constitution, the election laws and regulations, in every country during elections there are complaints and calls for fight against corruption.

Some examples from Ancient Rome, including legislation from the period of the Republic have a surprisingly modern projection. The attempts of the Roman public power to deal with crime, called ambitus, can also be a source of ideas about present-day fight against electoral corruption.

Electoral corruption (ambitus) was a phenomenon that arose during the Middle and Late Roman Republic and peaked in the 1st Century BC. The nobility's thirst for power and the financial needs of a large proportion of the populus rendered electoral bribery a very widespread practice, which led to the decline of the political institutions in the Late Republic.

Keywords: Roman Republic, Elections, Electoral Corruption (Ambitus), Bribery, Leges De Ambitu

1. Въведение

Изборите са една от формите на демокрация, установена от древността и широко практикувана в наши дни. И тъй като на 10 декември 2018 г. се навършват 70 години от приемането от ООН на Всеобща декларация за правата на човека, то е уместно да си припомним една от нейните основни разпоредби:

„Член 21

1. Всеки човек има право да участва в управлението на своята държава пряко или чрез свободно избрани представители.

2. Всеки човек има право на достъп, при равни условия, до обществените и държавни служби на своята страна.

3. Волята на народа трябва да бъде основата на властта на правителството. Тази воля трябва да се изразява чрез периодични и действителни избори, при всеобщо, равно и тайно гласуване или чрез равностойна процедура, осигуряваща свобода на гласуването“.

Като стожер на демокрацията, изборите често са обект на манипулиране и всякакъв вид посегателства върху тяхната организация и най-вече отчитането на резултатите. Така се оформя общото понятие за „изборна корупция“, което е особено многолико и което съпътства изборния процес от древността до наши дни. Когато наближи време за избори, неизменно се появява темата за този вид корупция, който засяга най-важните принципи на управлението, правата на гражданите и като цяло демокрацията в дадена държава и демократичния процес в световен мащаб.

Още в античните държави се създават правила за провеждане на избори и гарантиране на участието на гражданите в изборителния процес. Към общото прогласяване на изборността на определени органи и длъжностни лица се добавят правила и за санкциониране на нарушенията в изборителния процес.

Да погледнем българското законодателство. Конституционната разпоредба на чл. 10, съгласно която изборите, националните и местните референдуми в Република България се произвеждат въз основа на общо, равно и пряко изборително право с тайно гласуване, както и нормите на чл. 42 относно субективното изборително право и законоустановеност на изборителния процес на национално и европейско ниво² са доразви-

² Статията е написана по проект „Римската административна и екологична практика.

ти в изборното законодателство и съпътствани с подзаконови актове във връзка с организацията на изборите.

В Наказателния кодекс са определени деянията, които съставляват престъпление против политическите права на гражданите, като повечето от тях са свързани с изборния процес³.

В Изборния кодекс (ИК) има редица действия, които са определени като административни нарушения: във връзка с неизпълнение на задълженията на органите по организиране и провеждане на изборите, агитацията, финансирането на избирателната кампания и пр. (чл. 470-498 от ИК). Има вече и значителна практика на оспорване на изборните резултати пред Конституционния съд поради недопустима агитация в деня за размисъл и в деня на изборите; участие на социологически агенции в публичната част на кампанията, трайното им обвързване с определена политическа сила – участник в изборите, и изнасяне от тези агенции на данни, които са довели до промяна на общественно-политическите нагласи за гла-

Публично имущество, околна среда и здравословни условия на живот, урбанизация, деликти за незаконна дейност на магистратите“ Ref: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER) на Държавната програма за насърчаване на високите постижения в научно-техническите изследвания на Министерството на развитието и конкурентоспособността с ръководители проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке и проф. д-р Кармен Хименес Салседо. (Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D de Excelencia „Experiencia administrativa y medioambiental romana. Bienes públicos, medio ambiente y /salubritas, / urbanismo y delitos por actividad ilícita de los magistrados“, Ref: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Fomento y Competitividad. Investigadores Principales Profes. Dres. Juan Miguel Alburquerque y Carmen Jiménez Salcedo).

³ В глава III, раздел III на Особената част на НК – Престъпления против политическите права на гражданите (чл. 167-169г) са инкриминирани използването на насилие, измама, заплашване или друг незаконен начин за да се попречи на някого да осъществи избирателното си право или да бъде избран, или да гласува на референдум или да участва в подписка за произвеждане на референдум, организирането, предлагането и даването на имотна облага с цел склоняване да се упражни избирателно право в полза на определен кандидат, политическа партия или коалиция или да гласува на референдум по определен начин, както и искането и получаването на такава облага със същата цел, упражняването на избирателното право, без то да съществува или многократното му упражняване, нарушението на установените правила отпечатва бюлетини за гласуване, нарушаването на тайната на гласуването, преправянето на резултат от избори или референдум. Към тях са добавени като престъпления и използването на насилие, заплашване или друг незаконен начин за принудително участие или напускане на политическа партия, организация, движение или коалиция с политическа цел, както и създаване на каквито и да е препятствия за осъществяване на конституционни политически права на гражданите. Предвидени са наказания и за длъжностните лица, извършили такива деяния при или по повод изпълнение на служебните им задължения, както и организирането, ръководството и членството в група, която си поставя за цел да извършва престъпления по този раздел.

суване; гласуване в чужбина, извършено в противоречие с правилата на Изборния кодекс; неспазване на изискванията на чл. 26, ал. 1, т. 226 ИК и купуване на гласове в изборния процес в редица райони и избирателни секции и пр.⁴, както и за тълкуване на изискванията за избираемост, ограничаване на упражняването или санкциониране на неупражняването на избирателното право и пр.⁵. В този смисъл съществуват разпоредби в почти всички законодателства на съвременните демократични държави. И въпреки това при всички избори, в различна степен, с вълнения на национално или на международно равнище, се говори за изборна корупция.

В хода на избирателната кампания призивите за гласуване за дадена партия или кандидат неизменно се съпътстват с предупреждението за престъпния характер на купуването и продаването на гласове. В зависимост от конкретната политическа обстановка обвиненията в нарушения са повече или по-малко интензивни. И винаги се намира някой, който да каже „То винаги си е било така – от древността до наши дни!“ И се привеждат примери от Древна Гърция и Рим до съвременните избори, особено тези, произведени в някои страни, в които демократичните процеси са в криза.

Именно във връзка с това бих искала да привлека вниманието както към корупционните практики за изборите в края на Римската Република, така и на стремежа на политическата власт да им противодейства и ефективността на прилаганите мерки.

⁴ Вж. Решение № 18 от 22.10.1996 г. на КС на Република България по к. д. № 22 от 1996 г.; Решение № 4 от 11.2.1997 г. на КС на Република България по к. д. № 29 от 1996 г.; Решение № 12 от 24.8.1999 г. на КС на Република България по к. д. № 12 от 1999 г.; Решение № 8 от 3.5.2001 г. на КС на Република България по к. д. № 10 от 2001 г.; Решение № 10 от 10.5.2001 г. на КС на Република България по к. д. № 11 от 2001 г.; Решение № 1 от 12.5.2009 г. на КС по к. д. № 5 от 2009 г.; Решение № 12 от 13.12.2011 г. на КС по к. д. № 11 от 2011; Решение № 5 от 9.7.2013 г. на КС по к. д. № 13 от 2013 г., Решение № 13 от 28.11.2013 г. на КС по к. д. № 14 от 2013 г., Решение № 9 от 28.7.2016 г. на КС по к. д. № 8 от 2016 г.

⁵ Решение № 14 от 10.11.1992 г. на КС на Република България по к. д. № 14 от 1992 г.; Решение № 8 от 6.5.1993 г. на КС на Република България по к. д. № 5 от 1993 г.; Решение № 3 от 8.2.2001 г. на КС на Република България по к. д. № 16/2000 г.; Решение № 9 от 14.8.2007 г. на КС на Република България по к. д. № 7 от 2007 г.; Решение № 4 от 4.5.2011 г. на КС по к. д. № 4 от 2011 г.; Решение № 12 от 17.7.2014 г. на КС по к. д. № 10 от 2014 г.; Решение № 3 от 23.2.2017 г. на КС по к. д. № 11 от 2016 г.

2. Понятието за корупция и изборна корупция в Древния Рим

Във всички тълковни и юридически речници терминът „корупция“ се свързва с римското право поради латинския произход на лексемата⁶. Римляните обаче не създават определение на този вид дейност, нито я определят общо като престъпление. Ако изходим от семантичния анализ, трябва да се отбележи, че самата лексема „корупция“ според повечето речници има разнородна употреба, както в смисъл на физическо разрушаване на вещь, така и в морален аспект (напр. *servus corruptus*), но рядко се използва в смисъл на разрушаването на вътрешната структура на организации и институции⁷. Терминът се изгражда на основата на латинския глагол „*corrumpere*“, който в буквален смисъл означава да се увреди стомаха от нездравословна храна. Представката „*co(r)-*“ е указание за съвместно осъществяване на някаква дейност или посредством някой или нещо. Тя добавя многозначност към основната форма на глагола – „*gumpere*“, който означава „да се разкъса, разруши, раздели, прониже“ и пр. значения, свързани с нарушаване на целостта както във веществено- предметен план, така и в по-абстрактен смисъл – напр. да се разтрогне договор, да се наруши мира, да се пристъпи закон. Тази многозначност наистина е забележителна – глаголът означава също и да се отрови водата в кладенци, да се осуети работа или съдебно дело, да се разврати младеж или роб, да се поквари девойка, да се осуети работа или съдебно дело, да се разпилее състояние, да се изчерпи водата от кладенец, да се унищожи имущество, да се изтребят насекоми, да се прелъсти жена, да се фалшифицират избори, да се преиначи смисълът на чужди думи, да се опозори родственик или приятел и пр. Най-общо значенията се подреждат в 5 групи:

1. повреждане, влошаване, разтрогване, привеждане в упадък, пропускане на възможности;
2. изтощаване, изморяване, довеждане до изнемога;
3. унищожаване, изгребване
4. прелъстяване, съблазняване, развращаване, преиначаване, извращаване, подмяна;
5. позорене, безчестие⁸.

⁶ Вж. Съвременен тълковен речник на българския език, съст. Ст. Буров, В. Бонджолова, М. Илиева и П. Пехливанова, С. 1995 г.; Речник на чуждите думи в българския език, съст. Ал. Милев, Б. Николов и Й. Братков от 2003 г. Срв. и в „*Corruzione*“ in: *Dizionario pratico dei termini giuridici*, Piacenza 1992; в „*corrupción*“ in: *Diccionario de la lengua española*, 22 ed. de la Real Academia Española, Madrid 2001; в „*corruption*“ in: *Encyclopaedia Britannica online* в интернет на <https://www.britannica.com/topic/Britannica-Online>

⁷ Вж. значенията на термина у FORCELLINI, E. *Totius latinitatis lexicon*, Patavii 1864-1926 в интернет на <http://www.lexica.linguax.com/forc.php> и в *Oxford Latin dictionary*, Oxford 1968 в интернет на <http://www.oxfordscholarlyeditions.com/page/the-oxford-latin-dictionary>

⁸ Срв. ДВОРЕЦКИЙ, И., *Латинско руский словарь*, Москва 1980 в интернет на <http://linguaeeterna.com/vocabula/>, Срв. и *Oxford Latin dictionary*, в „*corruption*“ на <http://www.oxfordscholarlyeditions.com/page/the-oxford-latin-dictionary>

В римското право терминът има по-специфична употреба, предимно в по-абстрактния смисъл, за който стана въпрос по-горе. Източниците споменават за различни способи за настъпване на вредоносния резултат, като използват термина в смисъл на разваляне, развърщане на роби, унищожаване на документи; подправяне на сметки, на мерки и теглилки; унищожаване, прекратяване на сделки; подкупване на съдии на арбитри, адвокати и свидетели⁹.

Така дори на етимологическо ниво римляните извеждат понятието за корупция като за вид съвместна дейност, осъществявана при съучастие, и с разрушителни последици. Основателно е твърдението на Макиавели, че именно в римското право терминът „корупция“ придобива собствена юридическа форма. Същевременно той отбелязва, че не бива да се абсолютизира значението на този етап от развитието на понятието и в правното наследство на Древния Рим да се търсят непременно модели за решаване на съвременните проблеми на корупцията. Римляните не създават универсален модел за корупцията като вид престъпление, нито я определят по единен начин било чрез същността и последиците ѝ, било чрез проявите ѝ форми.

Изследването на корупцията в Древния Рим е сложна задача, свързана с проследяване на държавното устройство през 14-те столетия от съществуването на римската държава. Затова най-често се взема един период – края на Римската Република, през който най-ясно се проявяват корупционните практики в условията на демократично избрани институции и темата е по-близка до съвременната типология¹⁰. Във връзка с това особено

⁹ Вж. в. „*corrumpere*“ у ДЫДЫНСКИЙ, Ф., Латинско-русский словарь к источникам римского права, Варшава 1896 на https://www.studmed.ru/download/dydynskiy-fm-latinskorussskiy-slovar-k-istochnikam-rimskogo-prava_fdca255db58.html

¹⁰ VENTURINI, C. *Concussione et corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*. – In: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, v. VI, Milano, 1987, p. 133-157. Разбира се, размерите на това явление са огромни и в периодите на монархията, но там тя е свързана със специфичния държавен апарат и начин на осъществяване на публичната власт, съдържа редица анахронизми и е по-близка до другите антични монархии, отколкото до настоящето. Съществуват различни становища относно корупцията в периода на прехода, наричан Принципат, и по-късно – в епохата на Домината (края на III – средата на VI век от н. е.). Според някои автори силното еднолично управление не съдейства за развитието на корупция. Според други, въз основа на анализа на сведенията от историческите и литературните извори, корупцията продължава да съществува, предимно на политическо и съдебно ниво, но също и във връзка с назначаването на длъжности, осигуряващи достъп до общественото богатство, освобождаването от данъци и повинности и пр. привилегии, които в условията на феодализация лесно прерастат в имунитети. Именно корупцията поддържа високото ниво на социална диференциация между висшите и низшите съсловия (*honestiores* и *humiliores*), тя прониква във всички отрасли на регулираната от държавата икономика, тя е свързана с упражняването на държавните монополни права върху добива на ценни метали, корабостроенето, морската търговия, доставките на зърно и пр. Вж. McMULLEN, R. *Corruption and the Decline of Rome*, 1988; VEYNE, P.

но ясно се проявява и изборната корупция.

Предоставянето на дарове с различна цел е често практикувано както в междудържавните, така и в личните отношения. Така напр. признаването на надмощието и поставянето под закрилата на чужд владетел или на висш сановник или аристократ е свързано със задължението да му се правят подаръци по всякакви поводи. Наред с това в много древни държави, а също и в Рим още от архаичния период се практикува организирането на празненства, игри, раздавания на храни и пари сред населението, което като краен резултат цели осигуряването на популярността на владетеля или на определени политически лица в условията на античната демокрация. Постепенно строго религиозните и родови и фамилните обичаи постепенно биват увлечени в орбитата на политиката и започват да се използват за други цели. Така римските политици се стремят да завладеят общественото мнение и благоразположението на тълпата, идентифицирана като бъдещите им избиратели, с различни позволени средства, между които са и раздаването на подаръци, хвърлянето на монети на тълпата и пр.

Произходът на изборната корупция обикновено се търси във формите на т. нар. „протокорупция“, съществуваща още по времето на прехода от натурална размяна към стоково парични отношения, която в периода IV-III век пр. Хр. се счита за напълно законна. Тя се определя от специалистите по политически науки като легална форма, водеща до резултати, съвместими с нормалното организиране и функциониране на политическите и държавните институции. Популярността на едно лице, избрано за магистрат или пък сенатор, е гаранция за успеха на неговата публична дейност, подкрепяна от привържениците му.

В архаичния период и началото на Републиката ожесточената политическа борба между патриции и плебеи води до масово участие в народните събрания – *comitia* и *consilium plebis*, съответно и в гласуването и спазването на определените от обичая правила. Няма сведения за корупционни практики, тъй като самото противопоставяне на двете съсловия ги ограничава – плебеите не биха се съгласили да предадат своите интереси в никакъв случай, при това става въпрос за много съществени проблеми: равно участие в политическия живот и достъп на плебеите до магистратурите, до разпределението и завземането на публичните земи, отмяна на дълговото робство, общо и еднакво за всички право и правораздаване, право на справедлив процес и пр.¹¹

Едва към края на III – началото на II век с промяната на политическата обстановка и стремежа за достъп до властта на определени лица, чието поведение се отклонява от римските морални стандарти за добрия управник и истинския римлянин, а също и от позволените от закона и обичая

Clientèle et corruption au service de l'Etat: la vénalité des offices dans le Bas Empire. – In: *Annales* (1981), p. 339-360.

¹¹ Вж. PANI, M., *La repubblica romana*. Bologna, 2010, p. 71, 77 ss.

действия, свързани със заемането на избран пост, вече се поставя въпросът за избраната корупция. Изборите се превръщат в истинска битка за власт, свързана с богатството, влиянието и надмощието, които тя осигурява както в Рим, така и в провинциите.

Появата на избраната корупция някои автори свързват със относителната стабилизация на римското общество, като към края на III век пр. Хр. борбата между патриции и плебеи вече е завършена, комициалните закони са приравнени с плебисцитите, а от 287 г. пр. Хр. плебеите вече имат достъп до повечето магистратури¹². В средата на III век се провежда реформа и в центуриатните комиции чрез сливането на цензовото и териториалното деление на римските граждани, като на преден план излиза имуществения ценз, съответно и гласуването по центурии, което дава предимство на вота, получен от първите, макар и по-малобройни центурии, но с представители на заможните римляни¹³. Това от своя страна се отразява на целия избран процес, който се превръща в арена за смяна на управляващия елит на поземлената аристокрация и домогване до властта на новите, икономически обвързани с производството, търговията и провинциалната икономика слоеве на римското общество¹⁴.

Във връзка с това могат да се направят някои уточнения. Идеята за обкръжение на определени влиятелни люде в началото на Републиката е свързана с напълно одобряваната в морален и обичаен аспект практика кандидатите за магистратски постове, обкръжени от своите клиенти и привърженици, да обикалят на Форума или на Марсово поле, като лично се срещат с избирателите – прототип на съвременната избирателна кампания. Тази практика се свързва с измененията във формата на гласуване към следата на II век пр. Хр., като в избраните урни се поставят восьъчни таблички с изписан тайният вот на избирателите. Някои автори дори считат, че самият Тиберий Гракх е основател на технологията „от врата на врата“, като е обхождал лично плебейските квартали, за да агитира за своя избор и провежданата от него аграрна реформа.

¹² Вж. MOURITSEN, H. *Plebs and politics in the Late Roman Republic*. Cambridge, 2001; HUMBERT, M. *I plebiscita prima dell'equiparazione alle leggi (con la Lex hortensia del 287 CA.)* - In: *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*. Pavia, 2012, 307-337.

¹³ Вж. анализа на процеса у YACOBSON, A. *Elections and electioneering in Rome. A study in the political system of the Late Republic*. Stuttgart, 1999, p. 57 ss.

¹⁴ За сложната социална, икономическа и политическа обстановка в периода III-II век пр. н. е. вж. BUONO-CORE VARGAS, R. *Apectos de la lucha politica en Roma en la segunda mitad del III a. c. z Valparaiso*, 1988; DE MARTINO, F. *Motivi economici nelle lotte dei populares*. - In: *De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, 69-80; TONDO, S. *Fattori e momenti di crisi della costituzione repubblicana romana*. - In: *AATC 50 (1985)*, 3-63; CASTAN PEREZ-GOMEZ, S. *Una aproximacion a la democracia romana a traves del sufragio activo y pasivo*. - In: *Rivista di diritto romano*, 13 (2013).

Това се е възприемало като част от социалния и политически компромис между патриции и плебеи, но и като разясняване на позициите на кандидатите относно най-актуалните въпроси – отмяната на дълговото робство, разпределението на земи, достъпът на плебеите до магистратурите, завоюването и управлението на нови територии, правната защита на частните лица чрез общо и еднакво за всички правораздаване и пр. Тази практика е и демонстрация на признаването на политическите права на плебеите и достъпът им до властта, а по-късно, с разширяването на римското гражданство и предоставянето на права на латините и чужденците – и единствен начин за защита на техните интереси чрез осигуряване на избора на техния патрон на магистратски пост.

Така тези действия имат и определено символично значение, което обаче постепенно се модифицира с изменението на организирания от аристокрацията избори, които започват да се манипулират с оглед запазването на нейния приоритет във властта, съответно и на икономическите ѝ позиции, сериозно атакувани от конническото съсловие и провинциалите. Така към II-I век вече се поставя въпросът за изборната корупция. За да се определи тя обаче следва да се направи отграничение от позволените средства в изборната кампания, съответно използването им за постигане на непозволен цели и формирането на обществената нетърпимост към тях.

В наставленията на Квинт Цицерон във връзка с избирателната кампания на брат му Марк Тулий Цицерон, събрани в малък наръчник в епистуларна форма, по-късно озаглавен „*Commentariolum Petitionis*“ значителна част е посветена на контактите с избирателите, което е обичайна и позволена практика¹⁵. Една от формите е т. нар. *largitio* в смисъл на всякакви прояви на щедрост, която може да се изрази в организиране на общи трапези и пиршества (при това не само за привържениците на кандидата, а за много по-широк кръг лица, включително на определени социални или

¹⁵ Квинт Тулий Цицерон (*Quintus Tullius Cicero*, 102 г. пр. н. е. – 43 пр. н. е.) е по-младият брат на Марк Тулий Цицерон, женен за сестрата на най-добрия му приятел и издател на съчиненията му – Атик. Самият Квинт има политическа кариера, не и без протекцията на брат си: претор през 62 г., проконсул на провинция Азия (59–58 г.), легат на Гней Помпей в Сардиния (57 г.), на Гай Юлий Цезар в Галия (54 г.) и на брат си, когато е назначен за управител на Киликия (51 г.). Проскрибиран и убит заедно с брат си и сина си Квинт през 43 г. пр. н. е.

Според някои автори пълното наименование на съчинението е „*Q. Ciceronis de Petitione Consulatus ad M. Tullium Fratrem*“. Авторството на Квинт Цицерон е оспорвано, но съдържанието на наръчника ясно насочва именно към избирателната кампания на Марк Тулий Цицерон за консул през 65–64 г. пр. н. е. Вж. текста и коментара у CROSS L., *Communication et participation politique: la Commentariolum Petitionis* – In: *Anali della Facoltà della letteratura e degli arti della Università di Bari*, (2009–2010), 141–142. Вж. целия текст на това съчинение – Q. Tullio Cicerone. *Manualetto di campagna elettorale (Commentariolum petitionis)*. Testo latino a fronte. A cura di P. Fedeli. Salerno, 1988 и *A Short Guide to Electioneering: Quintus Cicero's „Commentariolum Petitionis“*. 2 ed., London, 1994.

професионални прослойки), раздаване на месо (*viscerationes*), предоставяне на малки подаръци, организиране на гладиаторски битки, спектакли, празненства и церемонии и пр.

Квинт Цицерон се счита за един от предшествениците на политическото консултиране, чийто родоначалник е прието да е Николо Макиавели. Ако приемем, че наставленията му¹⁶ са относно една утвърдена и позволена изборна практика, то можем да обобщим следните принципи и насоки на осъществяване на предизборната кампания, чиято основна цел е правомерен и одобряван от обществото избор на съответния магистратски пост. Във връзка с това е необходимо както организирането на помощта на приятелите и привържениците, така и привличането на гласовете на избирателите.

На първо място Квинт счита, че избирателната кампания трябва да е добре обмислена, стриктно планирана и организирана, с разписване и разпределение на задачите на всички, които участват в нея, от което се подразбира ангажирането на широк кръг поддръжници. Интензивността на кампанията зависи от значимостта на поста, към който са насочени амбициите на кандидата.

Основните насоки на кампанията са пет:

1. Работа с кандидата. Осъзнаване на полезността от заемането на дадения пост не само за пряка икономическа или политическа изгода, но и за създаване на нови познания и разширяване на общественото влияние на кандидата след изтичането на мандата му, успешна по-нататъшна политическа кариера. Квинт съветва да се използват всички средства за представяне на кандидата в най-благоприятна светлина - от външния вид до поведението и жестовете, демонстриране на щедрост, съпричастност, съчувствие, скромност, но и твърдост и непоколебимост и пр. Основното предимство е кандидатът да се представя като „*homo novus*“, да не се основава на предходната си известност, а да подчертава новия си облик, свързан и с новаторство в политическата платформа. Не са малко напътствията за самовнушение и настройване за победа. Трябва да се подчертават и най-добре приеманите от електората качества - красноречие, справедливост, ерудиция и широки познания по право и философия, съчетани с предварително обмисляне на всяка реч и действие и не на последно място - актьорско майсторство и използване на всички похвати на ораторското изкуство.

2. Работа с групата на поддръжниците за изборите. Тук се включват всякакви действия за разширяване на влиянието на кандидата чрез лични контакти с влиятелните лица, от които зависят настроенятия в дадени социални икономически кръгове, напомняне на привържениците за оказвани услуги и обещания за бъдещо съдействие. Особено място Квинт от-

¹⁶ Те според някои автори са коментирани предварително и дори са „подказани“ от самия Марк Тулий Цицерон, а самото съчинение е редактирано сред успешния му избор за консул. Вж. Nisbet, R. G. M. *The Commentariolum Petitionis: Some Arguments Against Authenticity*. - In: JRS 19. 3 (1970), 384-385. Срв. и УТЧЕНКО, С. Цицерон и его время. Москва, 1972, с. 142 и сл.

деля на защитаваните от Цицерон лица в съда или тези, на които е оказвал безвъзмездна правна помощ и които именно при изборите могат да му се „отблагодарят“¹⁷.

3. Работа с близкото обкръжение от приятели и привърженици. В тази група Квинт определя роднините, приятелите и най-близките лица, които често посещават дома на кандидата, както и най-видните му клиенти. Тук следва да се отделят приятелите (в най-широк смисъл на думата), които имат определено политическо влияние и авторитет, както и тези, които са искрено привързани и благодарни, но и достатъчно интелигентни и имат вътрешна мотивация да съдействат за успеха на кандидата. От съвременна гледна точка би могло да се говори за подбор и оценка на потенциала и на степента на доверие, което се гласува на всеки от поддръжниците.

Съществен момент е организирането на клиентелата с конкретни указания за действие, като се определят разумните и благонадеждни лица, които не биха могли да навредят на кандидата с неомислено поведение или пресилени хвалебствия или с натиск върху избирателите. Всичко следва да остане в рамките на добрия тон, а ако има известни ексцесии, те грижливо да се прикриват и отричат. На тези лица като на „свои“ избирателите имат по-голямо доверие и съответно те са натоварени с изборната агитация, разпространяването на всякакви слухове, истории и пр., вкл. и против опонентите в кампанията.

4. Работа с електората. Към средата на I век пр. Хр. Рим има почти едномилионно население и избирателната кампания трябва да се приспособи към разнообразни езици, нрави и очаквания. Стратегическата цел на кампанията е не само да се получи благоволенieto на народа, но и той реално да гласува за кандидата по валиден начин. Квинт изброява някои подходи към избирателите – добре премерени речи и действия, жестове, облекло и поведение, лични познанства и обръщане по име¹⁸, всякакви ласкателства, постоянно и настойчиво внимание, щедрост, обещания за отблагодаряване за подкрепата и пр., както и критикуване на съперниците, разпространение на слухове, изгодно тълкуване на предзнаменования и пр. В хода на кампанията са се изготвяли и специални писма, които са се

¹⁷ В Рим правната защита и правните съвети са безвъзмездни, като услуга на римлянин към съгражданите си, а получаването на дарове не е възнаграждение за извършена правна работа, а знак на благодарност и уважение към съответния юрист. Вж. по-подробно в статията ми „За хонорарното право и правото на хонорар“ в сп. Адвокатски преглед, бр. 10 от 2008 г. – на www.vas.bg/p/2/0/2008_10_2-2414.doc

¹⁸ Това е един от най-често използваните прийоми в политическото пространство в Древния Рим, като за целта съответните кандидати и длъжностни лица са разполагали със специални роби (*nomenclatores*), които имат широки познанства и придружават своя господар, като му нашепват името на хората, с които той се среща. Това е особена чест за обикновените люде, които се чувстват поласкани да ги познава една видна личност. Вж. по-подробно у KOLENDO, J. *Nomenclator, memoria del suo padrone o del suo patrono*. Studio storico ed epigrafico. Faenza, 1989 и цитираната там литература.

разпространявали под формата на доверие да се запознаят със съдържанието им и лица, до които не са адресирани.

Особено внимание трябва да се обръща на обещанията, които, дори и да са лъжливи, трябва да изглеждат изпълними и да внушават увереност, че именно този кандидат ще ги реализира. Квинт подчертава, че е необходимо непрекъснато да се попълва и коригира информацията и да се следи обществената нагласа, да има доверени хора, които да докладват за настроенятия сред избирателите, както и готовност да се реагира срещу всяка клевета или действия, които са в полза на противниците в изборите.

5. Действия против съперниците. Изборите още от най-древната епоха са възприемани като състезание, като привидно благородната цел – изборът на точно определено лице на даден магистратски пост, е допускало всякакви средства и именно в тази насока постепенно се установява неправомерността на редица действия, насочени към елиминиране на противниците в избирателната кампания. Убедеността и настойчивостта, характерни за цялата избирателна кампания, в случая трябва да са премерени, но безпощадно насочени срещу съперниците, да разкриват и най-дребните им простъпки и недостатъци, да разкриват пороци, да разпространяват позорящи факти и истории, които да се потвърждават като „достовърни“ и пр. Предвид на правните занимания на своя брат и неговите защиты и речи на Форума Квинт разделя противниците на Цицерон на три групи – лица, срещу които той се е изправял пред съда и те са изгубили делата си или по друг начин са оцетени или пренебрегнати от него, такива, каквито са против него безпричинно и приятелският и клиентски кръг на неговите съперници в кампанията. Към всяка от групите трябва да се подхожда индивидуално, като се проявява разумна недоверчивост, прикритост, но и премерено агресивно поведение с цел неутрализиране или поне намаляване на влиянието на другите кандидати. В този процес добрата информация и своевременното опровергаване на някои слухове и нападки срещу кандидата е от значение за запазване или нарастване на неговото одобрение от избирателите¹⁹.

Независимо от тези указания, самият Цицерон неколккратно заявява, че спечелването на изборите е и въпрос на конкретна ситуация, в случая изгубването на изборите от Катилина, и обществените настроения. Според него и при най-добре планираната и организирана предизборна кампания без всякаква видима причина изборният резултат е неочакван, а волята на тълпата е най-ненадеждното и тъмно обстоятелство в изборния процес.

¹⁹Прави впечатление колко много от изложените по-горе наставления имат реално приложение в съвременните избирателни кампании. Заслужава си да направим един по-задълбочен превод и прочит на съчинението на Квинт Цицерон. Вж. някои обобщения, вкл. в цитирания по-горе смисъл и систематика у МАРЧЕНКО, Г. И. Квинт Цицерон как политически консултант. – В: Общественные науки и современность, 4 (2010), 82-88.

Очевидно при такава подготовка и осъществяване на практика избирателната кампания изисква значително финансиране, което не винаги е по силите на самия кандидат, поради което се сключват най-разнородни кредитни споразумения и не особено издържани в морално отношение договорености и обещания за бъдещи изгоди от властта. Както посочва Плутарх в жизнеописанието на Цицерон: „Няма по-свиреп звяр от човека, ако към неговите страсти се присъедини и властта“²⁰.

Манипулирането в кампанията, достигнало определен предел и съчетано с откровени лъжи и насилие, постепенно създава обществена нетърпимост, която се използва от конническото съсловие срещу патрициата, за да въведе санкции за опорочаването на изборните резултати. Множеството закони с такъв предмет обаче говорят, че ефективността им не е значителна. Следва обаче да се има предвид, че тези санкции могат да се прилагат винаги, когато това е изгодно на определени сили и в даден политически момент, за което се приема съответния закон. Така постепенно се изгражда фактическият състав на едно специфично престъпно деяние, определяно като „ambitus“, за което се създава и първоначално извънредна, а по-късно и специална юрисдикция.

Трябва да се направи уточнение, че в римското право по отношение на престъпленията съществуват отделни закони, като във всеки от тях е изградена конкретната форма на престъпното деяние, съответно и наказанието за нея – законите са от типа на *leges perfectae*. По тази причина можем да говорим най-общо за престъплението „ambitus“, но проявите му форми са твърде изменчиви според различните закони, а има и съществени различия в уредбата по времето на Републиката или на Империята.

Всички тези обстоятелства са в основата на изборната корупция и засягат съществена политическия и държавния строй в края на Републиката през периода II-I век от Хр. и дори в началото на Принципата на Август. Това е период, за който древните автори отразяват противоречивата обществена нагласа за възприемането на корупцията (в съвременния смисъл на понятието). От една страна тя се счита за естествена проява в хода на изборните борби, когато няма изрично забранявани от държавата средства, а от друга срещу нея се противодейства във връзка издигането на най-високите постове в държавата на лица, които прокарват определена политика на конфронтация в обществото.

Проблемите на корупцията в Късната Република обикновено се разглеждат до гражданските войни на Цезар и Помпей и последвалите ги диктатури, триумвирати и постепенното преминаване към монархическа форма на управление (Принципат) въпреки привидното запазване на републиканската форма на управление. Това е свързано с необходимостта да се изяснят корупционните механизми в условията на нормално функциониране на институциите, при провеждане на избори и назначения на

²⁰ ПЛУТАРХ, Успоредни животописи. С., 1981. Демостен-Цицерон.

магистратите съобразно принципите на римската конституционна уредба. Изборната корупция според Монтеско е една от причините както за упадъка на републиканската форма на управление, така и за по-нататъшната съдба на римската империя. Тя достига своя връх към началото до средата на I век пр. Хр., но отделни корупционни практики с изборна цел са налице значително по-рано.

3. Понятието за „ambitus“ и правната му уредба

В Древния Рим има специален термин, с който се означават действията, които в своята съвкупност могат да се определят като изборна корупция – *ambitus*.

Лексемата има две значения²¹. Първоначално така се означава свободното пространство от 2, 5 стъпки около всяка къща, която според древната традиция трябва да се остави, за да се отдели тя от тази на съседа и да се издигне ограда, защитавана от боговете²².

Другото значение, вече като правно-технически термин, се свързва с глагола „*ambire*“, който освен основното значение на „ходя в кръг, обхождам, обкръжавам“ постепенно придобива и значение на „обграждам с внимание, с молби, изисквам, старая се да получа благоволение, обръщам се с молба, домогвам се, добирам се“ и т. под. интриги, хвалби, тщеславие, интриги и машинации, свързани именно с политическите борби в края на Републиката и изборния процес²³.

Според някои автори с този термин могат да се определят както законните, така и забранените форми за домогване до определени изборни длъжности по времето на римската Република²⁴. Те се основават на сведе-

²¹ В случая няма да коментирам, но следва да се отбележи и значението на този термин в музиката, като така се означава музикалният интервал между най-ниския и най-високият тон на дадена мелодия, изпълнявана от човешки глас или музикален инструмент. Терминът възниква в традицията на григорианското песнопение, където физическите възможности на човешкия глас имат огромно значение.

²² Това значение се открива у Фест и у Варон (Var. L. L., 5. 22.), а сведения за ограждане на домовете в архаичната епоха се съдържат и в Енеида. В съчиненията на землемерите и в някои надписи се споменава в този смисъл за „*locus cum ambitu datus*“, както и у Витрувий – вж. Vitruv., De arch., 6. 5-9. Срв. и BRUGI, B. *L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del diritto romano*. -In: RISG 4 (1887), 161-212. Срв. и сведенията на Помпоний в D. 47. 12. 5. относно придаването на *ambitus* към имот, в който има гробница (*sepulchrum*). Вж. в. „*ambitus*“ in: DAREMBERG, CH., SAGLIO E. *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* (DA), t. 1. 1, Paris, 1873, 223-224.

²³ Вж. множеството значения у ДВОРЕЦКИЙ, И. Латинско-русский словарь, в. „*ambio*“ и „*ambitus*“ на <http://linguaeterna.com/vocabula/alph.php>

²⁴ Това определение е дадено предимно в речниците и енциклопедиите – срв. LONG, G. *Ambitus*. - In: William Smith. *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, 1875, p. 76-78 на <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIRGA/Ambitus.html>; ЛЮБКЕР, Ф. Амбитус. - В: Реальный словарь классических древностей

нията у различни римски автори, включително и у самия Цицерон, които се позовават на *mores maiorum* и съответно определят като допустими всички действия освен изрично забранените от специалните *leges de ambitu*. В този смисъл и Варон определя, че това е действие на този, който обикаля сред народа, каквато е обичайната практика при изборите от най-древните времена²⁵. Наред с това с оглед по-широкото значение на термина се възприема, че участието в изборите е съпътствано и от активна дейност на обкръжението на кандидата, което ще разгледам по-долу.

Повечето изследвания специално по темата за изборите в Рим възприемат термина като означение за всякакви изборни злоупотреби, санкционирани от закони и сенатусконсулти, като му придават негативен смисъл на домогване с всякакви средства до определен пост или облага²⁶. Впрочем с тази интерпретация етимолозите свързват и лексемата „ambitio“ за означаване на честолюбие, себелюбие, славолюбие, тщеславие, суета, старание, настойчивост, но и на кариеризъм, угодничество, ходатайство, домогване, лицемерие, притворство, користност, безскрупулен стремеж към постигане на определен резултат или добирание на всяка цена до определен резултат или каква да е длъжност²⁷. Така терминът се свързва със смелостта на кандидатите да се изправят пред народа и с тяхната амбициозност да спечелят изборите, което обаче в Рим не се третира в позитивен аспект, а като укоримо поведение²⁸.

В този смисъл могат да се поставят и редица въпроси, на които няма еднозначен отговор в източниците – напр. ако в резултат на *ambitiones* не се достигне до неправилен, т. е. до забранен от закона резултат, то тогава може ли да се осъществи отговорността *de ambitu*, която е правна, а не морална? Разпростира ли се тя и на подготвителните действия за корумпиране на изборите или само ако съответният кандидат получи поста, до който се домогва²⁹?

на www.sno.pro1.ru/lib/lubker/index.htm

²⁵ Varr., *De L. L.*, 5. 28. – *qui populum candidatus circum it, ambit.*

²⁶ Вж. GRUEN, E. S. *The Exercise of Power in the Roman Republic*. – In: *City States in Classical Antiquity and Medieval Italy*. Athens and Rome. Florence and Venice. Stuttgart, 1991, p. 256s.; LINDERSKI, J. *Buying the Vote: Electoral Corruption in the Late Republic*. – In: *Roman Questions. Selected Papers*. Stuttgart, 1995., p. 110; TRISCIUOGLIO, A. *Studi sul crimen ambitus in età imperiale*. Torino, 2017, p. 17 ss. и цитираната там литература.

²⁷ Вж. ERNOUT, A., MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris, 2003, 26–27 и Дворецкий, цит., в. „ambitio“, „ambitiosus“.

²⁸ Срв. и Varr., *L. L.* 5. 28. 3: *Qui populum candidatus circum it, ambit, et qui aliter facit, indagabili ex ambitu causam dicit.*; id. 7. 30: *Profectum a verbo ambe, quo inest in ambitu et ambitioso*. В подобен смисъл е и становището на Fest., *Verb. sign.*, 15–20L.

²⁹ Вж. изследването в този смисъл, но относно императорската епоха на TRISCIUOGLIO. *Op. cit.*, p. 85 ss.

Трудно може да се определи моментът, в който *ambitus* се възприема като правонарушение, а по-късно се третира като престъпление³⁰. Още през V век пр. Хр. вероятно вече има някакви укорими действия, срещу които публичната власт реагира. Така Тит Ливий споменава, че в 432 г. пр. Хр. военните трибуни L. Pinarius, Sp. Posthumitls и L. Furius, които имат консулска власт, предлагат закон (*rogatio*) за забрана кандидатите да носят бели тоги (*toga candida*), с които да се отличават от другите граждани³¹. Според някои автори³² това не би могъл да бъде комициален закон, защото патрициите биха приложили цялото си влияние и присъствие в народното събрание той да не бъде приет, тъй като ги касае пряко. С оглед на конкретната политическа обстановка може да се предполага, че това е плебисцит, маркиран и предложен от военни трибуни. Все още не се употребява терминът „*ambitus*“ в смисъл на изборни манипулации, но законът може да се приеме като първи опит да се ограничи влиянието на тези, които се стремят към магистратурите и управлението на държавата чрез прекомерно демонстриране на своите икономически възможности и използването на материален способ за отличаването си от другите римски граждани, с което се нарушава паритетния принцип на участие в изборите³³. Това се приема и като първият опит да се противостои на стремежа на патрициата да ограничи навлизането на плебеи или въобще на *homines novi* в публичната власт.

Очевидно законът не се е прилагал особено ревностно, тъй като няма сведения за някакви санкции, налагани въз основа на забраната, а и носенето на *toga candida* продължава в следващите столетия. Това от своя страна прави спорно дори съществуването му, а в някои случаи се приема като „сондиране на „почвата“ и проучване на обществените нагласи на плебса и мощта на патрициата преди приемането на Lex Poetelia за отмяна на дълговото робство³⁴.

³⁰ Вж. Fest., Verb. sign. 5. 6-9L: *Ambitus* [...] *crimen avaritiae vel affectati honoris*. В този смисъл повечето автори насочват вниманието си едва към Късната Република, когато се създават и специалните съдилища за съдене на това престъпление като публичен деликт. Вж. LICANDRO, O. *Candidature e accusa criminale: strumenti giuridici e lotta politica nella Tarda Repubblica*. - In: INDEX, 25-36 (1997), 447-471; LINDERSKI, J. *Buying the vote: electoral corruption in the Late Republic*. - In: *Ancient world*, 11(1985), 87- 94.

³¹ Вж. Liv., 44. 25. 13. Относно закона вж. ROND G., *Leges publicae populi Romani: liste chronologique avec une introduction activité législative des rassemblements romains*, Hildesheim, 1962, p. 211. От този вид тога е и названието „кандидат“, което се запазва трайно в римската обществено-политическа лексика. Относно тази лексема и обвързаността ѝ с *toga candida* вж. DENIAUX, E. *La toga candida et les elections à Rome sous la République*. - In: *Costume et société dans l'Antiquité et le Haut Moyen age*. Paris, 2003, 49-55.

³² Вж. напр. FASCIONE, L. *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana: contributo allo studio del diritto criminale repubblicano*. Milano, 1984, p. 23 ss. и цитираните там автори.

³³ Избелената тога се е считала за такава демонстрация. Вж. по-подробно FASCIONE. *Op. cit.*, p. 25.

³⁴ С Lex Poetelia Papiria през 326 г. пр. Хр. в резултат на масовото и бурно недовол-

Предполага се, че легалната практика на агитация сред избирателите и подкрепата на клиентите на съответния кандидат се превръщат в *delicta publica* с предлагането на пари на избирателите. С това връзката между кандидата и народа, вкл. и жителите на провинциите, се счита за посегателство срещу суверенитета на *populus romanus*. Именно покупката на гласовете на избирателите с пари или с раздаване на храни се приема, че опорочава свободното изразяване на волята на избирателите, които се чувстват задължени сякаш по договор, вече получили някаква материална облага, да престоират своя вот в полза на този, който им е платил или ги е възнаградил предварително. Независимо че не самият кандидат, а неговите клиенти и *divisores* извършват тази търговия, той носи отговорност за техните действия, като се предполага, че знае за тях и ги насърчава.

В римското общество евергетизмът³⁵ е нормално явление и има значително място, но в случая е инкриминирана целта на проявяваната от кандидата щедрост – домогването до публична длъжност.

Преди обаче да се достигне до създаването на специална колегия за съдени на това престъпление, съответно и ясното му определяне като *delicta publica*, се преминава през още един своеобразен „подготвителен“ етап – забраната на ексецивна агитация. Така през 358 г. пр. Хр. пак според Ливий плебейският трибун Caius Poetelius предлага приемането на плебисцит, известен като *Lex Poetelia de ambitu*³⁶, като забранява покупването на избиратели по време на публични сбирки, по площадите и на пазарите (*qui nundinos et conciliabula obire soliti erant comprimebantur*) и провеждането на такава агитация по време на изборната кампания³⁷. Споменава се, че законът е предложен по поръка (или с одобрението) на Сената, като действията се считат за оказване на натиск от страна на *homines novi*, което Ливий изразява собствено мнение и по-скоро насочва към реакция на аристокрацията, отколкото за някакво демократично ограничение под влияние на плебса, независимо че законът е внесен

ство на плебса се отменя гарантирането на дълга с личността на длъжника или негов подвластен, съответно превръщането му в дългов роб (*nexus*), въведено с договора за пехум. Вж. подробно у Liv., 8, 28. Според Varro. *De L. L.*, VII., законът е приет през 313 г. пр. Хр. Вж. КОФАНОВ, А. А. О датировке, сущности и значении закона Петелия. – В: Социално-политические и культурные проблемы истории европейских государств от античности до Нового времени. Москва, 1989, 17-33; PEPPE, L. Studi sull'escuzione personale. V. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana. Milano, 1981.

³⁵ Относно практиката на евергетизма, засвидетелствана в латинските надписи и в литературата вж. PANCIERA, S. L'evergetismo civico nelle iscrizioni latine d'età repubblicana. – In: Actes du Xe congrès international d'épigraphie grecque et latine. Nîmes, 4-9 octobre 1992. Paris, 1997, 249-290; VIRLOUVET, C. L'apport des sources littéraires à l'étude de l'évergetisme à Rome et dans les cités d'Italie à la fin de la République. Ibid, 227- 248,

³⁶ Вж. ROND. Op. cit., p. 221.

³⁷ Liv., 7. 15. 11.

за гласуване от плебейски трибун. Може да се потърси и друго обяснение в значителната стратификация на плебса към този момент и наличието на негови заможни представители, които по силата на ценза могат да кандидатстват за избиране като магистрати и следване на *cursus honorum*.

В този закон за първи път е употребен терминът „*ambitus*“ като действие, свързано с негативната *ambitio* на кандидата за магистрат. Като противоправно деяние се определя една специфична дейност – обикалянето на кандидата, който очевидно е непознат за гласоподавателите, по пазарите и публичните места, на които се тъпчат хора с цел набиране на гласове в своя полза. В контекста на забраната прозира идеята, че включването в изборителната кампания на нови, а не утвърдени със своята мъдрост, житейски опит и престиж лица очевидно е свързано с извършването на укорими морално и обявени от закона за противоправни действия.

Явно законът съвсем не ограничава подобни действия, като се споменава, че през 314 г. пр. Хр. диктаторът *Moenius* е принуден да преследва цяла коалиция от патриции и сенатори, които се стремят да завземат всички важни магистратури. Санкции обаче не са наложени поради извънредно големия брой представители на патрициата, които би следвало да бъдат обвинени³⁸.

Повече от столетие няма сведения за реакцията срещу изборните правонарушения. Споменава се едва че през 181 г. пр. Хр. с *Lex Cornelia Baebia de ambitu* по време на консулата на *Publius Cornelius Cethegus* и *Marcus Baebius Tamphilus* подобни деяния се наказват с 10-годишно отнемане на *ius honorum*³⁹. В закона прозира римска интерпретация на гръцката практика на остракизма, с която се елиминира за 10-годишен период всяко лице, което се стреми да узурпира властта по времето на Атинската Република⁴⁰. Решението на римската държава обаче е свързано и с традиционните ценности за римското общество, сред които заемането на магистратската длъжност е почетно занятие и носи почетна титла (*honor*), като нарушителите на публичния ред и на обществения морал следва да бъдат радикално отстранени от политическия живот, а не само парично санкционирани.

³⁸ Liv., 9. 26.

³⁹ Liv., 11. 19.; 40, 19. Според Момзен има известно смесване на този закон с *Lex Baebia de praetoribus*, също от 181 г. пр. Хр., с който се определя изборът за следващите години на четирима претори вместо шестима (Liv., 40, 44). С това се прави опит да се ограничи достъпът на лица извън нобилитета до претурата и аспирирането им за консулски постове. Вж. MOMMSEN, T. *Le droit de publique romain*. v. 3, Paris, 1893, p. 227.

⁴⁰ За остракизма в Гърция срв. FORSDYKE, S. *Exile, ostracism, and democracy: the politics of exclusion in Ancient Greece*. Princeton, 2005; SIEWERT, P. *Accuse contro i «candidati» all'ostracismo per la loro condotta politica e morale*. – In: *L'immagine dell'uomo politico: vita pubblica e morale nell'Antichità*. Milano, 1991, 3-14.

Ефикасността на мярката несъмнено е голяма, но се поставя въпрос за броя на действително осъдените лица и за реалното прекратяване на изборната корупция в Рим. Античните автори сякаш дават отрицателен отговор на този въпрос, а и многократното повтаряне на санкциите в множество последващи закони свидетелства за трайния характер на тази престъпна дейност по времето на Републиката. Във връзка с това Полибий утвърждава, че за разлика от картагенците, които се домогват до обществени длъжности с подкупи, в Рим това се е наказвало първоначално и със смърт, макар и това да не е потвърдено в други източници⁴¹.

Следва един неназован с вносителите му закон у Ливий от 159 г. пр. Хр., който не споменава нищо и за съдържанието му. Според някои автори става въпрос за нов закон, който възпроизвежда санкцията по *Lex Cornelia Vaebia de ambitu* от 181 г., която не се прилага ефективно. Предполага се също, че Ливий е направил грешка и е имал предвид *Lex Cornelia Sullae de ambitu*, в която също има отстраняване на кандидата, предлагал подкупи, за 10 години. Има и становища, че законът се е наричал *Lex Cornelia Fulvia de ambitu*, приет по времето на консулата на *Sneus Cornelius Dolabella* и *Marcus Fulvius Nobilitor*, който предвижда заточение (*aquae et ignis interdictio*), а според някои автори – и смъртно наказание, ако се предлагат пари и дарове на избирателите и се организират пиршества с цел изборна пропаганда⁴².

През 139 г. пр. н. е. с *Lex Gabinia tabellaria* се въвежда тайният вот с въсъчни таблички за магистрати и се поставя началото на серия изборителни закони (*leges tabellariae*), с които се осигурява по-голяма сигурност на гласуването и свобода за изразяване на вота, по-голяма конкурентоспособност на кандидатите и значително намаляване на възможностите на подмяната на вота на избирателите с манипулации при гласуването⁴³. Пре-

⁴¹ Срв. Polyb., 6. 56. 4. Момзен оспорва достоверността на това свидетелство на Полибий, като счита, че то има предимно морализаторски ефект, като вероятно става въпрос за *l'aquae et ignis interdictio* или за *capitis deminutio* по аналогия със санкциите по Закона на Дванадесетте таблици. Срв. и GRUEN, E. S. *The Exercise of Power in the Roman Republic*. – In: A. Molho, K. Raaflaub, J. Emlen, *City States in Classical Antiquity and Medieval Italy: Athens and Rome, Florence and Venice*. Stuttgart, 1991, p. 257.

⁴² Вж. Liv., *Epitome*, 47. Вж. сведенията за отделните закони у ROND G., *op. cit.*, p. 277 s., 288 s.

⁴³ Част от тези закони не са свързани с избора на магистрати, а с други случаи на гласуване в комициите – напр. *Lex Gabinia tabellaria* е последван от *Lex Cassia tabellaria* от 137 г. пр. Хр., прилаган при избора на съдебни заседатели в журито на специалните наказателни колегии (*questions*) с изключение на съденето за предателство, *Lex Papiria* от 131 г. пр. Хр., прилагани при гласуването на закони, *Lex Caelia* от 107 г. пр. Хр., който разширява приложението на *Lex Cassia* за престъпленията, определяни като предателство. Относно тайния вот на законите вж. LUISI, N. D. *Sul problema delle tabelle di voto nelle votazioni legislative: contributo all'interpretazione di Cic. Ad Att. 1. 14. 5*. – In: INDEX, 23 (1995), 419-45; за избирането на съдебни заседатели вж. FEIG VISHNIA, R.

ди това гласоподавателите обявяват своя вот устно на регистратор, който го отбелязва в съответния списък.

Тайното гласуване би трябвало да намали социалния натиск върху гласоподавателите, но реално това не се случва. По времето на консулата на Гай Марий (120 или 119 г. пр. Хр.) с *Lex Maria* се въвежда особена организация на гласуването, като избирателите се подреждат един след друг и минават по обозначени тесни пътеки и мостчета (*pontes*), преди да пуснат табличките си в изборната урна. По този начин е направена стъпка за избягване на натиска от изборните агенти (*sectatores*), но в изворите се споменават все повече нарушения на правилата⁴⁴.

Първото споменаване на процес за *ambitus* като изборна манипулация е във връзка с кандидатурата на Гай Марий през 115 г. пр. Хр. за претор. Според сведенията у Валерий Максим⁴⁵ и Плутарх⁴⁶, Гай Марий използва цялата своя физическа сила, влияние и поддръжници, за да участва в изборите за квестор, трибун, едил и накрая за претор, като за последното се правят най-значителни закононарушения и корумпиране на избирателите. По време на процеса се изслушват свидетели, които заявяват, че са използвани патронатната връзка и роби, които да влияят на вота, но вината на Марий не е доказана и при еднакъв брой гласове на журито „за“ и „против“ той все пак е оправдан.

От тези сведения може да се направи извод, че към края на II век пр. Хр. вече има създаден специален постоянен съд за това престъпление – *quaestio perpetua de ambitu*. Не е известна датата на създаването му, но това е част на общата тенденция за противопоставяне на аристокрацията и нейното олигархично окупиране на властта. Според Момзен този закон е приет едновременно с *Lex Calpurnia de repetundis* през 149 г. пр. Хр., като и двете *questiones* са с идентична структура⁴⁷.

Споменава се *Lex Aemilia Baebia de ambitu* от 82 г. пр. Хр. забранява пиршествата, организирани от кандидатите, но няма сведения за предвиждани по нея санкции, съответно и процеси пред *quaestio perpetua de ambitu*.

В хронологичен план следващият закон, с който се прави отново опит за противодействие на изборните злоупотреби е *Lex Calpurnia de ambitu* от 67 г. пр. Хр. Според Дион Касий законът е внесен от консулите *Acilius Glabrio* и *Calpurnius Piso*, принудени за това от Сената, тъй като по това

Written ballot, secret ballot and the iudicial publica. A note on the *leges tabellariae* (Cicero, *De legibus*, 3. 33-39). – In: *Klio*, 90 (2008), 334-346. По-общо по темата вж. YAKOBSON, A. Secret ballot and its effects in the Late Roman Republic. – In: *Hermes*, 123 (1995), 426-442.

⁴⁴ YAKOBSON. *Op. cit.*, p. 437 ss.

⁴⁵ Val. Maxim., 6, 9, 14.

⁴⁶ Plut., G. Marius, 5

⁴⁷ Срв. коментара у O'NEAL, W. J. Composition of the juries de *repetundis* from the *lex Calpurnia* to Sulla. – In: *Rivista di Studi Classici*, 26 (1978), 359-362; RICHARDSON, J. S. The purpose of the *Lex Calpurnia de repetundis*. – In: *JRS*, 77 (1987), 1-12.

време в следствие на много нарушения в правилата за изборната кампания и самите избори плебейският трибун Gaius Cornelius, подкрепян от значителна част от народа, иска много сурови наказания. Самият Пизон едва избягва процес за ambitus, а Сенатът чрез този закон успява да намали тежестта на предлаганите от трибуна санкции, с което съвсем не се ограничава изборната корупция, практикувана както от самите кандидати, така и от техните divisores⁴⁸. Като престъпни деяния се определят както организираните с цел привличане на избиратели публични пиршества, така и раздаването на пари, прякото насилие и изнудване на избирателите. По закона се предвижда парична санкция, както и вечна забрана за достъп до каквато и да е магистратура⁴⁹.

В Късната Република един от най-значимите закони против изборната корупция е Lex Tullia de ambitu от 63 г. пр. Хр., предложен за гласуване от Марк Тулий Цицерон по време на неговия консулат. В своите съчинения той разказва за съставянето на закона и се счита за негов автор, като подчертава, че с противопоставянето на изборните злоупотреби народът и Републиката се избавят от сериозна опасност⁵⁰. Законът забранява на кандидатите в двугодишния период преди кандидатирането им за магистратски постове да организират гладиаторски спектакли, освен ако за това не са задължени по завещание. В съответствие Lex Acilia Calpurnia се предвижда заточение за 10 години на осъдените за ambitus⁵¹, както и наказание за заседателите и съдиите, които нарушават задълженията си за справедлив процес и допускат да бъдат оправдани лица, извършили такова престъпление или пък тези, които предлагат кандидатури на отсъстващи лица.

Самият Цицерон коментира съдържанието на закона в речта си срещу Vatinius през 56 г. пр. Хр. Изборните спекулации въпреки наличието на този закон прозират и в речта му в защита на Lucius Licinius Murena⁵², който е избран за консул през 62 г. пр. Хр. заедно с Decimus Junius Silanus, но е обвинен преди встъпването си в длъжност в корупция от противника му, изгубил в изборите Servius Sulpicius, поддържан от сина си – известният юрист Servius Sulpicius Rufus и от Marcus Porcius Cato Uticensis. На страната на Murena също са едни от най-известните юристи и оратори на Рим – заедно с Цицерон защитата е поета от Marcus Licinius Crassus (който по-късно е един от триумвирите) и Quintus Hortensius Oratus. В крайна сметка Murena благодарение на блестящата защита, но и на конкретната поли-

⁴⁸ Цитиран у MOMMSEN, T., *Le droit pénal romain*. v. 3, Paris, 1907, p. 196.

⁴⁹ Вж. TRAVERSA L., *Comunicazione e partecipazione politica: il Commentariolum petitionis*, in "Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Bari" 52-53 (2009-2010), p. 141.

⁵⁰ CICERO M. T., *Due scandali politici (Pro Murena, Pro Sestio)*, introduzione di Giovanni Ferrara; traduzione di Camillo Giussani; premessa al testo e note di Salvatore Rizzo, Milano, 1988.

⁵¹ Cic., *Pro Pl.*, 34, 83.

⁵² Cic., *Pro Murena*.

тическа обстановка, която силно влияе на съдебните заседатели, е оправдан, въпреки че остават сериозни съмнения за неговата виновност⁵³.

В борбата срещу изборната корупция се споменава и Rogatio Aufidia de ambitu 61 г. пр. Хр., според която обаче не се наказва обещанието за даване на паричен подкуп на избирателите⁵⁴. Споменават се и годишни глоби в полза на всяка триба.

Скоро след това – през 52 г. пр. Хр. е гласуван предложението от Гней Помпей Велики закон – Lex Pompeia de vi et de ambitu. Според някои автори става въпрос за два отделни закона, предложени заедно и гласувани, поради което се счита, че се обединява уредбата за публичното насилие и изборните злоупотреби, реално осъществявани заедно в бурните времена от края на Републиката⁵⁵. Въвеждат се нови разпоредби, като се опростява процедурата пред специализирания съд за насилие (Quaestio de vi) и се увеличават санкциите, предвидени в Lex Plautia (78 или 63 г. пр. Хр.)⁵⁶. Законът срещу ambitus е с по-общ характер и заменя Lex Tullia de ambitu от 63 г. пр. Хр. и се отнася предимно за процедурни въпроси – за броя и начина на избиране чрез жребий на съдебните заседатели, продължителността на пледоариите и изслушването на свидетелите. Приема се, че и двата закона са срещу действията на Милон и неговите съучастници⁵⁷. Преследването за ambitus е по-често прилагано по силата на този

⁵³ Става въпрос за заплахата от заговора на Катилина и неговите поддръжници, които биха се възползвали от евентуално касиране на изборите за консули с признаване на обвинението срещу Murena, каквато е целта на Servius Sulpicius. Самата позиция на Цицерон в процеса е особено деликатна предвид на факта, че той е автор и поддръжник на Lex Tullia de ambitu, но в случая трябва да пледира за липса на нарушения в изборите, макар и някои от тях да са очевидни и доказани. Относно процеса срещу Murena вж. CICERO M. T., *Due scandali politici (Pro Murena, Pro Sestio)*. introduzione di Giovanni Ferrara; traduzione di Camillo Giussani; premessa al testo e note di Salvatore Rizzo, Milano, 1988; MOATTI, C. *Droit et politique dans le «Pro Murena» de Ciceron*. – In: RHD, 61 (1983), 515–531; PIERPAOLI, M. *L'orazione di Servio Sulpicio Rufo nel processo di Murena*. – In: Maia, 49 (1997), 231–253.

⁵⁴ Срв. ROND. Op. cit., 384–385.

⁵⁵ В този смисъл е текстът на Asconius, коментиран от Момзен – вж. Mommsen. Op. cit., p. 231s. Срв. CAVARZERE, A. *La Lex Plautia de vi nello specchio deformante della «Pro Caelio» di Cicerone*. – In: Atti del III seminario romanistico gardesano, promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 22–25 ottobre 1985. Milano, 1988, 233–250; HOUGH, J. N. *The Lex Lutatia and the Lex Plautia de vi*. – In: The American Journal of Philology, 51. 2 (1930), 135–147.

⁵⁶ Lex Plotia или Plautia забранява завземането на обществени места и носене на оръжие в града. Законът е предложен от предложен от консула Q. Catulus и подкрепен от плебейския трибун Plautius (Cic. ad Att., 2. 24; de Harusp. Respons., 8; Pro Coel. 29). Вж. относно закона ROND. Op. cit., p 410.

⁵⁷ Вж. описанието на тези събития в речта на Цицерон в защита на Милон – Cic, Pro Mil, 6, 15; 26, 70; 29, 79. Вж. и RAVIZZA, M. *Il processo contro Milone del 56 A. C.* – In: Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca. vol. VII, Napoli, 2001, 29–46; VARVARO,

закон, като се уточняват някои детайли в процедурата пред *Quaestio de ambitu* и отговорност за такива престъпления, извършени през двадесетте години, предшестваци консулството на Помпей.

На последно място от републиканските закони срещу *ambitus* се поставя *Lex Iulia de ambitu* от 18 г. пр. Хр., внесена от Август в качеството му на народен трибун и гласувана като плебисцит в *Concilia plebis*. Законът санкционира каквито и да са взаимоотношения и посещения между кандидатите на отделните партии в изборите и съдебните заседатели на съответната *Quaestio de ambitu*, като установява глоби за изборна корупция, заточение (*aqua et ignis interdictio*) и забрана за осъдените лица да се кандидират и да изпълняват каквито и да е публични длъжности в продължение на пет години⁵⁸. Предполага се, че поради обстоятелството, че наказанието е по-леко от това по предишните закони, вероятно те са били отменени изцяло или частично. Споменава се също и друг *Lex Iulia de ambitu* от 8 г. пр. Хр., който вероятно изменя закона от 18 г.⁵⁹. Според Плиний Млади по този закон се изисква всеки кандидат за магистрат да депозира сума, равна на една трета от неговото имущество като гаранция в случай на обвинение в *ambitus*⁶⁰. Тя се конфискува, ако обвиняемият е признат за виновен или се връща, ако е оправдан. Ако при изборите е упражнено насилие, то кандидатът е осъждан на заточение (*aquae et ignis interdictio*).

В Дигестите има само един фрагмент от съчинението на Модестин по наказателно право (*De roenis*), включен в титул 14 на книга 48, в която са и повечето публични деликти и посветен на Августовия закон против това престъпление (*De lege Iuliae ambitus*). Той следва значително по-обширната уредба относно служебната корупция (*D.48.13. Ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegis et de residuis*) и е запазен вероятно по исторически и традиционни причини за пълнота в представянето на становищата на класическата юриспруденция, а може би и във връзка с ограничените случаи на изборност в епохата на Юстиниан, макар още в самото начало да се посочва, че този закон не се прилага повече за изборите на имперски служители, наричани все още магистрати, според самия автор на фрагмента. От текста следва, че все пак той е в сила при изборите за муниципални магистрати.

Модестин се счита за последния класически юрист – ученик на Улпиан, живял през III век по време на управлението на императорите Александър Север, Гордиан I и Гордиан II⁶¹, един от големите авторитети на прав-

M. Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone. – In: AUPA 56 (2013), 215-255.

⁵⁸ Законът обикновено се включва към т. нар. „морални закони“ на император Август наред с брачното законодателство, репресирането на насилието и пр. Вж. за закона у Liv., XVI; Dion Cass., 54. 16; Suet., Oct. 34. 1. Срв. у ROND. Op. cit., 443.

⁵⁹ Dion Cass., 55. 5

⁶⁰ Plin., Ep., 6. 19. 4.

⁶¹ Herennius Modestinus е един от последните известни юристи с *ius respondendi*, със

ната мисъл, който съвсем не случайно е включен сред петимата най-видни юристи от класическия период (наред с Папиниан, Улпиан, Паул и Гай), чиито становища по силата на Lex Allogatoria от 426 г. имат сила на закон.

В този фрагмент се твърди:

D.48.14.1 (Modestinus libro secundo de poenis) pr. Haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratuum creatio pertinet, non ad populi favorem.

1. Quod si in municipio contra hanc legem magistratum aut sacerdotium quis petierit, per senatus consultum centum aureis cum infamia punitur.

2. Qua lege damnatus si alium convicerit, in integrum restituitur, non tamen pecuniam recipit.

3. Item is, qui novum vectigal instituerit, ex senatus consulto hac poena plectitur.

4. Et si qui reus vel accusator domum iudicis ingrediatur, per legem Iuliam iudicariam in legem ambitus committit, id est aureorum centum fisco inferre iubetur.

Този закон сега не се прилага, защото грижата при изборите на магистратите е на принцепса, а не е предоставена на народа.

1. Ако в някоя муниципия някой действа в противоречие с този закон при избори за магистрат или жрец, по силата на сенатусконсулт той се наказва с глоба от 100 златни монети и с безчестие (infamia)

2. Ако някой е осъден по този закон, но е било изобличено друго лице, то се предвижда реституция (на статуса му), но не се връщат дадените пари (като глоба по закона).

3. Същото се отнася и до този, който установява нов данък, като наказанието е по този закон по силата на един сенатусконсулт.

4. Също и ако обвиняем или частен обвинител посещават дома на съдията, се счита, че извършват това престъпление (ambitus) по силата на Юлиевия съдебен закон, т. е. е предписано да се осъдят на 100 златни монети в полза на държавната хазна.

Приема се, че това са последните републикански закони против изборната корупция, тъй като след Август наследникът му във властта Тиберий окончателно прекратява изборния процес от комициите, като прех-

значителна практика в Далмация, като префект на вигилите в Рим, съветник в императорската канцелария и учител по право на император Максимин. В Дигестите са запазени 345 фрагмента от неговите съчинения Pandectae, Regulae, Differentiae, De excusationibus, De poenis и др.

върля гласуването от Марсово поле в Сената⁶². Независимо, че в Ранния Принципат компромисно все още съществуват републиканските форми на държавно управление, реално властта се концентрира в ръцете на принцепса. Демократичното гласуване и избиране на магистрати постепенно се измества от назначаването на служители от императора, което поставя въпрос за една друга форма на *ambitus*⁶³.

4. Заключение

В Древния Рим не е имало писана конституция като основен закон, който да прогласи активното и пасивното изборително право, нито са запазени писмено фиксирани правила за провеждане на изборите. Все пак организацията на изборителния процес е следвала твърдо установена публична традиция, която римляните малко са променяли през периода на Републиката. Именно поради стабилността на тази традиция от една страна са се откривали възможности за манипулиране на изборите, а от друга – са се поставили въпросите първоначално на моралната укоримост, а по-късно – на извеждането на *ambitus* като престъпление.

Изборната корупция по времето на Римската Република е насочена към манипулирането на средните и бедните слоеве на населението в ежегодните избори за магистрати. Някои запазени надписи по стените на къщите в Помпей свидетелстват и за изборителната кампания за муниципални магистрати, която също не е подмината от злоупотребите.

Субектите, които участват в тези манипулации, са както самите кандидати за магистратски постове, така и лицата от тяхното обкръжение и дори наемани специално за изборите опитни „специалисти“. Особено място имат клиентските групи, които в края на Републиката се поддържат именно с такива цели. Първоначално от края на IV век пр. Хр. насетне някои отклонения от изборителните правила се приемат за допустими. Така използването на клиентските групи за „натиск и подкрепа“, прекъсването на вота, произнасянето на речи и продължаването му, при което да се манипулира изборния резултат, са все елементи на тази практика. Със засилването на влиянието на магистратите върху икономическите и социалните процеси по времето на Късната Република изборният процес е съпътстван с различни форми на насилие, осъществявани именно от клиентските групи около кандидатите или техните привърженици, поради което и законите за противодействие на това явление са обвързани – както е при разгледания по-горе *Lex Lex Pompeia de vi et de ambitu*.

Едно от наставленията към кандидатите за магистрати, особено на по-висшите йерархични нива, е демонстрирането на приятелски отношения и принадлежност към определени политически кръгове, без обаче да се декларира публично и категорично връзката с определена политическа партия. В понятието „*amicitia*“ се включват както публичноправни, така и

⁶² Tac., *Annal.*, 1. 15.

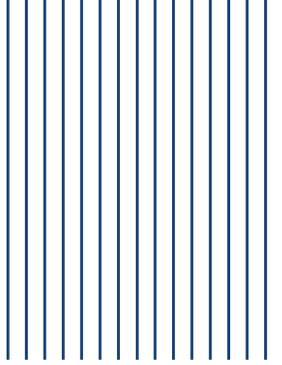
⁶³ Вж. подробно по въпроса монографията на TRISCIUOGLIO, A. *Studi sul crimen ambitus in età imperiale*. Torino, 2017.

частноправни форми на обвързаност на лицата от определени социални и икономически кръгове, но във връзка с изборите проявата на тази обвързаност често има решаващо значение за избора на даден кандидат. Така той демонстрира подкрепата на влиятелните си приятели, чрез които в Сената или чрез магистратските си правомощия може да осъществи обещанията, дадени на избирателите по време на изборната кампания, да получи и материална подкрепа за тях, а дори и да има на разположение закрилата на военачалниците и поверените им легиони, ако става въпрос за външно-политически действия или поддържане на мира и обществения ред.

В изборната корупция съществено място имат изборните посредници. Така наречените *divisores* според римското конституционно устройство отговарят за разпределението на публичните доставки и частните дарения (например по завещание) между римските граждани. Същевременно те реално са свързани с трибите като електорални единици и постепенно започват да отговарят и за разпределението на подаръците и парите между избирателите, предоставени им от кандидатите за магистрати. Така при изборите се срастват публичната функция на тези лица с частния интерес както на кандидатите, така и на самите тях. Към 61 г. пр. н. е се споменава за нов закон, въвеждащ доживотна глоба за всеки, който предлага подкупи във връзка с изборите – ако само ги обещае, не подлежи на наказание, но ако раздаде парите, дължи по 3 000 сестерции на всяка триба до края на живота си. Законът визира както самите кандидати, така и техните посредници.

Друга основна група участници в изборите са т. нар. *sodalitates* – сдружения, организирани също в трибите, за да направляват вота на избирателите. Според източниците в тях винаги има едно лице, което контактува с кандидата и което гарантира вота на всички в сдружението. То обикновено е обвързано с минали или обещания за бъдещи услуги от кандидата. *Sodales* от своя страна се стремят да присъединят нови членове и така за предопределят изборния резултат. В епохата на Цицерон *sodalitates* са все още легални структури и изключително полезни, вкл. и на самия велик оратор в неговата политическа кариера. С тях се постига заобикаляне на законовите забрани, адресирани до самия кандидат, за организиране на пиршества, раздавания на подаръци и пари и пр., като организирането им в рамките на сдружението е напълно естествено за укрепване на социалните връзки и политическото съзнание между членовете.

Основателно се поставя въпросът доколко тези практики от Древния Рим са проявили особена устойчивост през вековете и се използват и в наши дни. Както би гласял надписът, ако тази дейност е представена като филм: „Всяка прилика с действителни лица и събития [...] е възможно да е случайна“. Изборната корупция нанася сериозни вреди на демократичното развитие на всяка държава и влияе негативно върху обществената активност и заинтересованост – и в древността, и в наши дни. Примерът от Рим е очевиден – трябва непрекъснато да се предприемат мерки за ограничаването ѝ, макар и някои от тях да са неефективни, но да не се допуска тя да се развива и процъфтява. И не само законодателството, но и правораздаването трябва да следват една твърда политика по отношение на избирателния процес, с което да гарантират правата на гражданите и конституционносъобразното управление на държавата.



II. СЪВРЕМЕНО ПРАВО

II. MODERN LAW

LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS¹

Antonio Fernández de Buján y Arranz²,
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: En relación con el instituto de la prescripción como se indica, entre otras muchas, en la STS de 7 junio 2011 “la prescripción de la acción constituye un obstáculo al ejercicio tardío de los derechos que se impone en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, y no en beneficio o con fundamento en la justicia intrínseca. Razón por la que debe merecer un tratamiento restrictivo, que no deje de atender al dato de si aquellos valores de certidumbre y seguridad jurídica están o pueden estar realmente afectados o puestos en peligro [...]”.

Es evidente, que la aplicación de la prescripción se debe llevar a cabo en concordancia con el principio constitucional de la seguridad jurídica -artículo 9. 3 de la Constitución Española- que es el que inspira y constituye el fundamento de la institución de referencia.

Palabras clave: Derecho financiero y tributario, derechos de los ciudadanos, derecho del Administración, deuda tributaria, limitaciones

¹ Este artículo está dedicado a mi padre el Prof. Antonio Fernández de Buján, a quien tanto quiero y admiro, con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Real New Bulgarian University.

² Abogado Asociado Senior de KPMG Abogados. Profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid, e-mail: a.fernandezdebujuan@ucm.es

THE STATUTE OF LIMITATIONS OF THE RIGHT OF THE ADMINISTRATION TO DETERMINE THE TAX DEBT AS AN INSTRUMENT TO DEFEND THE RIGHTS OF CITIZENS

Antonio Fernández de Buján y Arranz,
Madrid Complutense University

Abstract: The statute of limitations as indicated, among many others, in the STS of June 7, 2011 “the prescription of the action constitutes an obstacle to the late exercise of the rights that is imposed for the benefit of certainty and legal certainty, and not for profit or based on intrinsic justice. For this reason, it should merit a restrictive treatment, which does not fail to address the question of whether those values of certainty and legal certainty are or may be really affected or endangered [...]”.

It is clear that the application of the statute of limitations must be carried out in accordance with the constitutional principle of legal certainty - Article 9. 3 of the Spanish Constitution - which is what inspires and constitutes the foundation of the institution reference.

Keywords: Financial and Tax Law, Rights of Citizens, Right of the Administration, Tax Debt, Limitations

Introducción

La Exposición de Motivos de la Ley 7/2012 de 29 de octubre, de lucha contra el fraude y que se rubrica como „Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude“ indica en este sentido que „La realidad social y económica en un escenario de crisis y de austeridad presupuestaria hace del fraude fiscal hoy, si cabe, una figura más reprochable que nunca. A su vez, la evolución de los comportamientos fraudulentos y la experiencia acumulada en la aplicación de la normativa tributaria, tras la entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, permiten una reforma con perspectiva suficiente como para colocar a nuestro sistema legal a la vanguardia de la lucha contra el fraude“.

Además, se clarifica-señala la EM de la Ley 7/2012- el régimen jurídico que regula la interrupción del cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación respecto de determinadas obligaciones tributarias cuando la acción de la Administración se dirija originariamente respecto de otra obligación tributaria distinta como consecuencia de la presentación de una declaración incorrecta por parte del obligado tributario. Asimismo, se aclaran- de acuerdo con la citada EM- los efectos de la suspensión del cómputo del plazo de prescripción por litigio, concurso y otras causas legales, explicitando que los efectos de dicha suspensión se extienden a todos los obligados tributarios.

Como indica Falcón en todos los casos los plazos de prescripción se mantienen en los cuatro años que estableció la Ley 1/1998, si bien hay que tener en cuenta - aunque no se haga referencia a ello - la posibilidad de plazos más breves establecidos en la Ley propia de cada tributo. Por ejemplo, la Res. TEAR Valencia de 31 de octubre de 2002, recaída en la reclamación 46/004974/00, ha afirmado que el plazo de prescripción para liquidar los impuestos especiales en caso de irregularidades en la circulación intracomunitaria (y para obtener la devolución de eventuales ingresos indebidos) es de tres años, basándose para ello en el art. 6. 2 de la Directiva 92/12 CEE del Consejo (relativa al Régimen General, Tenencia, Circulación y Controles de los productos objeto de los Impuestos Especiales), que obliga a aplicar el mismo plazo, en el procedimiento de liquidación, a los productos con origen en otros Estados miembros (sobre los que se detecte o se presuma una irregularidad en el ámbito territorial interno con motivo de la circulación intracomunitaria), que sobre los productos con origen en el propio Estado; y en el art. 17. 3 de

la Ley 38/1992, según el cual puede solicitarse la devolución si se prueba la regularidad de la operación en un plazo de 3 años desde la expedición del documento de acompañamiento, y el mismo plazo ha de aplicarse para la liquidación, pues cualquier otra interpretación – cuatro años para exigir el ingreso (art. 66 LGT) y tres para solicitar la devolución (art 173 de la Ley 38/92) –, vulneraría la igualdad y permitiría a la Administración exigir el Impuesto cuando el expedidor de la mercancía tuviese vencido el plazo para exigir que se devolviese el impuesto indebidamente pagado y ello aunque posteriormente demostrase que no ha habido irregularidad en la circulación o ésta se ha producido en otro Estado miembro³.

En relación con el instituto de la prescripción como se indica, entre otras muchas, en la STS de 7 junio 2011 (RJ\2011\5075) “la prescripción de la acción constituye un obstáculo al ejercicio tardío de los derechos que se impone en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, y no en beneficio o con fundamento en la justicia intrínseca. Razón por la que debe merecer un tratamiento restrictivo, que no deje de atender al dato de si aquellos valores de certidumbre y seguridad jurídica están o pueden estar realmente afectados o puestos en peligro [...]”.

Es evidente, a nuestro juicio, que la aplicación de la prescripción se debe llevar a cabo en concordancia con el principio constitucional de la seguridad jurídica – artículo 9. 3 de la Constitución Española – que es el que inspira y constituye el fundamento de la institución de referencia.

Las modificaciones en materia de prescripción en la LGT

A. El artículo 67. 2 LGT

La Exposición de Motivos de la Ley 7/2012 señala, en relación con la modificación introducida por el art. 67. 2 LGT que “Se mejora la redacción de la norma en la determinación del dies a quo del inicio del cómputo de los plazos

³ FALCÓN Y TELLA, R., La prescripción en la nueva Ley General Tributaria, en VV. AA., Estudios jurídicos en memoria de don César Albiñana García-Quintana (coord. VILLAR EZCURRA, M.; MARTÍNEZ LAFUENTE, A.; ALBIÑANA CILVETI, C.; HERRERA MOLINA, P. M.), Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008, vol. 1, pp. 872.

Como afirma el autor en la p. 870, “[...] cuando la LGT, por economía del lenguaje, habla de “prescripción del derecho a liquidar” y de “prescripción del derecho a exigir el pago”, hay que entender referidas dichas expresiones, respectivamente, a, la prescripción de la obligación tributaria como consecuencia de la no actuación de la potestad liquidatoria y a la prescripción de la obligación tributaria como consecuencia de la no actuación de la potestad recaudatoria”. Se trata de dos plazos de prescripción que se proyectan sobre la misma obligación, pero que son conceptualmente distintos [...] y pueden correr sucesiva o paralelamente”.

En la actualidad, están en vigor en el mismo sentido señalado por el autor, el art. 9. 2 de la Directiva 2008/118/CE, de 16 de diciembre. (LCEur 2009\27) que establece un régimen general de los impuestos especiales y deroga Directiva 92/12/CEE, de 25-2-1992 (LCEur 1992\789). y art. 17. 4 de la Ley 38/1992 donde se regula un plazo de “tres años, a contar desde la fecha de comienzo de la circulación”.

de prescripción en aquellos supuestos de responsabilidad solidaria en que el hecho habilitante para apreciar la misma concorra con posterioridad al día siguiente a la finalización del período voluntario del deudor principal”.

La redacción actual del art. 67. 2 LGT, a raíz de la modificación introducida en su párrafo segundo por la Ley 7/12, de lucha contra el fraude, es del siguiente tenor literal:

“El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comenzará a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal.

No obstante, en el caso de que los hechos que constituyan el supuesto de la responsabilidad se produzcan con posterioridad al plazo fijado en el párrafo anterior, dicho plazo de prescripción se iniciará a partir del momento en que tales hechos hubieran tenido lugar.

Tratándose de responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comenzará a computarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios”⁴.

Como afirma Falcón “ahora la norma se generaliza para todos aquellos casos en que el hecho determinante de la responsabilidad se produzca con posterioridad a la finalización del plazo voluntario de pago del deudor principal, lo que fundamentalmente afecta a los supuestos del art. 42. 1⁵, a los que

⁴ La redacción del art. 67. 2 LGT previa a la Ley 7/2012 que lo modifica, era del siguiente tenor: “El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comenzará a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de los responsables solidarios previstos en el apartado 2 del artículo 42 de esta Ley, dicho plazo de prescripción se iniciará en el momento en que ocurran los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad.

Tratándose de responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comenzará a computarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios”.

⁵ Según el art. 42. 1 LGT serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

a) Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extiende a la sanción.

b) Los partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de esta Ley, en proporción a sus respectivas participaciones respecto a las obligaciones tributarias materiales de dichas entidades.

c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad, en este último supuesto, también se extiende a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar.

sean causantes o colaboren en la comisión de una infracción”⁶.

De este modo, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2012, el plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables⁷ solidarios comenzaba a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en periodo voluntario del deudor principal, salvo en los casos de responsabilidad solidaria del art. 42. 2 LGT⁸ que comenzaba cuando concurriesen los hechos constitutivos de responsabilidad establecidos en este último artículo⁹. Esto es, en los casos en que el presupuesto de la responsabi-

Ahora bien, al objeto de limitar la responsabilidad solidaria, el art. 175. 2 LGT dispone que el que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas, tiene derecho, previa conformidad del que ostenta la titularidad actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria debe expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud, quedando, tal caso, la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma.

En el supuesto de que la certificación se expida sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilite en el plazo señalado, el solicitante queda exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo 175. 2 LGT. Por su parte, si no se ha solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanza también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse. Este supuesto de responsabilidad del art. 42. 1 c) LGT es aplicable a los adquirentes de elementos aislados, ni a los supuestos de sucesión por causa de muerte ni a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.

⁶ FALCÓN Y TELLA, R., El anteproyecto de Ley de intensificación de la lucha contra el fraude especial referencia a la obligación de informar sobre los bienes y derechos situados en el extranjero, Quincena fiscal, nº 10, 2012, p. 3 (Editorial) (consultado en www.westlaw.es).

⁷ Vid. con carácter general sobre la responsabilidad tributaria, MARTÍNEZ LAGO, M. A., La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias, Tirant Lo Blanch, 2008.

⁸ El art. 42. 2 LGT fue modificado por art. 5. 4 de Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal (RCL\2006\2130), que incluyó a la anterior redacción vigente hasta el día 30 noviembre 2006, supuestos de responsabilidad solidaria a los cuales además de imponerles la obligación del pago de la deuda tributaria pendiente, se añadía la obligación del pago de las sanciones tributarias. También se agrega a la redacción dada por la Ley 36/2006 la obligación de pago de “el recargo y el interés de demora del período ejecutivo”, adicción innecesaria, a nuestro juicio, ya que en virtud del art. 58. 1 LGT están integrados en la deuda tributaria.

⁹ El art. 42. 2 LGT establece que “También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades:

a) Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos

lidad se produzca con posterioridad (por ejemplo, en el supuesto de que se ocultase bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria), la prescripción comenzaba a correr el día siguiente al de realización de dicho presupuesto.

El párrafo primero del artículo 67. 2 continúa igual que con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley 7/12 estableciendo que el plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comienza a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal. Es por ello que, en el caso de aplazamiento o fraccionamiento, o de suspensión de ejecución, se retrasa al momento inicial de la prescripción. En este sentido, en relación con el aplazamiento o fraccionamiento, establece el art. 65. 5 LGT que la presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en período voluntario impide el inicio del período ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora.

El último párrafo del art. 67. 2 LGT, tampoco ha sido modificado por la Ley 7/2012. El mismo establece que el dies a quo de la prescripción de la obligación tributaria se computa desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios.

En este sentido, Fernández Junquera indica que "la modificación introducida por la Ley afecta exclusivamente a los responsables solidarios, manteniendo la redacción del punto 2 tanto en sus aspectos generales, es decir los contenidos en su primer párrafo, como en lo referente a los responsables subsidiarios. ¿Cuál es, pues, el contenido de la modificación? En primer lugar, que la excepción ya no se refiere solo a una clase de responsables solidarios, sino a todos ellos. Y, en segundo lugar, que para que se aplique el cómputo previsto en este párrafo es necesario que los hechos que constituyen el presupuesto de responsabilidad se hayan producido con posterioridad al plazo fijado en el párrafo anterior"¹⁰.

del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria.

b) Las que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.

c) Las que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados, o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.

d) Las personas o entidades depositarias de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de aquéllos".

¹⁰ FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., Comentarios sobre la nueva prohibición de aplazamiento y fraccionamiento de la deuda tributaria, y sobre la prescripción tributaria, en AA. VV, Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 107.

Por lo tanto, a raíz de la modificación llevada a cabo por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de lucha contra el fraude, para los responsables solidarios la prescripción del derecho a liquidar, comienza a correr desde el día siguiente a la finalización del plazo de ingreso voluntario del deudor principal. En aquellos supuestos en los que la responsabilidad se produzca con anterioridad a la finalización del plazo voluntario de pago (por ejemplo, si colaboran en el levantamiento de bienes embargados) la prescripción de la obligación tributaria "se iniciará a partir de que tales hechos hubieran tenido lugar".

Sobre la versión vigente desde el 31 octubre 2012, del apartado 2 del art. 67 LGT han indicado Marín-Barnuevo - Vega que el propósito de dicha modificación es totalmente razonable y la regulación correcta, porque carece de sentido que el plazo de prescripción del derecho de la Administración comience a computarse antes de que pueda ser ejercitado ese derecho¹¹.

Cabría señalar, a nuestro entender, que nos encontramos ante un nuevo dies a quo de la prescripción del derecho a exigir el pago a los responsables solidarios, aplicable a aquellos supuestos en que los hechos que constituyan el presupuesto de responsabilidad se produzcan con posterioridad al plazo de pago en periodo voluntario del deudor principal.

En su caso, a raíz de la modificación introducida en el párrafo 2º del art. 67. 2 LGT, a nuestro juicio, cabría también señalar que comienza a correr un nuevo plazo de prescripción de cuatro años, debido a que, en nuestra opinión, se produce una interrupción del plazo inicial de prescripción que comienza "con a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal" y surge, como consecuencia de dicha interrupción, un segundo plazo de prescripción de cuatro años que se inicia en el momento en que los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad se produzcan - con posterioridad a la finalización del plazo de pago en periodo voluntario -.

Nótese que como establece el art. 68. 8 LGT, si se interrumpe el plazo de prescripción para un obligado tributario, dicho efecto se extiende a todos los demás obligados, incluidos los responsables, salvo que la obligación sea mancomunada. En el supuesto de obligaciones mancomunadas, si la obligación solo se reclama a uno de los obligados tributarios en la parte que le corresponde, el plazo no se interrumpe para los demás.

En esta misma línea se pronuncia Arias Abellan al indicar que seguramente o hay dos plazos de prescripción del derecho a liquidar respecto del responsable solidario o hay un solo plazo, pero con dos dies a quo¹².

¹¹ MARÍN-BARNUEVO FABO, D.; VEGA BORREGO, F. A., Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, www.aedaf.es, p. 20.

¹² ARIAS ABELLÁN, M. D., Sobre la prescripción de las obligaciones de los responsables tributarios: el régimen contenido en la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la

Cabe exigir la deuda al responsable solidario en el momento del vencimiento del periodo voluntario del deudor principal siempre que el mismo no haya hecho efectivo el ingreso en periodo voluntario. Por su parte la derivación acción administrativa de responsabilidad subsidiaria, de acuerdo con el art. 41. 5 in fine de la LGT, requiere la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios. Finalmente, consideramos importante resaltar, que salvo precepto legal en contrario la responsabilidad será siempre subsidiaria. Como es lógico, los responsables tienen derecho de reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil, pues de otro modo tendría lugar un enriquecimiento injusto por parte del deudor principal en caso de declaración de fallido del mismo, y posterior derivación de responsabilidad sucesivamente, a los responsables solidarios y subsidiarios.

El art. 41. 5 LGT, establece en relación con la derivación de responsabilidad que "Salvo que una norma con rango de Ley disponga otra cosa, la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión, de conformidad con lo previsto en los artículos 174 a 176 de esta Ley. Con anterioridad a esta declaración, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del artículo 81 de esta Ley y realizar actuaciones de investigación con las facultades previstas en los artículos 142 y 162 de esta Ley"¹³.

intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Civitas. Revista española de derecho financiero, nº 158, 2013, p. 53.

¹³ Vid. sobre las medidas cautelares, CALVO ORTEGA, R., Las medidas cautelares en la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, en AA. VV, Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 137-151. Al respecto indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012 que se introduce la posibilidad de su adopción vinculadas a supuestos de presuntos delitos contra la Hacienda Pública, así como la investigación patrimonial a las mismas asociada, la limitación de pagos en efectivo o el establecimiento de nuevas obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero.

En este sentido señala la E. M. que "Respecto a las medidas cautelares, se modifica el precepto para permitir su adopción en cualquier momento del procedimiento cuando se estime, en su caso, la concurrencia de los presupuestos establecidos en el propio precepto.

Por otra parte, y dado que la práctica y el análisis de los resultados ponen de manifiesto que es preciso adoptar medidas que permitan facilitar al Juez el ejercicio de su función jurisdiccional, permitiéndole tomar decisiones en el ámbito de las medidas cautelares sobre la base de un trabajo previo de investigación acompañado de una valoración de los órganos de la Agencia Tributaria de por qué se dan las circunstancias que, a su juicio, determinan

En el caso del responsable solidario, el procedimiento para exigirle responsabilidad es distinto dependiendo de las circunstancias temporales¹⁴:

a) Cuando la responsabilidad haya sido declarada y notificada al responsable en un momento anterior al vencimiento del período voluntario de pago del deudor principal, basta con requerirle el pago una vez transcurrido dicho período.

b) Una vez transcurrido el período voluntario de pago del deudor principal o si los hechos que constituyen el presupuesto de responsabilidad se producen con posterioridad al mismo¹⁵, el órgano competente dictará acto de declaración de responsabilidad que se notificará al responsable.

Sobre la modificación efectuada por la Ley 7/2012 del párrafo segundo del artículo 67. 2 LGT indica Arias Abellán que “seguramente se trata de casos en los que no solo se conoce el importe de la deuda debida por el principal, es decir, no sólo ha nacido, sino que está cuantificada esa deuda, por lo que el segundo elemento constitutivo del presupuesto de hecho de la responsabilidad se realiza en el procedimiento de recaudación que se sigue con el deu

la conveniencia de adoptar una medida cautelar, se modifica la norma en tal sentido, con la finalidad de avanzar en la lucha contra el fraude más agravado, planteando, en primer lugar, la modificación de las medidas cautelares en expedientes por delito fiscal, considerando su carácter de medidas excepcionales y provisionales que solo pretenden someter de forma lo más inmediata posible a la decisión jurisdiccional el bloqueo de un patrimonio cuya disponibilidad, a resultas del proceso penal, resulta cuestionada en virtud de los hechos acreditados que permiten la adopción de la medida cautelar administrativa, debiendo resaltarse que la posibilidad de adoptar medidas cautelares también se extiende a otros supuestos en los que la investigación judicial no tenga su origen en actuaciones de comprobación e investigación desarrollados por la Administración Tributaria. La modificación se complementa, para dotar de mayor seguridad jurídica a la actuación de la Hacienda Pública, con un mandato legal a la Agencia Tributaria para la investigación patrimonial de los sujetos afectados o relacionados con un proceso por delito contra la Hacienda Pública.

Además, para combatir determinadas conductas fraudulentas en sede recaudatoria consistentes en la despatrimonialización de una sociedad, se establece la prohibición de disposición de los bienes inmuebles de sociedades cuyas acciones o participaciones hubiesen sido objeto de embargo y se ejerciese por el titular de las mismas, deudor de la Hacienda Pública, el control efectivo de la mercantil en cuestión.

Se modifica el régimen jurídico del embargo de los bienes y derechos en entidades de crédito y depósito para incrementar la efectividad y seguridad jurídica de los mismos. A estos efectos, la extensión del embargo a otros bienes o derechos no identificados en la diligencia de embargo podrá extenderse al resto de bienes y derechos obrantes en la persona o entidad y no solo de la oficina o sucursal a la que se remitió el embargo. En concordancia con ello, por limitaciones de jurisdicción territorial de la Administración tributaria actuante, se establece dicho ámbito como límite de la extensión”.

¹⁴ Cfr. art. 175. 1 LGT.

¹⁵ Cfr. art. 67. 2 LGT.

dor principal. De manera que sin presupuesto de hecho no cabe actuación administrativa ni dies a quo de la prescripción para el responsable¹⁶.

A modo de conclusión sobre lo tratado en este apartado, cabe recalcar, que en el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas, recogido en el art. 66 b) LGT, el plazo de prescripción comienza a contarse el día siguiente al vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario. La nueva redacción del al párrafo segundo del art. 67. 2 LGT introducida por la Ley 7/2012, como ya hemos indicado, establece que en los casos de responsabilidad¹⁷ solidaria si los hechos que constituyen el presupuesto de la responsabilidad se producen con posterioridad al día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal, el nuevo plazo de prescripción "se iniciará a partir del momento en que tales hechos hubieran tenido lugar"¹⁸.

B. El art. 68. 1 LGT

De acuerdo con el art. 66 LGT, prescriben a los cuatro años los siguientes derechos¹⁹:

- a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
- b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.
- c) El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.
- d) El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.

En relación con las modificaciones concernientes a la prescripción introducidas por la Ley 7/2012, el art. 68 LGT, relativo a la interrupción de los plazos de prescripción es modificado en sus apartados 1, 7 y 8. Con carácter general, con la interrupción de la prescripción el cómputo del plazo de cua-

¹⁶ ARIAS ABELLÁN, M. D., Sobre la prescripción de las obligaciones de los responsables tributarios... cit., p. 52-53.

¹⁷ Vid. sobre este punto, CHECA GONZÁLEZ, C., La modificación de los supuestos de sucesión y de responsabilidad tributaria para prevenir el fraude fiscal, en AA. VV, Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 67-93; RUIZ HIDALGO, C., La Ley 7/2012 de lucha y prevención contra el fraude fiscal en relación con los supuestos de responsabilidad del artículo 42. 2 de la LGT, Quincena fiscal, nº 1-2, 2013, págs. 103-124.

¹⁸ Vid. con carácter general sobre la prescripción en la doctrina del TS, ESEVERRI MARTÍNEZ, E., La prescripción tributaria, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blanch, 2012.

¹⁹ Al respecto vid. supra nota 2.

tro años se inicia de nuevo; esto es, la misma prescripción vuelve a empezar al haber sido interrumpida²⁰.

Sobre la interrupción del plazo de prescripción del derecho a liquidar el art. 68. 1 LGT recoge tres apartados, que han sido modificados por la Ley 7/2012. Así con la nueva redacción dada por dicha Ley el art. 68. 1 LGT establece que:

El plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación se interrumpe en los siguientes supuestos:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario.

b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.

c) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria.

El apartado a) del mencionado art. 68. 1 de la LGT establece, por tanto, que el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación se interrumpe "Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario [...] aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario".

Parece a nuestro juicio, que con esta modificación del apartado 1 del art. 68 LGT, se beneficia de la medida el obligado tributario que no declara frente al que sí lo hace, aunque sea erróneamente, ya que el cómputo del plazo de prescripción se interrumpe con cualquier acción de la Administración-con conocimiento formal del obligado tributario- [...] aunque se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario.

Del tenor literal del apartado a) del art. 68. 1 LGT indica García Novoa que parece desprenderse que la incorrección en la declaración por parte del obligado tributario debe haber llevado a la Administración a liquidar un tributo

²⁰ Como establece el art. 68. 6 LGT "Producida la interrupción, se iniciará de nuevo el cómputo del plazo de prescripción, salvo lo establecido en el apartado siguiente".

improcedente, en lugar de liquidar el tributo procedente, incompatible con el anterior²¹. Son ejemplos paradigmáticos en este sentido, que el obligado tributario declare por INRN cuando debía declarar por IRPF o por ejemplo declarar por IVA lo que en realidad está sujeto a Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Al respecto indica Tejerizo que con esta regla se quiere decir que si el contribuyente ha declarado incorrectamente un hecho imponible como sometido a uno de estos tributos (el autor se está refiriendo a los "Impuestos sobre transmisiones y sobre el valor añadido"), el plazo de prescripción no correrá para el otro tributo implicado. "La norma puede considerarse correcta si no tuviéramos en cuenta que el deslinde entre ambos tributos no está nada claro, hasta el punto de haber exigido la creación de órganos mixtos entre las Administraciones tributarias del Estado y de las Comunidades Autónomas, que gestionan estos tributos, para dirimir los casos más conflictivos. Si en algunos supuestos las Administraciones no son capaces, sino a través de acuerdos ad hoc, de determinar el tributo aplicable, no parece razonable que se impida en estos casos que la prescripción del derecho a liquidar no comience a correr, perjudicando con ello al contribuyente de buena fe"²².

Sobre la delimitación de actuaciones de la Inspección con eficacia interruptiva de la prescripción²³, establece la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\8636) que "aunque no exista una definición de "diligencia argucia o irrelevante", es posible señalar las características que debe reunir un acto de la Administración para que pueda tener eficacia interruptora. Así, sólo interrumpe el plazo de prescripción la actividad administrativa en la que concurren las siguientes notas: 1ª) actividad real dirigida a la finalidad de la liquidación o recaudación de la deuda tributaria; 2ª) que sea jurídicamente válida; 3ª) notificada al sujeto pasivo; 4ª) y precisa en relación con el concepto impositivo de que se trata"²⁴.

²¹ GARCÍA NOVOA, C., Novedades del Proyecto de Ley de intensificación de actuaciones en prevención y lucha contra el fraude en materia de interrupción y reanudación del cómputo de prescripción, Revista técnica tributaria, n.º 98, 2012, págs. 109.

²² TEJERIZO LÓPEZ, J. M., Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal: Introducción, en AA. VV, Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 46.

²³ Vid al respecto sobre la eficacia interruptiva de los actos de la Administración las SSTS de 11 de febrero de 2002 (casación 7625/96, FJ 3º), 17 de marzo de 2008 (casación 5697/03, FJ 6º), 13 de noviembre de 2008 (casación 5442/04, FJ 6º), 26 de noviembre de 2008 (casación 4079/06, FJ 3º), 22 de diciembre de 2008 (casación 4080/06, FJ 3º) y 6 de abril de 2009 (casación 5678/03, FJ 4º).

²⁴ Vid. en este sentido las SSTS de 13 de febrero de 2007 (casación 8094/02, FJ 5º), 17 de marzo de 2008 (casación 5697/03, FJ 6º), 28 de abril de 2008 (casación 7719/02, FJ 3º), 23 de junio de 2008 (casación 1514/03, FJ 3º) y 19 de julio de 2010 (casación 3433/06, FJ 5º), entre otras.

La STS de 18 de junio de 2012 concluye, que lo anterior significa que solo son capaces de interrumpir la prescripción los actos tendencialmente ordenados a iniciar o a proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder a la mera finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, la recaudación o la imposición de sanción en el marco de impuesto de que se trate²⁵; por el contrario, debe prescindirse de aquellas actuaciones que resulten puramente dilatorias, como las que se limitan a dejar constancia de un hecho evidente, a anunciar la práctica de actuaciones futuras, a recoger la documentación presentada sin efectuar valoración alguna o a reiterar la solicitud de una documentación que ya obra en el expediente²⁶.

Es por ello que tal y como establece el apartado 2 a) del art. 150 LGT las actuaciones inspectoras pierden su virtualidad interruptiva²⁷ en los siguientes supuestos²⁸:

- La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario

- El incumplimiento del plazo del plazo máximo de duración del procedimiento, que es de 12 meses (ampliable otros doce²⁹) contado desde la fecha

²⁵ Vid. al respecto también SSTS de 13 de enero de 2011 (casación 164/07, FJ 3º. A) y 29 de abril de 2011 (casación 4721/06, FJ 3º)].

²⁶ Vid. SSTS de 11 de febrero de 2002 (casación 7625/96, FJ 3º), 29 de junio de 2002 (casación 3676/97, FJ 2º), 17 de marzo de 2008 (casación 5697/03, FJ 6º), 28 de abril de 2008 (casación 7719/02, FJ 3º), 23 de junio de 2008 (casación 1514/03, FJ 3º) y 13 de noviembre de 2008 (casación 5442/04, FJ 6º)].

²⁷ Vid. sobre este punto DE MIGUEL CANUTO, E., Expansión de la responsabilidad y extensión de la prescripción a título de tributo (Ley nº 7/2012), Crónica tributaria, nº Extra 2, 2013, pp. 38-39.

²⁸ A pesar de la pérdida de la virtualidad interruptiva de las actuaciones inspectoras, la concurrencia de los supuestos citados no determinan la caducidad del procedimiento, ya que tienen el carácter de espontáneos, a los efectos del artículo 27 de la LGT, los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del plazo de duración del procedimiento de las actuaciones inspectoras y que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras.

²⁹ De acuerdo con el citado artículo, "podrá ampliarse dicho plazo, con el alcance y requisitos que reglamentariamente se determinen, por otro período que no podrá exceder de 12 meses, cuando en las actuaciones concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando revistan especial complejidad. Se entenderá que concurre esta circunstancia atendiendo al volumen de operaciones de la persona o entidad, la dispersión geográfica de sus actividades, su tributación en régimen de consolidación fiscal o en régimen de transparencia fiscal internacional y en aquellos otros supuestos establecidos reglamentariamente.

b) Cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el obligado tributario ha ocultado a la Administración tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice.

de notificación al obligado tributario.

En el apartado b) del art. 68. 1, se establece que el plazo de prescripción del derecho de la Administración a liquidar se interrumpe:

b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso”.

Sobre el apartado b) del citado art. 68. 1 LGT, la STS de 12 de noviembre de 2012 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 136/2009) (RJ 2012\10751) admite la prescripción por la paralización, por plazo superior a cuatro años, tanto en la vía de primera instancia como en la alzada³⁰. En esta misma línea (aplicando plazo de prescripción de LGT de 1963) se pronuncia la STS de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2319), recurso de apelación 2546/1989, en cuanto que afirma que “habiendo estado paralizado el recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central por causa no imputable al recurrente, durante más de cinco años, ha de estimarse prescrito el derecho de la Hacienda Pública al cobro de las deudas tributarias”.

En este sentido, la STS 17 de mayo de 2005, rec. 7077/2000 (RJ 2005\5909), afirma que “Sobre la base del indicado relato fáctico del que resultaba que la denegación de prueba en el TEAR se había acordado en Enero del año 1989 y la resolución se había dictado en Abril de 1994 y notificado en Mayo de ese año [...] Pues, en efecto, es doctrina reiterada de esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 25 de junio de 1987, que procede aplicar la prescripción que se consuma o produce por paralización o transcurso de los plazos prescriptivos en la vía administrativa, incluso aun cuando estuviera suspendida la ejecución del acto inicialmente impugnado. En definitiva, frente a cualquier acto administrativo que confirme el acto recurrido dictado tras el transcurso del correspondiente plazo establecido para la prescripción, por causa imputable a la Administración, puede oponerse la prescripción tanto

Los acuerdos de ampliación del plazo legalmente previsto serán, en todo caso, motivados, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho”.

³⁰ Cfr. SSTS 9 de noviembre de 1998, 14 de febrero y 20 de marzo de 1999, 15 de marzo de 2000, 19 de febrero de 2001, y 5 de marzo de 2001, entre otras.

En sentido contrario STS de 18 de Julio de 2011; rec. 6103/2008, STS de 5 de Julio de 2010; rec. 725/2005, STS 18 de junio de 2012, rec. 4956/2008. En esta última se afirma al respecto que: “el transcurso del tiempo indicado, con la inactividad del órgano de la Administración competente, privan a la Administración de su derecho o de su potestad para fijar la deuda tributaria, conduciendo a la extinción de la deuda tributaria liquidada de forma automática, cabiendo sólo evitar tal automatismo con la interrupción o la suspensión del plazo correspondiente, en la forma legalmente prevista”.

del derecho de la Administración a liquidar como de la acción a exigir el pago de la correspondiente deuda tributaria liquidada. Esto es, perteneciendo a la esfera de las facultades de la Administración [...] revisar el acto antes de que se consuma el plazo de prescripción [...]”³¹.

Finalmente, el art. 68. c) recoge el tercer supuesto de interrupción del plazo de prescripción del derecho a liquidar de la Administración. Se produce en este caso la interrupción “por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria”.

C. El art. 68. 7 LGT

El art. 68. 7 (redacción modificada por la Ley 7/2012) recoge supuestos en los que, habiéndose producido la interrupción de la prescripción, el cómputo del plazo de reinicio de la misma comienza en un momento distinto al originario. Su tenor literal es el siguiente:

- Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se inicia de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

- Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración de concurso del deudor³², el cómputo se inicia de nuevo cuando adquiere firmeza la resolución judicial de conclusión del concurso³³. Si se hubiera aprobado un convenio, el plazo de prescripción se inicia de nuevo en el momento de su aprobación para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto de las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se inicia de nuevo cuando aquéllas resulten

³¹ Sobre la no producción de efectos suspensivos de las reclamaciones económico-administrativas afirmó contundentemente la STS de 14 de junio de 2006 (Rec. 5170/2001) que la inactividad de los Tribunales Económico-Administrativos por más de cinco años (actualmente cuatro), produce la prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria. Véase en este mismo sentido, SSTS, entre otras, de 7 de abril y 6 de octubre de 1989, 9 de mayo y 23 de octubre de 1990, 18 de diciembre de 1991, 18 de marzo, 21 de octubre y 30 de noviembre de 1992 y de 8 y 22 de febrero de 2002.

³² Nótese de acuerdo con el art. 77. 2 LGT que “En el proceso concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

³³ Vid. sobre los efectos novatorios del convenio concursal el art. 136 LC que establece: “Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio”.

exigibles al deudor, es decir el día siguiente al vencimiento del plazo previsto en el convenio³⁴.

Finalmente, concluye al respecto el art. 68. 7 LGT en su párrafo tercero estableciendo que "Lo dispuesto en este apartado no será aplicable al plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria para exigir el pago cuando no se hubiera acordado la suspensión en vía contencioso-administrativa".

La EM de la Ley 7/2012 justifica esta modificación del párrafo 2º del art. 68. 7 LGT, indicando que "se modifica el momento en que se reinicia el plazo de prescripción interrumpido por la declaración de concurso para que coincida con el momento en que la Administración recupera sus facultades de autotutela ejecutiva³⁵, introduciendo una mejora estrictamente técnica para dotar de seguridad jurídica a las relaciones de la Hacienda Pública con los deudores concursados"³⁶.

Sobre esta modificación indican Marín-Barnuevo - Vega que el cambio contenido en el apartado 7 pretende aclarar que la prescripción no puede perjudicar derechos de la Administración en distintas situaciones en las que su inactividad está motivada por causas exógenas y no resulta por tanto reprochable dicha inactividad. Parece razonable y no hay objeción a dicha regulación³⁷.

D. El art. 68. 8 LGT

La nueva redacción-únicamente modificada en su párrafo tercero- del art. 68. 8 a la luz de la Ley 7/2012 queda de la siguiente forma:

"8. Interrumpido el plazo de prescripción para un obligado tributario, dicho efecto se extiende a todos los demás obligados, incluidos los responsables. No obstante, si la obligación es mancomunada y solo se reclama a uno de los obligados tributarios la parte que le corresponde, el plazo no se interrumpe para los demás.

Si existieran varias deudas liquidadas a cargo de un mismo obligado al pago, la interrupción de la prescripción solo afectará a la deuda a la que se refiera.

³⁴ Vid. con carácter general sobre este punto RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., La hacienda pública y los procesos concursales, Thomson-Aranzadi, 2006 y con carácter particular, en relación con la modificación llevada a cabo por la Ley 7/2012 sobre este punto, ORDIZ FUERTES, C., Fiscalidad y proceso concursal en el marco de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de prevención y lucha contra el fraude, Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, n.º. 18, 2013, pp. 485-492.

³⁵ Se está refiriendo la Exposición de Motivos al llamado en el art. 66. 1 b) LGT, "derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas"; esto es la potestad recaudatoria de la Administración.

³⁶ En este sentido, con carácter general, la Ley Concursal establece al respecto en su art. 60. 1 lo siguiente: "Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración".

³⁷ MARÍN-BARNUEVO FABO, D.; VEGA BORREGO, F. A., Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria... cit., p. 25.

La suspensión del plazo de prescripción contenido en la letra b) del artículo 66 de esta Ley, por litigio, concurso u otras causas legales, respecto del deudor principal o de alguno de los responsables, causa el mismo efecto en relación con el resto de los sujetos solidariamente obligados al pago, ya sean otros responsables o el propio deudor principal, sin perjuicio de que puedan continuar frente a ellos las acciones de cobro que procedan”.

La Ley 7/2012, de lucha contra el fraude introduce ex novo un nuevo párrafo al final del art. 68. 8 LGT. El mismo establece que la suspensión del plazo de prescripción contenido del derecho de la Administración para determinar el pago de las deudas liquidadas y autoliquidadas (autotutela ejecutiva), por litigio, concurso u otras causas legales, respecto del deudor principal o de alguno de los responsables, causa el mismo efecto en relación con el resto de los sujetos solidariamente obligados al pago, ya sean otros responsables o el propio deudor principal, sin perjuicio de que puedan continuar frente a ellos las acciones de cobro que procedan.

Opina Fernández Junquera al respecto, que en los supuestos “en que se haya dictado la declaración de fallido del deudor principal incluso antes de haberse iniciado el periodo voluntario de pago [...] se puede justificar la nueva redacción del precepto, en el sentido de que la interrupción operada por el litigio del responsable contra la deuda tributaria, no debe impedir que la Administración continúe sus acciones de cobro frente al deudor principal. Esta independencia que se opera así entre los dos procedimientos, ha sido reconocida de forma concluyente por el TEAC en diversas Resoluciones, entre ellas las de 24 de febrero de 2010 y de 9 de junio de 2010 (RJT 2010, 1101)”³⁸.

En este supuesto añadido por la Ley 7/2012 al art. 68. 8 LGT si el contribuyente ha solicitado la suspensión dentro del plazo voluntario no cabe derivar la acción frente al responsable solidario (pues no puede considerarse vencido el plazo de pago voluntario para el contribuyente), por lo que en tal supuesto no se puede dirigir frente a él la acción recaudatoria. Es por ello que esta adición al art. 68. 8 LGT, debe entenderse referida única y exclusivamente a los supuestos en que o bien el contribuyente solicita la suspensión una vez iniciado el periodo ejecutivo, o bien es un responsable el que recurre y solicita la suspensión³⁹.

Al respecto afirma Cayón que “esta situación afecta además a todos los obligados, incluidos los responsables, aunque se puedan realizar actuaciones de cobro en relación con cualquiera de ellos, lo que se puede explicar porque lo que se suspende para estos otros, distintos de sujeto que ha interpuesto el recurso y obtenido la suspensión de efectos del acto impugnado, es el com-

³⁸ FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., Comentarios sobre la nueva prohibición de aplazamiento y fraccionamiento de la deuda tributaria, y sobre la prescripción tributaria... cit., p. 134.

³⁹ Vid. FALCÓN Y TELLA, R., El anteproyecto de Ley de intensificación de la lucha contra el fraude... cit., p. 4.

puto de la prescripción, pero no de su deuda⁴⁰.

Podría parecer que este nuevo párrafo del art. 68. 8 LGT, introduce un elemento novedoso en relación con el art. 68. 6 LGT, que establece que “producida la interrupción, se iniciará de nuevo el cómputo del plazo de prescripción [...]”. El sentido de este último artículo nos lleva a afirmar que una vez que se produzca la interrupción de los plazos de prescripción, se inicia de nuevo el cómputo del plazo de prescripción de cuatro años, a pesar de que como hemos indicado el cómputo del plazo se pueda iniciar, en ciertos supuestos⁴¹, en un momento posterior al de la interrupción.

Del tenor literal del párrafo añadido al apartado 8 del art. 68. 8 por la Ley 7/2012, cabría indicar que ya no se “interrumpe” el plazo de prescripción de cuatro años, sino que se “suspende”. Circunstancia, esta última, que podría llevarnos a concluir que una vez extinguida la causa de suspensión el plazo de prescripción seguiría corriendo desde el momento en que se dicha causa tuvo lugar, y no se iniciaría de nuevo el plazo de cuatro años.

Parece claro, a nuestro juicio, que se trata de un lapsus del legislador y que nos encontramos ante supuestos de interrupción de la prescripción, y que por lo tanto el cómputo del plazo se inicia de nuevo cuando tenga lugar un “litigio, concurso u otras causas legales”. Se pretende con este nuevo párrafo que dichas circunstancias no paralicen las actuaciones recaudatorias frente los demás obligados tributarios.

Finalmente, cabe destacar en este sentido, que el art. 69. 1 LGT en la línea de lo previsto en el art. 68. 8 LGT, establece que la prescripción ganada aprovecha por igual a todos los obligados al pago de la deuda tributaria -salvo en el caso de los deudores mancomunados siempre que solo se reclame a uno de los obligados tributarios la parte que le corresponde-. Además, en virtud del art. 69. 2 LGT se aplica de oficio, incluso en los casos en que se haya pagado la deuda tributaria, sin necesidad de que la invoque o excepcione el obligado tributario.

La prescripción en la nueva redacción de los arts. 39 LIRPF y 134 TRLIS y la obligación de informar sobre los bienes o derechos situados en el extranjero

A este respecto se indica que la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012 que “[...] se introduce una modificación de las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades, para regular la incidencia que en el ámbito de las ganancias de patrimonio no justificadas y de la presunción de obtención de rentas, respectivamente, pueda tener la no presentación en plazo de tal obligación de información, introduciéndose, además, una infracción específica, con un agravamiento de las sanciones, para estos casos en los que los obligados tributarios no consignaron en sus autoliquidaciones las rentas que son objeto de regularización como ganancias patrimoniales no justificadas o presuntamente obtenidas”.

⁴⁰ CAYÓN GALIARDO, A. M., La lucha contra el fraude en la ley 7/2012... cit., p. 22.

⁴¹ Vid. en este sentido los supuestos recogidos en el art. 68. 7 LGT.

Es muy distinta la relevancia como indica Carbajo Vasco entre la función y el uso de la categoría de “ganancias patrimoniales no justificadas” en el IRPF y las “presunciones de rentas”, de creación puramente fiscal, en el IS, ya que en el gravamen societario la existencia de Balances y otros instrumentos contables patrimoniales (piénsese, por ejemplo, en la categoría del “patrimonio neto”) hacen que las “presunciones de rentas” deban, naturalmente, utilizarse con menor generalidad que en el IRPF y que, además, respondan, en el fondo, a fallos, imperfecciones, errores y omisiones o actuaciones ilícitas sobre la contabilidad del sujeto pasivo⁴².

En este sentido, el tenor literal del apartado 2 del art. 39 de la Ley de IRPF introducido ex novo por la Ley 7/2012 es el siguiente:

“En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas⁴³ y se integrarán en la base liquidable general del período impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁴⁴.”

⁴² CARBAJO VASCO, D., El tratamiento de las ganancias patrimoniales no justificadas en la imposición sobre la renta tras la Ley de Lucha contra el Fraude, en AA. VV, Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 403.

⁴³ Vid. sobre la redacción del art. 39 de la Ley del IRPF previa a la Ley 7/2012, SIMÓN ACOSTA, E., Los incrementos no justificados de patrimonio, Aranzadi, 1997; CHICO DE LA CÁMARA, P., Las ganancias no justificadas de patrimonio en el IRPF, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁴⁴ El apartado diecisiete de la Ley 7/2012 introduce también ex novo en la LGT la Disposición adicional decimoctava relativa a la obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Los obligados tributarios deberán suministrar a la Administración tributaria, conforme a También constituirá infracción tributaria la presentación de las mismas por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos en aquellos supuestos en que hubiera obligación de hacerlo por dichos medios.

Las anteriores infracciones serán muy graves y se sancionarán conforme a las siguientes reglas: a) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito situadas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera

Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del período impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del período de prescripción”.

En la misma línea se pronuncia el art. 134 del TR de la LIS en su apartado 6 añadido también ex novo por la Ley 7/2012. El mismo establece que: “En todo caso, se entenderá que han sido adquiridos con cargo a renta no declarada que se imputará al período impositivo más antiguo de entre los no prescritos susceptible de regularización, los bienes y derechos respecto de los que el sujeto pasivo no hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre,

de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

b) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre títulos, activos, valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada elemento patrimonial individualmente considerado según su clase, que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

También constituirá infracción tributaria la presentación de las mismas por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos en aquellos supuestos en que hubiera obligación de hacerlo por dichos medios.

Las anteriores infracciones serán muy graves y se sancionarán conforme a las siguientes reglas:

a) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito situadas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

b) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre títulos, activos, valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada elemento patrimonial individualmente considerado según su clase, que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros p

General Tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el sujeto pasivo acredite que los bienes y derechos cuya titularidad le corresponde han sido adquiridos con cargo a rentas declaradas o bien con cargo a rentas obtenidas en períodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de sujeto pasivo de este Impuesto”.

Al respecto apunta ESPEJO que “estos preceptos no se refieren a los activos en cuestión sino a las rentas que los financiaron. Gramaticalmente ello significa que no basta probar, por ejemplo, que los fondos de la cuenta proceden de la venta de un bien que podría haber estado bastantes años en el patrimonio del contribuyente, sino que parece que se impone a éste la obligación de probar la declaración de la renta con la que se adquirió el bien, o que ésta no estaba sujeta. De este modo parece que se pretende asegurar que nunca prescriba la obligación tributaria relativa a las rentas que, en último extremo, hubieran concluido en los activos situados en el extranjero y no declarados”⁴⁵.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada elemento patrimonial individualmente considerado según su clase, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

c) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a un mismo bien inmueble o a un mismo derecho sobre un bien inmueble que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a un mismo bien inmueble o a un mismo derecho sobre un bien inmueble, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

Las infracciones y sanciones reguladas en esta disposición adicional serán incompatibles con las establecidas en los artículos 198 y 199 de esta Ley.

3. Las Leyes reguladoras de cada tributo podrán establecer consecuencias específicas para el caso de incumplimiento de la obligación de información establecida en esta disposición adicional”.

lo dispuesto en los artículos 29 y 93 de esta Ley y en los términos que reglamentariamente se establezcan, la siguiente información:

a) Información sobre las cuentas situadas en el extranjero abiertas en entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio de las que sean titulares o beneficiarios o en las que figuren como autorizados o de alguna otra forma ostenten poder de disposición.

La adición del apartado 2 del art. 39 de la Ley del IRPF y del apartado 6 del art. 134 del TR de la LIS impone la carga de la prueba de las denominadas “ganancias patrimoniales no justificadas” en el IRPF y las “renta no declarada” en el IS al contribuyente, produciéndose por lo tanto una inversión de la carga de la prueba.

Nótese que en la concreción reglamentaria de la obligación de informar se recoge en el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre (RCL 2012\1597)⁴⁶. En este sentido se introduce un nuevo apartado 42 bis al Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RCL 2007, 1658). En el apartado 4 del art. 42 bis⁴⁷ se exige, en algunos supuestos, de la

b) Información de cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como de los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores y de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios como consecuencia de la entrega de un capital en dinero, bienes muebles o inmuebles, contratados con entidades establecidas en el extranjero.

c) Información sobre los bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.

Las obligaciones previstas en los tres párrafos anteriores se extenderán a quienes tengan la consideración de titulares reales de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

2. Régimen de infracciones y sanciones.

Constituyen infracciones tributarias no presentar en plazo y presentar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos las declaraciones informativas a que se refiere esta disposición adicional.

⁴⁵ ESPEJO POYATO, I., La recurrente Ley de represión del fraude fiscal, Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera, n.º. 264, 2013, p. 51.

⁴⁶ Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17-12-2003 (RCL 2003\2945), General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3-11-2008 (RCL 2008\1920, 2112).

⁴⁷ El art. 42 bis 4 del Real Decreto 1065/2007 establece que la obligación de información prevista en este artículo no resulta de aplicación respecto de las siguientes cuentas:

a) Aquéllas de las que sean titulares las entidades exentas totalmente del IS.

b) Aquéllas de las que sean titulares personas jurídicas y demás entidades residentes en territorio español, así como establecimientos permanentes en España de no residentes, registradas en su contabilidad de forma individualizada e identificadas por su número, entidad de

mencionada obligación de informar respecto de determinadas cuentas. Entre dichos supuestos son destacables los subapartados c) y e) que establecen:

"c) Aquéllas de las que sean titulares las personas físicas residentes en territorio español que desarrollen una actividad económica y lleven su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio (LEG 1885, 21), registradas en dicha documentación contable de forma individualizada e identificadas por su número, entidad de crédito y sucursal en la que figuren abiertas y país o territorio en que se encuentren situadas".

"e) No existirá obligación de informar sobre ninguna cuenta cuando los saldos a 31 de diciembre a los que se refiere el apartado 2. d) no superen, conjuntamente, los 50. 000 euros, y la misma circunstancia concurra en relación con los saldos medios a que se refiere el mismo apartado. En caso de superarse cualquiera de dichos límites conjuntos deberá informarse sobre todas las cuentas".

Esta obligación de informar debe cumplirse entre el 1 de enero y el 31 de marzo del año siguiente a aquel al que se refiera la información a suministrar⁴⁸. La presentación de la declaración en los años sucesivos sólo es obliga-

crédito y sucursal en la que figuren abiertas y país o territorio en que se encuentren situadas. c) Aquéllas de las que sean titulares las personas físicas residentes en territorio español que desarrollen una actividad económica y lleven su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, registradas en dicha documentación contable de forma individualizada e identificadas por su número, entidad de crédito y sucursal en la que figuren abiertas y país o territorio en que se encuentren situadas.

d) Aquéllas de las que sean titulares personas físicas, jurídicas y demás entidades residentes en territorio español, abiertas en establecimientos en el extranjero de entidades de crédito domiciliadas en España, que deban ser objeto de declaración por dichas entidades conforme a lo previsto en el artículo 37 de este Reglamento, siempre que hubieran podido ser declaradas conforme a la normativa del país donde esté situada la cuenta. Al respecto señala el art. 37. 1 del Real Decreto 1065/2007 que "1. Las entidades de crédito y las demás entidades que, de acuerdo con la normativa vigente, se dediquen al tráfico bancario o crediticio, vendrán obligadas a presentar una declaración informativa anual referente a la totalidad de las cuentas abiertas en dichas entidades o puestas por ellas a disposición de terceros en establecimientos situados dentro o fuera del territorio español".

e) No existirá obligación de informar sobre ninguna cuenta cuando los saldos a 31 de diciembre a los que se refiere el apartado 2. d) no superen, conjuntamente, los 50. 000 euros, y la misma circunstancia concurra en relación con los saldos medios a que se refiere el mismo apartado. En caso de superarse cualquiera de dichos límites conjuntos deberá informarse sobre todas las cuentas.

⁴⁸ Establece en este sentido el art. 42 bis 2 del Real Decreto 1065/2007:

"2. La información a suministrar a la Administración tributaria comprenderá:

a) La razón social o denominación completa de la entidad bancaria o de crédito, así como su domicilio.

b) La identificación completa de las cuentas.

toria cuando cualquiera de los saldos conjuntos a que se refiere el apartado 4. e) hubiese experimentado un incremento superior a 20.000 euros respecto de los que determinaron la presentación de la última declaración (art. 42 bis 5 del Real Decreto 1558/2012)

Finalmente, la Disposición Adicional primera de la Ley 7/2012 regula el régimen sancionador en supuestos de ganancia patrimonial no justificadas y de presunción de obtención de rentas. En este sentido, la concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 39. 2 de la Ley del IRPF y en el artículo 134. 6 del TR del IS, "determinará la comisión de infracción tributaria, que tendrá la consideración de muy grave, y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe de la base de la sanción".

Es decir, las sanciones por ganancias patrimoniales no justificadas y de presunción de obtención de rentas cuando no se haya cumplido en plazo el deber de declarar los bienes y derechos situados en el extranjero⁴⁹ serán del 150 % de la cuota defraudada, sin atender su cuantía. Este porcentaje supone igualar las sanciones más elevadas establecidas por el impago de los tributos⁵⁰. Parece que el régimen sancionador establecido por la Ley 7/2012, al menos para el ciudadano medio, es del todo desproporcionado y las sanciones previstas no harán sino intimidar, al obligado tributario para que motu proprio proceda a su regularización, con la salvedad de que tuviese cabida en la actualidad-que no es el caso- la denominada "declaración tributaria espe-

c) La fecha de apertura o cancelación, o, en su caso, las fechas de concesión y revocación de la autorización.

d) Los saldos de las cuentas a 31 de diciembre y el saldo medio correspondiente al último trimestre del año.

La información a suministrar se referirá a cuentas corrientes, de ahorro, imposiciones a plazo, cuentas de crédito y cualesquiera otras cuentas o depósitos dinerarios con independencia de la modalidad o denominación que adopten, aunque no exista retribución".

⁴⁹ Vid. sobre este particular CALVO VÉRGEZ, J., La obligación de información sobre bienes o derechos situados en el extranjero: alcance de la nueva disposición adicional 18ª de la LGT tras la aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria para la lucha contra el fraude, en AA. VV, Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 267-342.

⁵⁰ Cfr. TEJERIZO LÓPEZ, J. M., Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal... cit. pp. 47 y 50. Al respecto señala el autor que "No cabe duda de que la Hacienda Pública ha decidido aplicar la mano dura contra los supuestos de defraudación. No seremos nosotros quienes se lo censuremos sin matices, pero no está de más recordar que las veces que se ha decidido emprender este camino (por ejemplo, en la reforma de la LGT de 1985), los resultados no fueron los esperados y, además, la dureza de la reforma provocó un estado de opinión contrario tan intenso que obligó a los pocos años a variar el rumbo de forma radical".

cial” del Real Decreto-ley 12/2012⁵¹.

En estos supuestos la base de la sanción es la cuantía de la cuota íntegra, y no se tiene en cuenta para su cálculo las cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación procedentes de ejercicios anteriores o correspondientes al ejercicio objeto de comprobación que pudieran minorar la base imponible o liquidable o la cuota íntegra.

Esta sanción es incompatible con las que corresponderían por las infracciones que se pudiesen haber cometido en relación con las ganancias patrimoniales no justificadas o la presunción de obtención de rentas reguladas en los artículos 191 a 195⁵² de la LGT⁵³.

Como se ha tratado de poner de relieve en el presente apartado, la obligación de información de bienes y derechos situados en el extranjero está íntimamente relacionada con los artículos tratados concernientes tanto al IRPF como al IS. Al respecto la Exposición de motivos señala que “La globalización de la actividad económica en general, y la financiera en particular, así como la libertad en la circulación de capitales, junto con la reproducción de conductas fraudulentas que aprovechan dichas circunstancias, hacen aconsejable el establecimiento de una obligación específica de información en materia de bienes y derechos situados en el extranjero. De esta forma, a través de una disposición adicional que se incorpora a la Ley General Tributaria, se establece dicha obligación de información, así como la habilitación reglamentaria para su desarrollo. La obligación se completa con el establecimiento en dicha disposición del régimen sancionador en caso de incumplimiento de la obligación”.

Reflexión final y propuestas de lege ferenda

La STS de 27 diciembre 1989 (RJ 1989\9838) indica que el instituto de la prescripción sirve para “dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos y acciones, aunque ello no se acomode a principios de estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida”.

La Ley 7/2012, de 29 octubre, modifica algunos preceptos de la normativa tributaria⁵⁴ y presupuestaria con la finalidad de intensificar las actuaciones

⁵¹ Vid. sobre este punto, CAZORLA PRIETO, L. M., La llamada “Amnistía fiscal”. Estudio pormenorizado de la Regularización Fiscal Especial (Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo), Aranzadi, 2012.

⁵² Son las siguientes: Artículo 191. Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación; Artículo 192. Infracción tributaria por incumplir la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones; Artículo 193. Infracción tributaria por obtener indebidamente devoluciones; Artículo 194. Infracción tributaria por solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales; Artículo 195. Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes.

⁵³ En estos supuestos resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 188 de la LGT, relativo a la reducción de las sanciones.

⁵⁴ Vid. un estudio sobre los preceptos de la LGT modificados por la Ley 7/2012 en, LÓPEZ LU-

en la prevención y lucha contra el fraude fiscal. En este trabajo hemos tratado aquellas medidas-en su mayoría novedosas-, que desde la perspectiva del aseguramiento-en algunas ocasiones desproporcionado- por parte de la Administración Tributaria de la recaudación de los créditos tributarios, tienen como finalidad última evitar el fraude fiscal.

En la redacción actual del párrafo segundo del art. 67. 2 LGT se establece que si los hechos que constituyen el presupuesto de la responsabilidad se producen con posterioridad al día siguiente al vencimiento del plazo de ingreso voluntario del deudor principal, "dicho plazo de prescripción se iniciará a partir del momento en que tales hechos hubieran tenido lugar", extendiéndose por tanto la responsabilidad a todos los supuestos del art. 42 LGT, aunque a los que más afecta, a nuestro juicio, es a aquellos establecidos en el apartado 1 a); esto es, a las personas o entidades que "sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria".

Finalmente, sobre este tan citado párrafo segundo del art. 67. 2 LGT, como concluye Falcón "si se trata de una supuesto de interrupción de la prescripción, lo lógico sería suprimir el párrafo segundo del art. 67. 2 (en lugar de modificarlo), y en su lugar modificar el art. 68 LGT, introduciendo en sus apartados 1 y 2 una nueva letra d) en la que se contemplase la interrupción de la prescripción por la producción de un presupuesto de hecho determinante de la responsabilidad solidaria frente a la obligación"⁵⁵.

En los nuevos apartados introducidos por la Ley 7/2012 de lucha contra el fraude fiscal, en los artículos 39 Ley del IRPF (apartado 2) y 134 del TR de la LIS (apartado 6), a pesar de que ante los supuestos de hecho se agrega también una presunción que admite prueba en contrario en supuestos tasados⁵⁶, la consecuencia de no informar de la existencia de bienes o derechos, es su imputación en la base liquidable general de IRPF como ganancias de patrimonio no justificadas o renta no declaradas en el IS y en ambos casos se imputan a la periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos.

Cabría señalar, a nuestro juicio, que respecto de las citadas rentas, se exclu-

BIÁN, J. I., Primer análisis de las medidas contra el fraude fiscal contenidas en la Ley 7/2012, de 29 de octubre, Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, nº 357, 2012, pp. 61-112; MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M., Análisis de las reformas introducidas por la Ley 7/2012, de prevención y lucha contra el fraude fiscal, Quince-na fiscal, nº 1-2, 2013, págs. 21-35; SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., Modificaciones operadas en la LGT por la Ley 7/2012, de prevención y lucha contra el fraude, Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, nº 359, 2013, págs. 147-196.

⁵⁵ FALCÓN Y TELLA, R., El anteproyecto de Ley de intensificación de la lucha contra el fraude... cit., p. 3.

⁵⁶ Vid. art. 39. 2 párr. 2º Ley de IRPF y art. 139. 6 párr. 2º del TR de la LIS. Solo se admite prueba en contrario en los supuestos de que el sujeto pasivo acredite que los bienes y derechos cuya titularidad le corresponde han sido adquiridos con cargo a rentas declaradas o bien obtenidas en períodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de sujeto pasivo de este Impuesto.

ye de facto la prescripción ya que las mismas en el momento en que se descubran el que sea-, se imputan a la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos, con la salvedad de que el sujeto pasivo, acredite que los bienes y derechos han sido adquiridos con cargo a rentas declaradas o bien con cargo a rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de sujeto pasivo del IRPF o IS.

De lege ferenda, en este sentido, parece sensato respecto a las calificadas en el art. 39. 2 de la Ley del IRPF como “ganancias de patrimonio no justificadas” y “renta no declarada” del art. 134. 6 TR de la LIS, ambas provenientes supuestamente de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo la obligación de informar a que se refiere la disposición adicional decimotava de la LGT, que se alargue el plazo de prescripción, por ejemplo, hasta los 15 años previsto con carácter general para las obligaciones personales. O se establezca un régimen sancionador agravado, que pudiera eludirse a través de declaraciones complementarias con los recargos previstos en el art. 27 LGT⁵⁷.

Como ha establecido abundante jurisprudencia al respecto, un importante elemento caracterizador de la prescripción extintiva (o caducidad⁵⁸) es aportar certidumbre a las relaciones jurídicas y la misma es una consecuencia necesaria de la seguridad jurídica.

En este sentido, señala García Novoa que “la prescripción del derecho a liquidar las deudas tributarias (al igual que el menos frecuente supuesto de pres-

⁵⁷ Vid. FALCÓN Y TELLA, R., El anteproyecto de Ley de intensificación de la lucha contra el fraude... cit. p. 3.

⁵⁸ Cfr. lo dicho en esta nota con MARTÍNEZ LAFUENTE, A., Derecho tributario, Estudios sobre la jurisprudencia tributaria, Civitas, 1985, pp. 410-411. La caducidad no es una institución ajena al Derecho tributario, como lo demuestra la referencia contenida en el artículo 8 f) de la LGT, distinguiéndola de la prescripción, al señalar dicho artículo que “Se regularán en todo caso por Ley: [...] f) El establecimiento y modificación de los plazos de prescripción y caducidad, así como de las causas de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción”.

Con lo cual, y desde un plano teórico, no se puede confundir; lo que ocurre es que por imperativo de lo

dispuesto en el artículo 69. 2 de la LGT que establece: “La prescripción se aplicará de oficio, incluso en los casos en que se haya pagado la deuda tributaria, sin necesidad de que la invoque o excepcione el obligado tributario”, lo que provoca que “no tenga ya trascendencia la distinción de trato que con anterioridad se daba a la caducidad y a la prescripción”, tal y como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1978. Véase también al respecto la STS de 7 de diciembre de 1972.

Sobre este punto indica LOZANO SERRANO, C., La prescripción de la responsabilidad tributaria, Quincena fiscal, nº 17, 2012, p. 7 (consultado en www.westlaw.es), que al igual que los procedimientos de liquidación englobados entre los de gestión, el declarativo de la responsabilidad se somete a un plazo de caducidad de seis meses, como expresa el art. 124. 1 RGR (RCL 2005, 1770) en aplicación de la regla general del art. 104 LGT, pese a que éste la excluye en el procedimiento de apremio; y así lo reconoce, entre otras, la SAN de 7 de noviembre de 2011 (JT 2011, 1433).

ПРОМЕНИТЕ В АДМИНИСТРАТИВНОПРОЦЕСУАЛНИЯ КОДЕКС И ГАРАНЦИИТЕ ЗА ПЪЛНОЦЕННО РЕАЛИЗИРАНЕ НА ПРАВОТО НА ЗАЩИТА НА ГРАЖДАНИТЕ В АДМИНИСТРАТИВНИЯ ПРОЦЕС

Райна Николова¹,
Нов български университет

Резюме: Приетите на 25 юли 2018 г. изменения в Административно-процесуалния кодекс преодоляха президентско вето и влязоха в сила от 1.1.2019 г. Статията разглежда по какъв начин някои от тях ограничават защитата на правата на гражданите в процесуален смисъл. Такива са правилата на подсъдността, възможността за касационно обжалване на актове на администрацията, публичността (откритостта) на административния процес. Предметът на изследване се съсредоточава върху публичноправните аспекти на нормативната уредба и гаранциите за пълноценно реализиране на правото на защита на гражданите в рамките на административния процес. Това то прави през призмата на международното публично право, правото на Европейския съюз, конституционното право, административното право и финансовото право. Анализът показва, че измененията в законодателството сериозно ограничиха правото на съдебна защита на гражданите като едно универсално, основно, лично, процесуално и публично право.

Ключови думи: административен процес, касационно обжалване, конституционно право, международно публично право, подсъдност, права на гражданите, право на Европейския съюз, ограничения, публичност, съдебна защита, финансово право

¹ Проф. Райна Николова, д. н., имейл: rnikolova@nbu.bg

AMENDMENTS IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE AND THE GUARANTEES FOR THE FULL REALIZATION OF CITIZENS' RIGHTS OF DEFENCE IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

Raina Nikolova,
New Bulgarian University

Abstract: The amendments to the Administrative Procedure Code adopted on 25 July 2018 overcame a presidential veto and entered into force on 1 January 2019. The article examines how some of them restrict the protection of citizens' rights in procedural terms. Such are the rules of jurisdiction, the possibility of cassation appeals against acts of the administration, the publicity (openness) of the administrative process. The subject of the study focuses on the public law aspects of the legal framework and the guarantees for the full realization of the citizens' right to protection within the administrative process. This is done through the prism of international public law, European Union law, constitutional law, administrative law and financial law. The analysis shows that the amendments to the legislation seriously restricted the right to judicial protection of citizens as a universal, basic, personal, procedural and public law.

Keywords: Administrative Process, Cassation Appeals, Citizens' Rights, Constitutional Law, European Union Law, Financial Law, Public International Law, Judicial Protection, Jurisdiction, Publicity, Restrictions

Увод

Промените в Административнопроцесуалния кодекс стартираха по инициатива на група народни представители през юни 2017 г. и бяха мотивирани със стремеж да се усъвършенстват процедурни въпроси, свързани с електронното управление² и електронното правосъдие, прилагането на административния договор и защитата на административноправните субекти срещу неоснователни действия и бездействия на администрацията. След острата реакция на представители на университетската общност и на неправителствени организации проектът на Закон за изменение и допълнение на Административнопроцесуалния кодекс (ЗИД на АПК) отпадна от законодателната програма на парламента за девет месеца и работата по него отново бе възобновена през юни 2018 г. Приетите на 25 юли 2018 г. нововъведения преодоляха президентско вето, наложено с **Указ № 201 от 31.7.2018 г.**³, и пряко засегнаха правата на гражданите при реализиране на правото им на защита в административния процес. В най-голяма степен трансформацията визира съдебната фаза на административния процес и достъпа на гражданите до правосъдие. Новите разпоредби бяха атакувани пред Конституционния съд от президента на републиката, група народни представители от опозицията и омбудсмана на републиката. Исканията бяха допуснати до разглеждане. Образовано е конституционно дело (к. д.) № 12 от 2018 г., което обединява трите искания⁴.

В административноправната теория от началото на XX век се приема, че гаранциите за спазване правата и интересите на гражданите и за постигането на правомерна дейност на органите на изпълнителната власт, са три категории⁵:

² За характеристиките на електронното управление като държавно управление вж. в ЧАКЪРОВА-ДИМИТРОВА, И. Електронното управление като средство за държавно управление. – De Jure, 2016, № 2, 196.

³ Издаден от президента на Република България, обн., ДВ, бр. 64 от 3.8.2018 г.

⁴ Становище по образуваното конституционно дело № 12/2018 г. изрази и главният прокурор.

⁵ СТАЙНОВ, П. Систематизация на гаранциите срещу неправомерната дейност на администрацията. – Юридическа мисъл, том X, 1929, № 1, 106.

- политически: контрол на избирателите по отношение избора на общинските съвети, училищните настоятелства, търговските камари и др. и парламентарен контрол;

- вътрешни: организационни (кадрови подбор на служителите; гласност, публичност на административната дейност; срок за произнасяне; изслушвания, експертизи, задължителна мотивировка на актовете) и функционални (йерархичен контрол, административен контрол⁶ и финансов контрол⁷);

- съдебни (субективен контрол чрез осъждане на държавния служител или отговорност на държавата за причинени от административните органи и обективен контрол чрез временно спиране⁸ действието на административен акт и обжалване на незаконосъобразни административни актове)⁹.

Според смисъла, който влага съвременната теория за гаранциите, обезпечавачи защитата на правата на гражданите, настоящото научно съчинение ще дискутира юридическите проявления на тази закрила. То ще разгледа по какъв начин някои от промените в АПК ограничиха в една или друга степен защитата на правата на гражданите в процесуален смисъл – например, правилата на подсъдността, възможността за касационно обжалване на актове на администрацията, публичността (откритостта) на административния процес. Предметът на изследване ще се съсредоточи върху публичноправните аспекти на нормативната уредба и гаранциите за пълноценно реализиране на правото на защита на гражданите в рамките на административния процес през призмата на международното публично право, правото на Европейския съюз, конституционното право, административното право и финансовото право. Встрани от обхвата на настоящия анализ остава въпросът за медиацията по административни спорове, свързани с права на потребители, тъй като тя е извънсъдебен способ за решаване на правни и неправни спорове¹⁰.

⁶ При разкриване особеностите на административния контрол става ясно, че авторът визира административния надзор в съвременен аспект, който по-скоро изпълнява ролята на външен фактор за спазване на законосъобразната дейност на правните субекти, отколкото вътрешна гаранция за зачитане правата на гражданите. СТАЙНОВ, П. Систематизация на гаранциите срещу неправомерната дейност на администрацията. – Юридическа мисъл, том X, 1929, № 1, 114.

⁷ Финансовият контрол е възприеман като косвена гаранция за спазването на правата на гражданите, доколкото е способ, обезпечавач съблюдаването на обективното право. СТАЙНОВ, П. Систематизация на гаранциите срещу неправомерната дейност на администрацията. – Юридическа мисъл, том X, 1929, № 1, 115.

⁸ СТАЙНОВ, П. Видове контрол и контролни власти. – Общинска автономия, 1930–1931, № 8–9, 517.

⁹ В съвременната правна теория, също така, правото на съдебна защита се разглежда като елемент на модерната концепция за върховенството на правото. Вж. повече в ТОПЧИЙСКА, Д. Върховенство на правото. Теоретични аспекти. София: Авангард Прима, 2016, с. 134 и сл.

¹⁰ НЕДЕЛЕВА, П. Медиацията – още една възможност за разрешаване на спорове. –

1. Правна уредба на правото на защита на гражданите в административния процес

Правото на защита на гражданите в административния процес е заложено в цял пакет от публичноправни актове. Сред тях с особена значимост са международните договори и актовете на Европейския съюз (ЕС), тъй като те съдържат фундаменталните принципи на развитие на процесуалните аспекти на защитата на правата на гражданите в административноправен, гражданскоправен и наказателноправен смисъл.

Всеобщата декларация за правата на човека на ООН от 1948 г. за първи път урежда универсалните човешки ценности в единен акт. В член 10 се установяват правата на гражданите при упражняването на правото им на защита пред съда:

„Всеки човек има право при пълно равенство на справедливо и публично разглеждане на неговото дело от независим и безпристрастен съд за установяване на неговите права и задължения, както и за разглеждане на каквото и да е наказателно обвинение, предявено срещу него“.

Всеобщата декларация за правата на човека е допълнена от Международния пакт за гражданските и политическите права (МПГПП) на ООН, Първия и Втория факултативен протокол към пакта и заедно с Международния пакт за икономическите, социалните и културните права формират Международната харта за правата на човека. Относно гарантиране на правото на защита в процеса в чл. 14, параграф 1 се отбелязва следното:

„1. Всички лица са равни пред съдилищата и трибуналите. Всяко лице има право при разглеждане на каквото и да е наказателно обвинение срещу него или при оспорване на правата и задълженията му в граждански процес на справедливо и публично разглеждане на делото от компетентен, независим и безпристрастен съд, установен със закон. Цялото дело или част от него могат да бъдат разгледани при закрити врата по съображения, засягащи морала, обществения ред или националната сигурност в едно демократично общество, или когато интересът на частния живот на страните изисква това или дотолкова, доколкото съдът сметне това за абсолютно необходимо, когато поради особения характер на делото публичността може да накърни интересите на правосъдието; обаче всяка присъда, издадена по наказателно дело, или решение по гражданско дело ще се обявяват публично освен ако интересите на малолетни лица изискват противното или когато процесът засяга брачни спорове или настойничество на деца“.

Макар международният акт да фокусира своето внимание върху гражданския и наказателен процес, без да споменава изрично административния процес, то без всякакво съмнение можем да се позовем на тази норма във връзка с упражняване на процесуалните права на гражданите в рамките на административния процес и неговата съдебна фаза, тъй като с нея се установява една обща уредба на процесуалните права, по които функционират съдилищата.

Освен тези глобални договори в областта на защитата на правата на гражданите действат и регионални споразумения от голяма полза за безпристрастното провеждане на един съдебен процес. Сред тях е Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ):

„1. Всяко лице при определянето на неговите граждански права и задължения или при наличието на каквото и да е наказателно обвинение срещу него има право на справедливо и публично гледане на неговото дело в разумен срок от независим и безпристрастен съд, създаден в съответствие със закона. Съдебното решение се обявява публично, но пресата и публиката могат да бъдат отстранявани по време на целия или на част от съдебния процес в интерес на нравствеността, обществената и националната сигурност в едно демократично общество, когато това се изисква от интересите на непълнолетните лица или за защита на личния живот на страните по делото или ако съдът счете това за извънредно необходимо в случаите, в които поради специални обстоятелства публичността би нанесла вреда на интересите на правосъдието“ (член 6, параграф 1).

Наред с този текст от конвенцията важно значение за публичната комуникация, в т. ч. в рамките на съдебния процес, има и нормата на член 10, параграф 1, изр. 1 и 2:

„1. Всеки има право на свобода на изразяването на мнения. Това право включва свободата да отстоява своето мнение, да получава и да разпространява информация и идеи без намеса на държавните власти и независимо от границите“.

На равнище ЕС правото на ефективни правни средства за защита и на справедлив съдебен процес е уредено в член 47 от Хартата на основните права на ЕС¹¹:

„Всеки, чийто права и свободи, гарантирани от правото на Съюза, са били нарушени, има право на ефективни правни средства за защита пред съд в съответствие с предвидените в настоящия член условия.“

Всеки има право неговото дело да бъде гледано справедливо и публично в разумен срок от независим и безпристрастен съд, предварително създаден със закон. Всеки има възможността да бъде съветван, защитаван и представляван.

На лицата, които не разполагат с достатъчно средства, се предоставя правна помощ, доколкото тази помощ е необходима, за да се осигури реален достъп до правосъдие“.

Основните принципи, около които се обединява съвременният законодател при формулирането на идеята за демократичен съдебен процес в международноправен план, са справедливост, публичност, независимост, обективност, законност, в разумен срок. Поставени в контекста на адми-

¹¹ Подробно за правното действие на Хартата вж. в ЙОЧЕВА, К. Хартата на основните права на Европейския съюз в съдебната практика на Съда на ЕС (2009-2014 г.) В: УНСС, Юридически факултет, Годишна научна конференция 2012 Европейското бъдеще на България. Правни аспекти, с. 90-91.

нистративното правосъдие, тези основни положения се структурират по важност, която важност дава така необходимата пълнота на юридическите инструменти, с които борави гражданинът при защита на своите интереси в административноправния спор, който е главен¹² и непосредствен предмет на процеса.

Конституцията на Република България е върховният закон и другите закони не могат да ѝ противоречат (чл. 5, ал. 1 от Основния закон). Също така, международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната. Те имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат.

В Преамбюла на Конституцията на Република България¹³ се изразява привързаност към следните общочовешки ценности, пряко свързани с обсъжданата тема:

- върховен принцип са правата на личността, нейното достойнство и сигурност;

- създаване на демократична, правова и социална държава.

Конституционните норми, които са свързани най-общо със защита на правата на гражданите в съдебния, и в частност административния процес, са следните:

„Всеки гражданин има право на защита, когато са нарушени или застрашени негови права или законни интереси. В държавните учреждения той може да се явява и със защитник“ (чл. 56). Правото на защита по чл. 56 от Конституцията е универсално право. Неговата всеобхватност се проявява в правото на закрила на персонални интереси във всички стадии на процеса по чл. 122, ал. 1 от Основния закон (Решение № 15 от 28. 9. 1993 г. по к. д. № 17 от 1993 г.). Наред с това, правото на защита по чл. 56 от Конституцията е основно право. Фундаменталният му характер се базира на неговата същност да се реализира „не само за себе си, а като средство, което съдейства за реализирането на други права или законни интереси“ (Решение № 15 от 28.9.1993 г. по к. д. № 17 от 1993 г.). Тук трябва да акцентираме върху това, че става въпрос за закрила както на вече накърнено право, така и на застрашено такова (Решение № 3 от 17.5.1994 г. по к. д. № 1 от 1994 г.). Друга характеристика на правото на защита по чл. 56 от Конституцията е, че то е лично процесуално право. Изброените белези на правото на съдебна защита, както и заеманото от него систематическо място в Конституцията (в главата за основните права), свидетелства за голямата значимост, която му придава законодателят (Решение № 3 от 17.5.1994 г. по к. д. № 1 от 1994 г.).

¹² ЛАЗАРОВ, К. Въпроси на административния процес (Понятие за административен процес). София: Българска академия на науките, 1978, 48.

¹³ Повече за ролята на преамбюла вж. в Йочева, К. За ролята на преамбюла в международното, европейското и националното право. В: Годишник 2012 на департамент „Право“. София: НБУ, 2013, 159-197.

„Съдебната власт защитава правата и законните интереси на гражданите, юридическите лица и държавата“ (чл. 117, ал. 1). Съдебният път за закрила на основните права на гражданите в процесуалноправен смисъл трябва да бъде гарантиран, тъй като той представлява проекция на принципа на правовата държава¹⁴.

В правната доктрина съдебната власт се разглежда като родово понятие¹⁵. Съвсем основателно теорията отбелязва, че в рамките на степента на интензивност на участие при реализирането на съдебната власт на трите нейни съставни части (съдилища, прокуратура и следствени органи) съдилищата намират най-съществено по чл. 117, ал. 1 от Конституцията както по обхват във всички юридически измерения (гражданско, наказателно и административно правосъдие), така и като категоричност на намеса, защото определят законосъобразността и социалната легитимност на актовете на изпълнителната власт¹⁶. Ето защо достъпът на гражданите до правосъдие като субективно потестативно (преобразуващо) публично право¹⁷ трябва да бъде гарантиран в основния административнопроцесуален закон, за да се балансира съществуващото изначално властово надмощие на органите на публичната администрация, което те притежават в административните правоотношения с гражданите при издаването на административните актове.

Гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат освен изрично посочените със закон (чл. 120, ал. 2). Основният закон разглежда процесуалните аспекти на обезпечаване на правата на гражданите. „Разпоредбата на чл. 120, ал. 2 от Конституцията урежда правото на съдебна защита на гражданите и юридическите лица срещу административни актове, които ги засягат. В тази разпоредба са съединени обективно две различни по характер конституционни норми – процесуалноправна, която определя кръга на активно легитимираните да търсят съдебна защита лица, и материалноправна, която сочи конституционноправните критерии за съдебна обжалваемост на административните актове“ (Решение № 21 от 26.10.1995 г. по к. д. № 18 от 1995 г.).

„Гражданите и юридическите лица имат право на защита във всички стадии на процеса“ (чл. 122, ал. 1). В конституционноправен контекст правото на защита, в частност правото на достъп до съд, не е абстрактно понятие. „Конституцията изрично го свързва с накърняването на субективни права и законни интереси. Ако от стесняването на правните възможности

¹⁴ ДРУМЕВА, Е. Конституционно право. София: Анубис, 1995, 541–542.

¹⁵ НАЧЕВА, С. Конституционният модел на съдебната власт в Република България. – Юридически свят, 2002, № 2, 41.

¹⁶ МРЪЧКОВ, В. Проблеми на съдебната власт в практиката на Конституционния съд. – Юридически свят, 2007, № 1, 119.

¹⁷ ЕЛЕНКОВ, А. Право на съдебна защита и право на оспорване. В: Коментар на Административно-процесуалния кодекс. София: Център за обучение на адвокати „Кръстю Цончев“, 2007, 130.

спрямо определени участници в съдебното производство не произтича засягане на техните права и законни интереси, не може да се поставя въпросът за неоправдано ограничаване на конституционните им права“ (Решение № 6 от 14.6.2016 г. по к. д. № 1 от 2016 г.). В научната доктрина преобладава становището за административния процес като широко правно понятие, което съдържа три отделни етапа: издаване, контрол и изпълнение на административните актове¹⁸. Настоящият труд ще съсредоточи своите усилия върху изследването на въпроса за силата на защита на гражданите в контролната съдебна фаза на административния процес.

„Гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат освен изрично посочените със закон“ (чл. 122, ал. 2). Още при създаването на системата на българското административно правосъдие през 1912 г. общата клауза за обжалване на административните актове на гражданите е била въведена в националната нормативна уредба със Закона за административното правосъдие¹⁹. Тогава подсъдни на Върховния административен съд (ВАС) са били всички жалби против административните актове на публичноправните институции, доколкото не са били изключени от закон. Френското учение за неподсъдността на висшите правителствени актове е взаимствано в българския Закон за административното правосъдие от 1912 г.²⁰. В този първи вариант на административното правосъдие Върховният административен съд е имал и въззивни правомощия²¹.

В периода 1915–1924 г. са предприети редица промени, които ограничават съдебния надзор върху незаконосъобразните актове на административните органи, като през 1922 г. дори отпада общата клауза за обжалване на административните актове. В периода 1926–1930 г. общата клауза е възстановена в касационната подсъдност на Върховния административен съд.

Съобразно Наредбата-закон за административното правосъдие (ДВ, бр. 182 от 12.11.1934 г.) извън обхвата на съдебния надзор попадат следните актове, изброени в чл. 31:

„1) делата, които по действащите закони са подсъдни на обикновените съдилища;

¹⁸ ХРУСАНОВ, Д. Понятие за административен процес. Нормативна основа. В: Административноправен процес на Република България – второ преработено и допълнено издание. София: Сиби, 2011, 18–21.

¹⁹ ДВ, бр. 74 от 3.4.1912 г., в сила от 1.9.1912 г., доп., бр. 77 от 8.4.1915 г.

²⁰ БОНЧЕВ, Б. Четвъртата власт (учението за висшите правителствени актове). Встъпителна лекция – Годишник на Софийския университет, Юридически факултет, том XXXVII, 1941/1942, № 2.

²¹ МИТКОВА, Е. Историческо развитие на касацията по административни дела в България. (2014) – В: 135 години от приемането на Търновската конституция. Сборник от Научна конференция, посветена на 135-годишнина на Търновската конституция, Сиби, 2014, 438.

- 2) висшите правителствени актове;
- 3) актовете по назначаване, повишаване, понижаване, преместване, командироване, отстранение и уволнение на всички държавни и общински служители;
- 4) делата, разрешението на които по законите е предоставено на свободното усмотрение на органите на властта;
- 5) дисциплинарните дела на служители в държавни общински и обществени учреждения“.

По време на Втората световна война в повечето нормативни актове липсва клауза за обжалване на административните актове пред съд. Законът за устройството на народните съдилища от 1948 г. разчита на специалната клауза за обжалване на административните актове и премахва общата клауза²². Тя отново е възстановена в Закона за административно-производство (ЗАП) от 1970 г. единствено за оспорване на индивидуалните административни актове²³ пред съдилищата, при това не всички и само след изчерпване на административния ред на обжалване²⁴. Същата тенденция следва и Законът за административното производство (ЗАП) от 1979 г. Можем да кажем, че непълната обща клауза е характерна за административното законодателство през тоталитарния период, но предвидените в нея ограничения са критикувани аргументирано от научната доктрина²⁵, която тогава отправя препоръки за разширяването на обхвата на подлежащите на съдебно обжалване административни актове.

Въвеждането на общата клауза в Конституцията от 1991 г. се оценява от правната теория като положително нормативно решение, но се порицава възможността със закон да се забранява оспорването пред съд на някои административни актове (индивидуални, общи или нормативни), като по този начин се стеснява приложното ѝ поле. Изразява се съжаление, че Основни-

²² КЪНДЕВА, Е. Съвременен административно правосъдие. София: Сиела, 2003, 54-59.

²³ Административноправната теория по време на тоталитарния период приема съществуването на индивидуални административни актове. Категоризира общия административен акт като такъв, отнасящ се до „едно неопределено в момента множество от лица, но които са виртуално определяеми, тъй като задължението по този акт ще възникне надлежно за всяка лице, когато постъпи в допир с действието на волеизявлението [...]“. Посочва пример за общ административен акт наредбата на народния съвет за уреждане на пазарищата и панаири, по която биха възникнали задължения само за тези лица, които и когато се възползват от място на тези пазари и панаири. Тоест, на нормативен административен акт с местно значение се придават качествата на общ административен акт. Наредбите и инструкциите на централните органи на изпълнителната власт се признават за нормативни административни актове. СТАЙНОВ, П. По съществуването на нормативни административни актове. - Известия на Института за правни науки при БАН, том XIV, 1964, № 2, 19-24.

²⁴ МИХАЙЛОВА, Е. Тоталитарната държава и право в България (1944-1989). София: Нов български университет, 2016, 394.

²⁵ ХРУСАНОВ, Д. Усъвършенстване на административното правосъдие по Закона за

ят закон не съдържа специална норма, която да сочи кои административни актове не подлежат на съдебно обжалване, за да се избегне възможна злоупотреба с правомощието да се свива рамката на съдебния надзор²⁶.

2. Промяна в подсъдността на административните дела

Съдилищата осъществяват контрол за законност на актове и действия на административните органи съгласно чл. 120, ал. 1 от Конституцията на Република България. Съдебната защита е най-сигурната правна гаранция за защита на правата и законните интереси на гражданите (Решение № 5 от 18.4.2003 г. по к. д. № 5 от 2003 г.). Разпределението на административните дела между съдилищата се осъществява въз основа на предписанията на подсъдността. Това е обемът компетентност, изясняваща кой е съдът, оправомощен и имащ право да разгледа и да реши едно административно дело. Подсъдността е векторът, който дава насока на засегнатия от правните последици на административния акт гражданин, къде конкретно да потърси защита на своите претенции. Административното правосъдие се извършва от Върховния административен съд и административните съдилища. Защо обаче въпросът за подсъдността има отношение към правата на гражданите и тяхната защита в съдебната фаза на административния процес? Това е така, понеже правното значение на подсъдността е голямо. Тя определя дължината на процесуалния път в административния процес. Представлява предпоставка за допустимост на жалбата и в този смисъл може да стане причина за преграждане на съдебната защита на лицето.

Подсъдността има различни проявления – родова, функционална, местна. Родовата (предметна) подсъдност дава отговор на въпроса на кой съд като първа инстанция е подсъден спорът между администрацията и гражданите по повод издаден акт или извършено действие – на административните съдилища или на Върховния административен съд.

Родовата подсъдност предопределя функционалната (инстанционна) подсъдност. **Функционалната подсъдност** разпределя правосъдните функции при разглеждане на едно и също дело между различни по степен съдилища (функция на първа инстанция и функция на касационна инстанция). Последното означава, че когато се уточни кой е първоинстанционният съд, от това става ясно кой съд ще правораздава като касационна инстанция. Административните съдилища обичайно действат като първа инстанция (арг. чл. 63, ал. 1 от Закона за съдебната власт), но е възможно да получат функции на касационна инстанция в предвидените от закона случаи (чл. 63, ал. 3 от Закона за съдебната власт). Върховният административен съд разглежда като първа инстанция актове, определени със закон, и като касационна инстанция – обжалваните актове по дела на административните съдилища и

административното производство. – Държава и право, 1989, № 10, 45-46.

²⁶ ХРУСАНОВ, Д. Някои идеи за усъвършенстване на административния процес. – De Jure, 2011, № 2, 49.

актове по дела на тричленен състав на Върховния административен съд (чл. 63, ал. 8 от Закона за съдебната власт).

Правилата за родовата подсъдност на административноправните спорове не са изведени на конституционно ниво (Решение № 8 от 2018 г. по к. д. № 13 от 2017 г.). Нормативната уредба се съдържа в чл. 132 от АПК. На административните съдилища са подсъдни всички административни дела с изключение на тези, подсъдни на Върховния административен съд (чл. 132, ал. 1). АLINEЯ 2 на чл. 132 от процесуалния закон изяснява конкретно кои дела са подсъдни на ВАС:

1. оспорванията срещу подзаконовите нормативни актове, освен тези на общинските съвети;

2. оспорванията срещу актовете на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите и министрите, издадени при упражняване на конституционните си правомощия по ръководство и осъществяване на държавното управление; в случаите, предвидени в закон, както и когато тези органи са делегирали правомощията си на съответните длъжностни лица, издадените от тях административни актове се оспорват пред съответния административен съд;

3. оспорванията срещу решения на Висшия съдебен съвет;

4. оспорванията срещу актове на органите на Българската народна банка;

5. касационни жалби и протести срещу първоинстанционни съдебни решения;

6. частни жалби срещу определения и разпореждания;

7. молби за отменяне на влезли в сила съдебни актове по административни дела;

8. оспорванията срещу други актове, посочени в закон.

До допълненията (ДВ, бр. 77 от 18.9.2018 г., в сила от 1.1.2019 г.) разпоредбата на чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК предвиждаше, че на оспорване като първа инстанция пред ВАС подлежат актовете на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите и министрите. В административноправната теория не съществуваша съмнения, че става въпрос за актовете на централните органи на изпълнителната власт по смисъла на чл. 19, ал. 2 от Закона за администрацията²⁷.

По искане на пленума на Върховния административен съд за даване на задължително тълкуване на разпоредбата на чл. 125, ал. 2 от Конституцията във връзка с отговор на въпроса: „Разпоредбата на чл. 125, ал. 2 от Конституцията на Република България задължава ли Върховния административен съд да се произнася по спорове за законността на актовете на Министерския съвет и на министрите като първа инстанция?“ Конституционният съд (КС) на Република България се произнесе с Решение № 8 от 2018 г. по к. д. № 13 от 2017 г. по следния начин:

²⁷ ЕЛЕНКОВ, А. Родова, функционална и местна подсъдност. В: Коментар на Административно-процесуалния кодекс. София, Център за обучение на адвокати „Кръстю

„Разпоредбата на чл. 125, ал. 2, предложение първо от Конституцията задължава Върховния административен съд да се произнася като първа инстанция по спорове за законността на административните актове, издадени от Министерския съвет и от министрите при упражняване на конституционно възложените им функции и правомощия по ръководството и осъществяването на държавното управление“.

Народното събрание възпроизведе почти буквално диспозитива на конституционното решение и допълни нормата на чл. 132, ал. 2, т. 2 с още две условия: „оспорванията срещу актовете на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите и министрите, издадени при упражняване на конституционните си правомощия по ръководство и осъществяване на държавното управление; в случаите, предвидени в закон, както и когато тези органи са делегирали правомощията си на съответните длъжностни лица, издадените от тях административни актове се оспорват пред съответния административен съд“ (к. м. – б. а.).

Новата редакция на чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК усложни правната норма. Законодателят предприе неуместен нормативен подход. Задачата на задължителното тълкуване на Основния закон е да се разкрие с нужната яснота значението на абстрактно изразените конституционноправни идеи. Поради това както мотивите, така и диспозитивът на едно конституционно тълкувателно решение съдържат философски и юридически обобщения, които по-скоро се доближават до доктринални заключения, отколкото до конкретни правни норми. Макар да признаваме професионалния успех на съдия-докладчика и останалите конституционни съдии в аргументирането на представената теза, поради което тя особено е допаднала на част от народните представители, не ни е познат друг случай от практиката на Конституционния съд на Република България, в който правни изводи да са пресъздадени буквално в закон. При това, по толкова неподходящ начин, без да е реализирана преследваната нормотворческа цел за постигането на прецизност на юридическата разпоредба. Същото се отнася и до тълкувателната практика на ВАС (Тълкувателно решение № 4 от 22.4.2004 г. по т. д. № 4 от 2002 г.), използвана по идентичен начин в същата разпоредба на АПК, довела до подобен жалък резултат.

От едно единствено общо правило за поведение с изменението чл. 132, ал. 2, т. 2 на АПК се превърна в текст с три отделни условия. Той предвижда, че подсъдни на Върховния административен съд са:

- определени категории актове на централните органи на изпълнителната власт;
- актовете, когато закон предвижда това;
- актовете, издадени при делегиране.

При направеното обосновано цялостно и подробно тълкуване на конституционна норма, свързана с обжалването на актовете на изпълнител-

ната власт пред ВАС като първа инстанция, изобщо не бе необходимо да се прави допълнение в чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК. Сегашното положение в първата хипотеза затруднява гражданите да разберат кои са тези актове на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите и министрите, „издадени при упражняване на конституционните им правомощия по ръководство и осъществяване на държавното управление“, които са обект на съдебен контрол от ВАС. Трябва ли всеки гражданин, чиито права или законни интереси са били засегнати от акт на централните органи на изпълнителната власт, да бъде запознат с техните конституционни правомощия по ръководство и осъществяване на държавното управление, след като е длъжен да спазва закона?

Второто предложение на чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК показва, че на съдебен контрол, упражняван от ВАС, подлежат оспорванията срещу актовете на централните органи на изпълнителната власт, в случаите, предвидени в закон. Въвежда се един юридически оксиморон. Това положение е в противоречие с чл. 125, ал. 2 от Конституцията, чието задължително тълкуване предупреждава, че следва „да се осуетят опити на законодателната власт да изключи от подсъдността на Върховния административен съд някои или всички актове на Министерския съвет и на министрите по съображения от законодателна целесъобразност, каквато поначало е изключена в разпоредбата на чл. 125, ал. 2, предложение първо от Конституцията, за разлика от предложение второ“ (Решение № 8 от 2018 г. по к. д. № 13 от 2017 г.).

Съвършено очевидно е, че с промените в АПК е засегнато правото на съдебна защита на гражданите в административния процес. Оказва се, че с новата редакция се игнорират „конституционни критерии за съдебна обжалваемост на административните актове“ и пряко се атакува непълната обща клауза за обжалване от гражданите на всички административни актове. Съдържанието на нормата показва в тази ѝ част, че на оспорване пред ВАС подлежат актовете на централните органи на изпълнителната власт, ако това изрично е предвидено в закон. Така принципът на непълната обща клауза за обжалване на административните актове е трансформиран в принципа на специалната клауза на обжалване на административните актове. Нещо, което не е предвидено в Конституцията.

Несръчното въвеждане на част от диспозитива на Тълкувателно решение № 4 от 22.4.2004 г. по т. д. № 4 от 2002 г. на ВАС в третата хипотеза на чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК е лишено от логика²⁸. При семантичното тълкуване на нормата и спазването на прагматичните правила, които определят начина на използване на българския език в конкретните му житейски приложения, изпъква драстична вътрешна несъвместимост на заложените в текста опции:

На Върховния административен съд са подсъдни [...] оспорванията срещу актовете на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите и министрите [...]; в случаите, [...] когато

²⁸ „1. Жалбите срещу административни актове на органи, на които министри, ръководители на ведомства, непосредствено подчинени на МС, или областни управители са деле-

тези органи са делегирали правомощията си на съответните длъжностни лица, издадените от тях административни актове се оспорват пред съответния административен съд.

Предписанието повелява, че на ВАС са подсъдни оспорванията срещу актове на длъжностни лица, които действат при условията на делегиране, като паралелно с това се предвижда оспорване пред съответния административен съд. Неосъзнатите езиковите неволи на законодателя провокират същинско юридическо бедствие и безпрецедентен правен хаос. Причината се крие по всяка вероятност в отсъствието на някой от съюзите „а“ или „но“ след пунктуационния знак „;“ (точка и запетая), който да допусне смислово противопоставяне и да въведе изключение от принципа.

„Знакът точка и запетая се използва за отделяне на относително по-големи и по-самостоятелни синтактично-смислови цялости в рамките на простото и сложното изречение. Той е знак за по-силно отделяне от запетаята и за по-слабо отделяне от точката. Обикновено с точка и запетая се отделят по-големи цялости, отколкото цялостите, отделяни чрез запетая.

97. Точка и запетая се пише в следните случаи:

97. 1. За отделяне на разширени еднородни части, в рамките на които вече са употребени запетая.

97. 2. В сложното изречение:

97. 2. 1. За отделяне на смислово по-самостоятелни прости изречения или на група от изречения в състава на сложното, в които вече е използвана запетая, независимо дали тези изречения са свързани помежду си безсъюзно, или със съюзи.

97. 2. 2. За отделяне на паралелни по строеж изречения в рамките на сложното изречение.

97. 3. При изреждане:

97. 3. 1. При изреждане на изрази или на цели изречения, които следват след изречение с обобщаващо значение.

97. 3. 2. При изреждане в рубрики за отделяне на неголеми, свързани по смисъл изрази, когато започват с малка буква²⁹.

Символът „точка и запетая“ се поставя за обособяването на съдържателни хипотези, които не си противоречат, както е видно от т. 97. 1. Целта му е да открие всяка една от тях, като запази едновременното и балансирано присъствие на двете възможности. Но, доколкото може да се допусне каква е била волята на нормотвореца в разглеждания случай, същността на разпоредбата на чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК е да противопостави две възможности, втората от които е двусъставна, като въведе различие в правилата на

гирани изпълнението на някои от възложените им със закон правомощия, са подсъдни като първа инстанция на съответните окръжни съдилища или Софийския градски съд. Жалбите срещу актове, издадени от заместници на министър, ръководител на ведомство, непосредствено подчинено на МС, или областен управител по силата на изрична заповед за заместване, са подсъдни като първа инстанция на Върховния административен съд“.

²⁹ Официален правописен речник на българския език. Институт за български език при

родовата подсъдност. Затова е необходимо да има свързващо звено (съюз), което да отрече първото условие. Подходящи са съюзите „но“ или „а“.

Съчинителният съюз „но“ се използва за противопоставяне на прости изречения, при което действието от изречението след съюза е в отстъпително отношение спрямо предходното: „I. За противопоставяне. 1. Свързва еднородни части на простото изречение, които се допълват или ограничават, изразявайки противоположни понятия; ала, ама, обаче. [...] 2. Свързва две изречения в едно сложно съчинено, в което действието в първото се ограничава от действието на второто; ала, ама, обаче. [...] 3. Свързва две изречения, при които фактът или действието във второто е противоположно на очакваното или има отстъпателен смисъл; а, ала, ама, обаче, пък“³⁰.

Съюзът „а“ се употребява за противопоставяне на прости изречения и изразяване на контраст, несъответствие, несъвместимост: „1. Свързва еднакви части на изречението или прости изречения в едно сложно, когато се посочва разлика, несходство между изразяваните чрез тях факти, положения, действия или състояния. 2. Свързва прости изречения в едно сложно или отделни прости самостоятелни изречения, когато се съпоставят: а) Едновременни действия [...] б) Последователни действия, при които едното настъпва неочаквано по отношение на действието в предходното изречение“³¹.

Предлаганата от нас редакция на текста, защото намираме същия за двусмислен, би избегнала трудностите при тълкуването ѝ и би била следната:

На Върховния административен съд са подсъдни [...] оспорванията срещу актовете на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите и министрите [...]; но/а в случаите, [...] когато тези органи са делегирали правомощията си на съответните длъжностни лица, издадените от тях административни актове се оспорват пред съответния административен съд.

Текстът е обнародван в „Държавен вестник“ (ДВ), влязъл е в сила от 1.1.2019 г. и е част от националния правов ред. Както е видно, правилата за родовата подсъдност по чл. 132, ал. 2, т. 2 от АПК са изразени неточно, неясно и твърде сложно, в противоречие с чл. 9, ал. 1 от Закона за нормативните актове. В този си вид процесуалната разпоредба е неприложима. Вместо да бъде усъвършенствана, тя поражда несъществуваща досега безсистемност в упражняване на съдебната защита на гражданите в административния процес³² и ограничава пълноценното реализиране на консти-

Българската академия на науките. София: Просвета, 2012, 84–85.

³⁰ Речник на българския език, том I, Институт за български език при Българската академия на науките. София: БАН, 1977, 139.

³¹ Речник на българския език, том X, Институт за български език при Българската академия на науките. София: Академично издателство „Проф. Марин Дринов“ и ЕТ ЕМАС, 2000, 1172.

³² Сравни с по-широкото сравнително административноправно понятие за админи-

туционно гарантирано процесуално право. По тези причини я намираме за противоречаща на чл. 56 от Конституцията на Република България.

Когато е изяснен въпросът за родовата подсъдност на първоинстанционното административно дело, предстои да се уточни и друга неяснота: пред кой конкретно административен съд трябва да се подаде жалбата. Местната подсъдност се определя от териториалната връзка на делото със съответния съдебен район. Позната е следната класификация:

- а) обща;
- б) изборна;
- в) специална;
- г) по местоизвършване;
- д) заместваща³³.

В цивилистичната доктрина (проф. Живко Сталев) тя се разглежда като обща и специална. Правната уредба на общата местна подсъдност се съдържа в чл. 133, ал. 1 от АПК. Специалната местна подсъдност се прилага във всички случаи, когато има отклонение от предвидените правила за обща местна подсъдност. С последните промени в АПК се извърши поредна корекция на законодателството по повод определяне на правилата за местната обща подсъдност. Ще представим тези правила в тяхната редакция при обнародването на АПК, след първото изменение на нормата през 2013 г. и след последното през 2018 г.:

При обнародването на АПК:

Чл. 133. (1) Делата се разглеждат от административния съд, в района на който е седалището на органа, издал оспорения административен акт, а когато то е в чужбина - от Административния съд - град София.

(2) Исковете за обезщетения могат да бъдат предявени и пред съда по адреса или седалището на жалбоподателя, освен когато са съединени с оспорване по ал. 1.

ДВ, бр. 104 от 2013 г., в сила от 4.1.2014 г.:

Чл. 133. (1) Делата по оспорване на индивидуални административни актове се разглеждат от административния съд по седалището на териториалната структура на администрацията на органа, издал оспорения акт, в чийто район се намира постоянният или настоящият адрес или седалището на жалбоподателя.

(2) Делата по ал. 1 се разглеждат от административния съд, в района на който е седалището на органа, издал оспорения индивидуален административен акт, когато:

1. актът има няколко адресати с постоянен или настоящ адрес в райони, различни от района на териториалната структура на администрацията

стративна процедура в МАРЧЕВА, Д. Към понятието за административна процедура. В: Годишник 2013 на департамент „Право“. София: НБУ, том 2, 2014, 314-335.

³³ АНГЕЛОВ, Г. Производства пред съда. Общи разпоредби. В: Административнопроцесуален кодекс. Коментар. София: Сиела, 2006, 283-284.

на органа, издал акта;

2. администрацията на органа, издал оспорения акт, няма териториална структура.

ДВ, бр. 77 от 2018 г., в сила от 1.1.2019 г.:

Чл. 133. (1) Делата по оспорване на индивидуални административни актове се разглеждат от административния съд по постоянен адрес или седалището на посочения в акта адресат, съответно адресати. Когато посоченият в акта адресат има постоянен адрес или седалище в чужбина, споровете се разглеждат от Административния съд – град София.

(2) Когато посочените в акта адресати са повече от един и са с различен постоянен адрес или седалище, но в рамките на един съдебен район, делата по ал. 1 се разглеждат от административния съд в района на териториалната структура на администрацията на органа, издал акта. Във всички останали случаи делата се разглеждат от административния съд, в района на който е седалището на органа.

Анализът показва, че при обнародването на АПК законодателят се е придържал към принципа, възприет в Гражданския процесуален кодекс (ГПК). Подсъдността се определя от постоянния адрес или седалището на ответника (арг. чл. 105 от ГПК³⁴). В случая на АПК обаче нормата е била съобразена с обективното естество на публичноправния характер на правоотношението, възникнало между гражданите и административния орган, по повод издаването на обжалвания от тях незаконосъобразен акт. „Ответник“ по подадената жалба е авторът на акта. Неговото действие или бездействие е предизвикало засегнатите граждани да потърсят съдебна защита. Така, както гражданите са подали своето искане за издаване на индивидуален административен акт до административния орган по неговото седалище, така следва да отбраняват своите интереси пред административен съд, в съдебния район на който се намира седалището на административния орган, издал акта.

Последвалите промени през 2013 г. създават труден за осмисляне текст. От една страна, делата се разглеждат от административния съд по териториалната структура на автора на акта и едновременно с това се поставя допълнително условие – това да е районът на постоянния или настоящ адрес на жалбоподателя. За да се достигне до такава драстична трансформация на нормативната уредба, която утвърждава като критерий на общата местна подсъдност постоянният адрес, образно казано, на „ищеца“. Дали това законодателно решение гарантира достъпа до правосъдие на гражданите?

Отрицателният отговор се подкрепя от следните факти:

Първо, не са малко случаите, в които гражданите имат настоящ адрес, различен от постоянния си, което за в бъдеще ще поражда затруднения

³⁴ „Искът се предявява пред съда, в района на който е постоянният адрес или седалището на ответника“. Редакцията на чл. 81 от ГПК (отм., бр. 59 от 20.7.2007 г., в сила от 1.3.2008 г.) бе със сходно съдържание: „Искът се предявява в онзи съд, в района на който е местожителството или седалището на ответника“.

за тях от финансово и друго естество при упражняване на правото на защита. Неминуемо ще бъдат принудени да правят разходи, за да се явяват пред съда по постоянния си адрес. Нововъдението в значителна степен ще засегне по-младите български граждани, които учат или работят в столичния град. Ще бъдат принудени да пътуват до постоянния си адрес или за да си спестят допълнителни усилия, ще се наложи да променят постоянния си адрес, което също води до неудобства и разноски.

Второ, създават се пречки пред осигуряването на адвокатска помощ на гражданите, които живеят на настоящ адрес. Това може да не се възприема като основателна причина от законодателя, но представлява допълнително усилие за немалка група лица.

Трето, явяването по делото по постоянен адрес изисква вземането на платен отпуск за работещите граждани. Едва ли това обстоятелство може да бъде оправдано.

Четвърто, осъществяването на правна защита на самия административен орган също е свързано с разноски за неговите юрисконсулти, служители от администрацията, външни експерти, свидетели, участвали в производството по издаване на индивидуалния административен акт, които са призвани да участват в процеса пред първоинстанционния съд. Тази допълнителна финансова тежест едва ли може да бъде обоснована.

Описаните по-горе аргументи показват, че с извършените промени в местната подсъдност по АПК относно обжалването на индивидуалните административни актове пред административните съдилища се нарушава правото на защита на гражданите по чл. 56 от Конституцията. Резултатът от изменението е, че същите правят достъпа до административно правосъдие по-труден, по-бавен и по-скъп. Като фокусът върху остойността на действията по защита се отнася както до преките финансови разходи, така и до ангажираното допълнително време и други житейски усложнения.

Прави впечатление, че по отношение на подсъдността промените в АПК подминаха един съществен проблем – абсолютния или относителен характер на подсъдността. Подсъдността е уредена чл. 134 от АПК:

„Чл. 134. (1) Определената от закона подсъдност не може да бъде изменена по съгласие на участващите в делото лица.

(2) Възражение за местна неподсъдност на делото може да се прави най-късно в първото заседание пред първата инстанция и да се повдига служебно от съда. Едновременно с предявяване на възражението страната е длъжна да представи и доказателствата си“.

Законът не посочва изрично дали родовата и местната подсъдност са абсолютна или относителна предпоставка за произнасянето на съда. Категоричността, с която АПК предвижда в чл. 134, ал. 1, че това е „определена от закона подсъдност“, навежда на мисълта, че в качеството си на задължителна, и двата вида подсъдност е абсолютна законова предпоставка за допустимост на жалбата. Това означава, че съдът е длъжен да следи за нея служебно и ако не го направи, рискува поставеното от него съдебно решение да бъде недопустимо и следователно атакуемо пред касационната инстанция. АLINEЯ 2 на същия член позволява възражението за мест-

на неподсъдност на делото да се прави най-късно в първото заседание пред съда. Това дава основание да се допусне, че местната подсъдност е относителна процесуална предпоставка и при липсата на отвод делото е възможно да бъде решено от сезирания съд. В същото време съдът може по всяко време на делото да констатира липсата на местна подсъдност.

Изводът, че както родовата, така и местната подсъдност са абсолютна процесуална предпоставка за допустимост на жалбата и всяка неподсъдност ще доведе до недопустимост на постановеното решение, а това е основание за касационното му обжалване³⁵, се споделя от автора, но на практика отсъства правна сигурност за гражданите при упражняване на процесуалното им право на защита. И тя ще продължава да съществува, докато не бъде внесена яснота чрез уточнение в закона.

3. Ограничения при касационното обжалване

Един от основните компоненти на достъпа на гражданите до правосъдие това е правото на касационно обжалване на първоинстанционното решение. То, „както и правото на оспорване на административен акт представляват процесуални права за защита срещу порочен държавен юридически акт. И двете са насочени към съда, който е държавен орган и поради това публичноправен субект. Затова те са публични права. Упражняват се чрез едностранно волеизявление на техния носител, което е достатъчно за настъпването на правна промяна – постановяването на съдебно решение. Затова правото на касационно оспорване на първоинстанционното съдебно решение и правото на оспорване на административен акт са потестативни права.

Следователно правото на касационно оспорване на първоинстанционно съдебно решение в административното правосъдие, идентично на правото на оспорване на административен акт, е субективно, процесуално, публично, потестативно право на страната, засегната от порочното съдебно решение“³⁶.

Правото на съдебна защита срещу незаконосъобразните актове и действия на административните органи е основно право на гражданите, което има широк конституционноправен и административноправен обхват. На това право отговаря задължението на държавата да осигури тази закрила, което задължение е прехвърлила на съдебната власт в чл. 117, ал. 1 от Конституцията³⁷. Конституционното задължение е предвидено в чл. 127 от АПК:

- съдилищата са длъжни да разгледат и разрешат съобразно закона в

³⁵ ЕЛЕНКОВ, А. Родова, функционална и местна подсъдност. В: Коментар на Административно-процесуалния кодекс. София, Център за обучение на адвокати „Кръстю Цончев“, 2007, 80-82.

³⁶ ЕЛЕНКОВ, А. Касационно производство. В: Коментар на Административно-процесуалния кодекс. София: Център за обучение на адвокати „Кръстю Цончев“, 2007, 282.

³⁷ ЕЛЕНКОВ, А. Право на съдебна защита и право на оспорване. В: Коментар на Адми-

разумен срок³⁸ всяко подадено до тях искане (ал. 1);

- съдилищата не могат да откажат правосъдие под предлог, че няма правна норма, въз основа на която да решат искането (ал. 2).

Законът за административното правосъдие (ДВ, бр. 74 от 3.4.1912 г., в сила от 1.9.1912 г., доп., бр. 77 от 8.4.1915 г.) в чл. 13 предвижда, че Върховният административен съд се произнася като касационна инстанция в един случай: по касационни жалби против окончателните по същество решения на разните административни юрисдикции. Това става на основанията, посочените в чл. 70б на Закона за гражданското съдопроизводство:

„а) когато е нарушен или неправилно изтълкуван законът;

б) когато са нарушени съществено съдопроизводствените форми;

в) когато са нарушени пределите на ведомството или на властта, които са предоставени на съда от закона;

г) когато в едно и също решение се съдържат разпоредби, които си противоречат³⁹.

Наредбата – закон за административното правосъдие (ДВ, бр. 182 от 12.11.1934 г.) предвижда в чл. 29 касационно обжалване пред Върховния административен съд:

„На Върховния административен съд са подсъдни:

1) всички жалби за отмяна на административни актове на публичните власти, когато законите не определят друга подсъдност;

2) касационните жалби против окончателните по същество решения на разните административни юрисдикции и

3) касационни жалби против окончателни решения на обикновените съдилища, когато особени закони предвиждат обжалване пред Върховния административен съд“. Тук се забелязва, че касационните правомощия на съда се разширяват и по отношение на съдебни решения.

Съдебният контрол върху актовете на администрацията е уреден в чл. 49 на ЗАП от 1970 г. (ДВ, бр. 53 от 7.7.1970 г.), в чийто обхват попадат отказите като административни актове с отрицателно съдържание⁴⁰, но са

административно-процесуалния кодекс. София: Център за обучение на адвокати „Кръстю Цончев“, 2007, 130.

³⁸ Този принцип заема „междинно“ място между принципа за бързина и принципа за справедливостта, като принципът за законност се ползва с предимство пред него. Вж. относително съотношението между принципа за разглеждането и решаването на делото в разумен срок и основните принципи на административното правораздаване в ЧА-КЪРОВА-ДИМИТРОВА, И. Разумният срок в административния процес. Велико Търново, Фабер, 2017, 54–55.

³⁹ ТОКУШЕВ, Д. История на новобългарската държава и право (1878–1944). София, Сиби, 2004, 314.

⁴⁰ КОСТОВ, М. За приложното поле на защитата по ЗАП срещу незаконни откази (въпроси за съотношението между административния и гражданския процес). – Социалистическо право, 1980, № 4, 25.

изключени нормативните актове⁴¹ и общите (ненормативни) актове⁴². Той предвижда едноинстанционност на производството:

„(1) Когато обжалваният акт е издаден от министър, ръководител на ведомство, от изпълнителен комитет на окръжен народен съвет или на Софийския градски народен съвет, компетентен да разгледа жалбата или протеста е Върховният съд. От Върховния съд се разглеждат и жалбите и протестите против административните актове, които са били потвърдени или изменени от министър или ръководител на ведомство с ранг на министерство.

(2) За всички останали административни актове компетентен е окръжният съд“. Правната уредба на обжалването на индивидуалните административни актове е предвиждала задължителен административен контрол и след това съдебно обжалване. Това способства да се оформят някои особености на предварителното изпълнение на актовете⁴³. Решението на съда е окончателно (чл. 58). То може да бъде отменено само по реда на чл. 225 или 231 от Гражданския процесуален кодекс (т. е., когато се прибегне до извънредни способности за защита и съдебното решение е влязло в сила). Предложението за преглед по реда на чл. 225 от Гражданския процесуален кодекс може да се направи само, ако при постановяване на решението е допуснато съществено нарушение на закона, в шестмесечен срок от постановяването му.

Производството по упражняване на съдебен контрол върху индивидуалните административни актове по ЗАП от 1979 г. (ДВ, бр. 90 от 13.11.1979 г.) също е едноинстанционно⁴⁴.

Касационното обжалване в административното правосъдие е възстановено като принцип в Конституцията от 1991 г., но на практика това се случва със Закона за Върховния административен съд от 1997 г. и реформата в Гражданския процесуален кодекс от същата година⁴⁵.

⁴¹ КОСТАДИНОВ, Г. Законът за административното производство в системата на държавното управление. ЛСДСЮ, Том VII (1972), 187-188.

⁴² ЛАЗАРОВ, К. Въпроси на съдебното обжалване по Закона за административното производство. София: Българска академия на науките, 1975, 42.

⁴³ Нормативната уредба е била разделена (условно) на две части – подаването на жалба до горестоящия административен орган е притежавало суспензивен ефект, т. е. изпълнението на акта е спирало, но също така разпоредбата на чл. 50, ал. 2 от ЗАП (отм.) от 1970 г. е предвиждала, че подадената жалба не спира изпълнението на административния акт, освен ако съдът разпорежи то да се спре до постановяване на решението. СТОЯНОВ, Е. Предварително и незабавно изпълнение на индивидуалните административни актове. – De Jure, 2016, № 2, 149.

⁴⁴ ДЕРМЕНДЖИЕВ, И. Административен процес. В: Административно право. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2005, 336.

⁴⁵ ЕЛЕНКОВ, А. Касационно производство. В: Коментар на Административно-процесуалния кодекс. София: Център за обучение на адвокати „Кръстю Цончев“, 2007, 309.

Направеният историко-правен анализ на касационното обжалване има за задача да покаже развитието на този административноправен и процесуалноправен институт през годините и да обърне внимание върху факта, че гаранциите за защита на правата на гражданите преминават задължително през възможността в съвременните правно-политически условия да могат да се атакуват незаконосъобразните актове на администрацията, но и да съществува увереност, че съдебната инстанция също ще бъде коригирана, когато става въпрос за засягане на индивидуални интереси. В този смисъл, от една страна, намира проявление принципът за разделение на властите, като съдебната контролира изпълнителната в съдебния процес пред първа инстанция, от друга страна, се доказва независимостта на съдебната власт чрез касационното производство и се развива принципът на функционалната подсъдност.

Съдебното производство по административни дела е двуинстанционно – първоинстанционно и касационно (чл. 10, ал. 2 от Закона за съдебната власт). Според правната доктрина чрез касационното обжалване общата клауза, заложенa в Конституцията, „придобива завършен характер, защото тя показва желанието на законодателя да даде възможност за защита на широк кръг права посредством надзора върху административните актове, за които това е възможно и допустимо“⁴⁶.

В началото на това изложение бяха изяснени характеристиките на правото на съдебна защита по чл. 56 от Конституцията на Република България. Именно естеството на това право – универсално, основно, лично, процесуално и публично – в рамките на двуинстанционното административно правосъдие го поставят в по-особен контекст. То се предоставя, за да гарантира, че интересите на гражданите ще бъдат защитени в една усложнена юридическа обстановка, каквато е административният процес. И понеже в първата фаза по издаването на административния акт гражданите са в подчинена позиция спрямо административния орган, то контролната фаза трябва да компенсира това неравноправие и да удвои инструментариума, с който да се осигурят възможностите за противодействие и охрана на личния интерес.

Касационното обжалване представлява процесуалноправно понятие, което поставя началото на административния процес в неговата съдебна фаза⁴⁷. То се осъществява в границите на производство, което има две основни цели. Първата от тях е да се ограничат порочните съдебни решения, които засягат правата и интересите на гражданите. Тази цел е приоритетна. Разглежданият дисциплиниращ ефект в системата на административното правосъдие би стимулирал съдилищата по-ефективно

⁴⁶ МИТКОВА, Е. Съдебните актове, подлежащи на касационно оспорване пред ВАС по реда на АПК. – *De Jure*, 2014, № 2, 39.

⁴⁷ МИЛЧЕВА, З. Предмет на оспорване в административния процес. – *Съвременен право*, 2007, № 6, 55.

да гарантират правата на гражданите, когато последните са засегнати от актове или действия на публичната власт. Втората задача на касационното обжалване е да се формира окончателна позиция на съдебната власт по спорния въпрос относно законосъобразността на административните актове, постановени от изпълнителната власт, за които законът предвижда правораздавателен надзор⁴⁸. Лишаването на гражданите от достъп до касационна инстанция отслабва тяхното положение във водения с публичната власт спор. И тук трябва да обърнем внимание върху ролята на съда като безпристрастен арбитър, който въздава справедливост. Тя е отразена от практиката на Конституционния съд така: „Следва да се има предвид, че именно съдебната власт е призвана от Конституцията да защитава правата и законните интереси на гражданите – чл. 117, ал. 1 от основния закон. В системата от правни гаранции за защита правата и законните интереси на гражданите съдебните са най-висши, защото съдът в своята дейност е независим и е подчинен само на закона – чл. 117, ал. 2 от основния закон“ (Решение № 11 от 30.4.1998 г. по к. д. № 10 от 1998 г.). А научната доктрина прави следната оценка: „Съдебният контрол върху административни актове се счита за най-важната гаранция за защита на правата на гражданите от незаконни действия на администрацията. Съдът е най-авторитетният механизъм за преценка за законосъобразността, респективно законосъобразността на административните актове и действия. Той е важен юридически способ за обезпечаване на законността в държавната администрация и за защита на субективните права и интереси на гражданите и техните организации“⁴⁹.

До промените на АПК извън обхвата на касационното производство попадаха следните законови хипотези:

- чл. 215, ал. 7 от Закона за устройство на територията (ЗУТ)⁵⁰: окончателни са решенията на първоинстанционния съд по жалби или протести срещу индивидуални административни актове за:

⁴⁸ МИТКОВА, Е. Касационното производство пред ВАС и принципите на административния процес. – De Jure, 2015, № 1, 15.

⁴⁹ КЪНДЕВА, Е. Публична администрация. София: Сиела, 2000, 312-313.

⁵⁰ Нормата на чл. 215, ал. 7 от ЗУТ е предмет на подробен научен анализ през годините: „едноинстанционността се утвърждава като принцип в чл. 215, ал. 7. От принципа има изключения – чл. 215, ал. 7, изр. 1 „[...] с изключение на [...] от първа до пета категория включително“. След това от изключението има друго изключение – за обектите с национално значение за общинските обекти от първостепенно значение. Тук очевидно трябва да има редакция, която да облекчи разпоредбата“. СИВКОВ, Ц. Измененията на ЗУТ от края на 2010 г. – De Jure, 2011, № 1, 103. Вж. по тази тема още в СИВКОВ, Ц. Промени в глава 19 на ЗУТ според измененията в закона от края на 2015 г. – De Jure, 2016, № 2, 115. Според автора чрез едноинстанционното разглеждане на делата се постига значим социален резултат, тъй като бързо се усвоява европейско финансиране и в тази хипотеза следва да се отдаде предимство на принципа на бързината и процесуалната икономия.

1. одобряване или за изменение на подробни устройствени планове за обекти с национално значение и за общински обекти от първостепенно значение и отказите за издаване на такива актове;

2. одобряване на комплексни проекти за инвестиционна инициатива за обекти с национално значение и за общински обекти от първостепенно значение и отказите за тяхното одобряване;

3. разрешаване на строителството за изграждане на обекти с национално значение и на общински обекти от първостепенно значение и отказите за издаване на такива актове;

- чл. 93, ал. 10, изр. 2 от Закона за опазване на околната среда: окончателни са решенията на първоинстанционния съд по жалби срещу решения на министъра на околната среда и водите по инвестиционни предложения, техни разширения или изменения, които са определени като обекти с национално значение с акт на Министерския съвет и са обекти със стратегическа важност;

- чл. 216, ал. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП): Върховният административен съд се произнася в срок до един месец от получаване на жалбата срещу решение на Комисията за защита на конкуренцията и решението му е окончателно;

- чл. 58, ал. 3 от Изборния кодекс: решенията на Централната избирателна комисия може да се обжалват пред Върховния административен съд чрез Централната избирателна комисия в тридневен срок от обявяването им. Решението на съда се обявява незабавно и не подлежи на обжалване;

- чл. 29г, ал. 4, чл. 29н, ал. 6, чл. 182, ал. 7, чл. 187, ал. 3 и чл. 205, ал. 4 от Закона за съдебната власт: при произнасяне на тричленен състав на Върховния административен съд по жалби относно кадрови въпроси, свързани със съдебната власт. В тези случаи неговите решения са окончателни.

Първите три случая могат да бъдат обосновани с обществен интерес, изискващ бърз административен процес по повод реализирането на значими национални обекти с голяма полза за гражданите. В два от тях (по ЗУТ и ЗОП) административноправните отношения са възникнали между адресатите на актовете – юридически лица и административни юрисдикции⁵¹. Мотивите за процесуална икономия могат да ни послужат само в хипотезата, когато юридическото лице получи исканото одобрение или разрешение. Когато обаче по една или друга причина такова разрешение или одобрение на инвестиционен проект не се предостави, възниква реален проблем от пренебрегнат обществен интерес и косвено омаловажаване на конституционните права на гражданите, които не са намерили адекватна защита на достатъчно важни интереси поради едноинстанционност на съдебната фаза на административния процес. Налице е непряко засягане на субективно публично право на гражданите в материалноправен

⁵¹ Вж. за същността на административните юрисдикции по-подробно в СТАЙНОВ, П. Особените юрисдикции в областта на администрацията. София: Българска академия на науките, 1956.

и процесуалноправен смисъл: „Отказът трябва да се свърже със самото претендирано субективно публично право и да се прецени като заето от администрацията отрицателно становище (решение) относно възникването на това право или относно упражняването му“⁵². Затова сме склонни да се присъединим към изразявано в теорията мнение за въвеждане на двуинстанционност на съдебния контрол: „Спрямо законосъобразността на отказите законодателят не би следвало да дава приоритет на бързината и процесуалната икономия пред двуинстанционния съдебен контрол“⁵³.

Идентичен е казусът с решенията на Централната изборителна комисия, които подлежат на едноинстанционно обжалване. В този случай проблемът засяга в сърцевината му съдържанието на изборния процес и упражняването на най-иманентното сред политическите права на гражданите. Ето защо, намираме, че за тези изключения не е избран най-добрият нормативен подход, който да защити обществения интерес и гарантира едновременно с това правата на гражданите.

В Закона за съдебната власт съществуват няколко разпоредби, които уреждат провеждането на конкурси за младши съдии, прокурори и следователи, за първоначално назначаване и други кадрови въпроси. По един или друг начин те преминават като първи етап от разрешаването на един възникнал спор през съдийската колегия във Висшия съдебен съвет и след това се разглеждат от ВАС като единствена съдебна инстанция. Поради тази специфика можем да оправдаем едноинстанционния характер на съдебния контрол.

След измененията на АПК от 2018 г. касационното обжалване бе значително ограничено. В редица специални закони бе въведена едноинстанционност на съдебното обжалване, като така бе изпразнен от смисъл един важен институт на административното процесуално право. Този стремеж към стесняване на приложното поле на общата клауза на обжалване на административните актове от съдилищата трябва да бъде възпрян и удържан в конституционно определената рамка на правовата държава. Използваният нормативен способ за намаляване интензитета на надзора на съдебната власт над изпълнителната не може да бъде приветстван категорично, тъй като промените засягат ПРЯКО материалноправни интереси на гражданите от социално-икономически характер. Примерите показват, че се засяга фундаментът на правото на човека да се защити и то по-отношение на най-уязвимите обществени групи. Така се получава обратният ефект. Вместо законодателната власт да окаже подкрепа на тези категории граждани, като ги предпази от незаконосъобразни решения на изпълнителната власт, тя създава процесуално препятствие да бъдат охра-

⁵² КОСТОВ, М. За правната същност на отказите на администрацията и за контрола върху тях. – Правна мисъл, 1975, № 6, 32.

⁵³ ЧАКЪРОВА-ДИМИТРОВА, И. Относно едноинстанционния съдебен контрол по чл. 215, ал. 7 ЗУТ. – De Jure, 2017, № 1, 31.

нявани в пълнота и в цялост техните интереси в съществената контролна фаза на административния процес, каквото е касационното обжалване.

Директното нарушаване на материални и процесуални права от конституционен порядък може да бъде тествано като се разкрият дисбалансите между предмета на урежданите от съответния закон публичноправни обществени отношения, принципите и преследваните от всеки един нормативен акт цели, свързани със зачитане правата на гражданите, от една страна; а от друга страна, въз основа на ефекта – правен, икономически, социален, който оказва ограничаването на касационното обжалване върху упражняването на правата. Нововъведеното стесняване на касационното обжалване засега непосредствено права на гражданите в следните измерения:

1. Правото на защита и принципът на законност в данъчното производство (чл. 160, ал. 6, изр. 2 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс): Решението на административния съд по дела, по които се обжалват установени с ревизионния акт публични вземания общо в размер до 750 лв., в които не се включват начислените лихви за забава, когато ревизионният акт е издаден на физически лица, и общо в размер до 4000 лв., в които не се включват начислените лихви за забава, когато ревизионният акт е издаден на юридически лица, е окончателно. В чл. 60, ал. 1 във връзка с чл. 84, т. 3 от Конституцията се въвежда принципът на законоустановеност на данъците като публично субективно право на държавата да получи определена парична сума⁵⁴. Неговото реализиране е обект на съдебен надзор. Последният обезпечава правната сигурност. Премахването на възможността да се защити принципът на законност при издаването на ревизионния акт и постановяването на съдебно решение засяга в значителна степен правото на защита на гражданите в процеса. Освен това, ограничението се извършва, без да се допуска конкуренция с друга по-висша и конституционна ценност.

2. Право на обществено осигуряване. При атакуване на разпореждане, с което се постановява отказ за изплащане на парични обезщетения по глава четвърта (обезщетения за временна неработоспособност и трудоустрояване, обезщетения за майчинство, парични обезщетения при безработица) или помощи (чл. 119 от Кодекса за социално осигуряване): Решенията на административния съд подлежат на касационно обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, с изключение на постановените по жалби срещу отказите за изплащане на парични обезщетения по глава четвърта.

⁵⁴ СИМЕОНОВА, Г. Права на данъкоплатците при изпълнението на основното им конституционно задължение за заплащане на данък. В: 25 години Конституция на Република България в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права? – Национална конференция. Народно събрание, СУ „Св. Климент Охридски“, Нов български университет, 2016, 131–139.

3. Право на социално подпомагане:

3. 1. Отказът за отпускане на социални помощи подлежи на обжалване по административен ред пред директора на регионалната дирекция „Социално подпомагане“ по реда на Административнопроцесуалния кодекс (чл. 13, ал. 6, изр. 2 от Закона за социално подпомагане): Когато директорът на регионалната дирекция „Социално подпомагане“ не се е произнесъл по жалбата или я е отхвърлил, заповедта може да се обжалва пред съответния административен съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс. Решението на административния съд е окончателно.

3. 2. Чл. 13, ал. 7, изр. 2 от Закона за социално подпомагане: Когато директорът на регионалната дирекция „Социално подпомагане“ е решил въпроса по същество, решението му може да се обжалва пред съответния административен съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс. Решението на административния съд е окончателно.

3. 3. Отказът за предоставяне на семейни помощи (чл. 10, ал. 6 от Закона за семейните помощи на деца): Заповедта, с която се постановява отказът, подлежи на обжалване пред съответния административен съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс. Решението на съда е окончателно.

3. 4. В случай на недобросъвестно получени семейни помощи директорът на дирекция „Социално подпомагане“ издава мотивирана заповед за възстановяване на получената семейна помощ заедно със законната лихва (чл. 14а, ал. 1, изр. 3 от Закона за семейните помощи на деца): Заповедта подлежи на обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс. Решението на административния съд е окончателно. Законът урежда обществените отношения, свързани с гаранциите на правото на гражданите в Република България на социално подпомагане чрез социални помощи и социални услуги (чл. 1, ал. 1). Две от неговите цели са непостижими след въведеното ограничение:

1. подпомагане на гражданите, които без помощта на друго не могат да задоволяват своите основни жизнено потребности;

2. укрепване и развитие на обществената солидарност в трудни житейски ситуации.

4. Правото на информация. Решенията за предоставяне на достъп до обществена информация или за отказ за предоставяне на достъп до обществена информация⁵⁵ се обжалват пред съответния административен съд, по реда на Административнопроцесуалния кодекс (чл. 40, ал. 3 от Закона за достъп до обществена информация): Решението на административния съд не подлежи на касационно оспорване. Проблемът с лишаването от касационното обжалване на тази сфера на публичноправната комуникация рефлектира върху ограничаване на конституционно гарантирано задължение на държавата за нейната „пасивна прозрачност“ (Решение № 7 от 4.6.1996 г. по к. д. № 1 от 1996 г.), установено в чл. 41, ал. 2 от Консти-

⁵⁵ За съдебния контрол вж. в ПАНАЙОТОВА, Е. Достъп до обществена информация. София: Сиби, 2003, 158-167.

туцията: „Гражданите имат право на информация от държавен орган или учреждение по въпроси, които представляват за тях законен интерес, ако информацията не е държавна или друга защитена от закона тайна или не засяга чужди права“.

Съществен въпрос при проверката на конституционноосъобразността на извършеното редуциране на касационното обжалване по реда на АПК по принцип е съвместимостта му със заложените в международните актове и Конституцията критерии.

В международноправен аспект тези принципи са изработени от практиката на Европейския съд по правата на човека и основните свободи:

- пропорционалност на наложените ограничения на правата на гражданите;

- преследването на легитимна цел при създаването на ограничения.

Практиката на Конституционния съд през годините е имала повод да се произнася в тази насока: „При упражняване на своите права и свободи личността е подчинена само на такива ограничения, които са установени със закон, изключително с цел да се осигури необходимото признаване и зачитане правата и свободите на другите и за удовлетворяване на справедливите изисквания на морала, обществения ред и общото благоденствие в едно демократично общество. Тези права при никакви обстоятелства не могат да бъдат упражнявани в противоречие с целите и принципите на Конституцията“ (Решение № 3 от 17.5.1994 г. по к. д. № 1 от 1994 г.).

По какъв начин ограничаването на касационното обжалване в изброените по-горе хипотези обезпечава признаването и зачитането правата и свободите на другите граждани, удовлетворява изискванията на морала, обществения ред и общото благоденствие в българското общество? Практиката на Конституционния съд е категорична, че възможността на законодателя да изключва от съдебен надзор определени решения на администрацията не може да се прилага спрямо „административни актове, които засягат основни конституционни права (вж. Решение № 7 от 19 юни 1995 г. по к. д. № 9 от 1995 г.“ (Решение № 21 от 26.10.1995 г. по к. д. № 18 от 1995 г.), каквито са несъмнено изброените вече от нас.

Едно ограничение се определя като приемливо в правовата държава, когато може да се докаже кумулативно, че:

- същото е наложително;

- подходящо е за постигането на легитимна цел;

- най-щадящо е в сравнение с други приложими средства.

Разширяването на едноинстанционния характер на административното правосъдие е крачка назад в развитието на националното правораздаване. Историческите препратки показват, че касационното обжалване отсъства през тоталитарния период на развитие на българската държава, когато публичната власт потиска, а не зачита правата на гражданите. Струва ни се, че демократичните ценности, от които е изтъкана съвременната българска действителност, категорично отхвърлят възможността да бъде възстановен или подкрепен правов ред, който е в противоречие с чл. 56 от Конституцията, както и с чл. 117, ал. 1 и чл. 122, ал. 1.

4. Намалена публичност на административния процес

Правото на всеки гражданин делото му да се разглежда публично е установено в член 10 от Всеобщата декларация за правата на човека, член 14, параграф 1 от Международния пакт за граждански и политически права, член 6, параграф 1 от Европейската конвенция за правата на човека и основни свободи. Принципът на публичност на съдебните заседания има три основни измерения:

- гаранция за справедлив процес, в който гражданите като страна по делото имат право на лично участие, а останалите граждани извън страните в процеса – да оказват непряк, обществен контрол⁵⁶ върху неговия ход;
- гаранция за осъществяване на комуникационното право на информация на гражданите като страна в административния процес;
- начин за поддържане на доверието в съдебната власт.

На плоскостта на правото на Европейския съюз публичността на съдебния процес е уредена в член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз.

Конституцията предвижда, че разглеждането на делата във всички съдилища е публично, освен когато законът предвижда друго (чл. 121, ал. 3). Публичността е уредена в устройствения съдебен закон: „Всеки има право на справедлив и публичен процес в разумен срок и от независим и безпристрастен съд“ (чл. 7, ал. 1 от Закона за съдебната власт). В рамките на административния процес публичността на комуникацията е гарантирана чрез прилагането на принципите, които се съдържат в началните разпоредби на АПК. Принципът на публичността изисква всички органи, които ръководят административния процес в различните негови етапи, да гарантират достъпност и „да бъдат поставени под контрола на гражданите“⁵⁷.

Измененията на АПК във връзка с организирането на съдебните заседания от 2018 г. засегнаха чл. 217, ал. 2, изр. 3-5 и чл. 217, ал. 4:

Делото се разглежда от тричленен състав на Върховния административен съд в закрито заседание, освен ако съдията-докладчик с разпореждане определи делото да се разглежда в открито заседание. Разпореждането не подлежи на обжалване. Когато страна поиска най-късно в касационна жалба или в отговор към касационна жалба делото да се разглежда в открито заседание, то се разглежда по този ред.

Когато делото се разглежда в закрито заседание, решението се постановява в срок не по-дълъг от 6 месеца от образуването му. В случай на нередовности на касационната жалба срокът за произнасяне тече от отстраняване на нередовностите. При разглеждане на делото в закрито заседание прокурорът дава заключение в двумесечен срок от образуването му или в срок, определен от съда“.

⁵⁶ Вж. повече по този въпрос в КЪНДЕВА, Е. М., КАРАГЪОЗОВА. Обществен контрол. София: Наука и изкуство, 1986.

⁵⁷ КОСТОВ, Д. За основните начала (принципите) на административния процес. – De Jure, 2011, № 1, 96.

След настъпилите промени в закона относно закрития характер на заседанията на съда в касационното производство възниква основателният въпрос: как касационното производство с неговите правила и формулировки отговаря на заложените в АПК принципи и доколко има съответствие между тях – конкретните правила на касацията и началните разпоредби на закона? В най-голяма степен отговорът на този въпрос е важен относно прилагането на принципа на достъпност, публичност и прозрачност, уреден в чл. 12 от АПК:

„(1) Органите са длъжни да осигуряват откритост, достоверност и пълнота на информацията в административното производство.

(2) Страните осъществяват правото си на достъп до информацията в производството по реда на този кодекс, а останалите лица – по реда на Закона за достъп до обществена информация.

(3) По производствата по този кодекс не се събират държавни такси и не се заплащат разноски, освен ако това е предвидено в него или в друг закон, както и в случаите на обжалване на административни актове по съдебен ред и при предявяване на иск по този кодекс“.

Основателна е критиката относно наименованието на нормата и съдържанието на трите разпоредби, които я съставляват, защото в разпоредбите се обсъждат откритостта, достоверността и пълнотата на информацията в административното производство. Освен това в чл. 12, ал. 2 се посочва, че страните имат право на достъп до информация в производството по реда на този кодекс, а за останалите лица – по реда на Закона за достъп до обществена информация, което едва ли може да се разглежда като принцип. Прилагането на един закон два ли може да се приеме за принцип. Друг недостатък е, че достъпността е ограничена в чл. 12, ал. 3 само до държавните такси и до разноските. Това се оценява като стеснително тълкуване на достъпността, защото разноските и таксите са един от елементите на достъпността, но съвсем не най-важният, както обстоятелството, че „всички заинтересувани могат да искат издаване на административни актове и да ги оспорват и др.“⁵⁸.

Субекти на административното процесуално комуникационно правоотношение по обжалването на първоинстанционни съдебни решения са гражданите, за които първоинстанционното решение е неблагоприятно (чл. 210, ал. 1 от АПК), като чрез жалбата си те изразяват негативното си мнение относно съдържанието на съдебния акт, на който се противопоставят, намирайки го за нищожен, недопустим или неправилен. Такива са и гражданите, спрямо които първоинстанционното решение има сила, когато то е неблагоприятно за тях, макар и да не са участвали в делото⁵⁹. Както става ясно, касационното производство позволява в процеса да участват и лица, които не са участвали до този момент по делото. Разширяването

⁵⁸ МИТКОВА, Е. Касационното производство пред ВАС и принципите на административния процес. – De Jure, 2015, № 1, 185.

⁵⁹ НИКОЛОВА, Р. Административноправна същност на информацията. София: Друже-

на кръга на гражданите, които имат достъп до правосъдие в касационното производство, показва, че въвеждането на субективен критерий за преценка дали заседанието да бъде публично или не от съдия-докладчика, противоречи на принципа на откритост. Ограничаването трябва да се обосновава с особено значими обществени интереси (Решение № 7 от 4.6.1996 г. по к. д. № 1 от 1996 г.), които да налагат неговото въвеждане, каквито не са посочени в АПК. Всяко изключение от принципа за публичност на съдебния процес трябва да се използва внимателно и да се прилага пропорционално.

В допълнение на това трябва да кажем, че в касационното производство по АПК се допуска представянето, разглеждането и проверката на писмени доказателства (чл. 219, ал. 1 от АПК). Недопустимо е тяхното обсъждане да се извършва в закрито съдебно заседание без участието на страните.

Член 19 от МПГПП и член 10 от ЕКПЧ въвеждат три кумулативни условия за налагане на ограничения относно свободата на изразяване, които действат и при упражняване на правото на информация. Те трябва да:

- са предвидени в закон;
- преследват една или повече от изрично предвидените в двете разпоредби цели (единствените легитимни цели);
- са „необходими в едно демократично общество“ по смисъла на член 10 от ЕКПЧ⁶⁰.

Последната намеса в съдържанието на АПК даде възможност касационното съдебно производство да се превърне в по-непрозрачно, с което да се засегнат правата на гражданите по косвен път. Това не прави нарушението на Конституцията по-маловажно.

Заключение

Международните актове, актовете на ЕС и Конституцията на Република България създават демократичен правов ред, насочен към утвърждаването на административното правосъдие като законосъобразен съдебен процес, в рамките на който гражданите да упражняват пълноценно своето универсално, основно, лично, процесуално и публично право на съдебна защита. Последните изменения на Административнопроцесуалния кодекс нанесоха големи вреди, които засегнаха по съществен и недопустим начин основни конституционни права на гражданите. Това показва, че качеството на законодателния процес е понижено, въпреки наличието на богата практика на Конституционния съд. Доверието на гражданите в законодателната власт ще намалява дотогава, докато парламентът не съобрази своите актове с международното право, правото на ЕС и Основния закон в отстояването на съвременните общочовешки ценности, каквито са върховенството на правата на личността, нейното достойнство и сигурност; и създаването на демократична, правова и социална държава.

ство Европейско право, 2016, 169-170.

⁶⁰ КЪНЕВ, К. Формулиране на правото и на легитимните ограничения. В: Свободата на изразяване. София: Сиби, 2010, 26.

УРЕДБА НА ПРИНЦИПА НА „ЗАБРАНА ЗА ВРЪЩАНЕ“ (NON-REFOULEMENT)

Благой Видин¹,
Катерина Йочева²,
Нов български университет

Резюме: Принципът на „забрана за връщане“ забранява предаването на едно лице от една власт на друга, когато съществуват основателни причини да се вярва, че има опасност да бъдат нарушени някои основни права на това лице.

Принципът се среща изрично в международното хуманитарно право, международното бежанско право и международното право в областта на правата на човека, въпреки че има различен обхват и условия за прилагане за всеки от тези три правни дяла. Според някои становища същината на принципа на „забрана за връщане“ се е превърнал в международен обичай.

В изследването се проследява не само модерното значение на принципа и неговите обхват и съдържание, но и неговия произход.

Основната цел на изследването е да се установи възможно най-ясно настоящата уредба и обхвата на принципа на „забрана за връщане“ не само в международното право, но и в националното (българското) и европейското право.

Ключови думи: забрана за връщане, правна уредба, международно право, право на ЕС, национално право

¹ Проф. д-р Благой Видин, имейл: bvidin@nbu.bg

² Проф. д-р Катерина Йочева, имейл: kyочева@nbu.bg

LEGAL REGULATION OF THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE

Blagoy Vidin,
Katerina Yocheva,
New Bulgarian University

Abstract: The principle of non-refoulement prohibits the transfer of a person from one authority to another when there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to violations of certain fundamental rights.

The principle is found expressly in international humanitarian law, international refugee law and international human rights law, though with different scopes and conditions of application for each of these bodies of law. According to some views the core of the principle of non-refoulement has also become customary international law.

The paper looks at the modern meaning of the principle, its scope and content as well as to its origins.

The principal purpose of this paper is to establish as clearly as possible the present standing and scope of the principle of non-refoulement not only in international, but also in national (Bulgarian) and EU law.

Keywords: Non-Refoulement, International Law, EU Law, National Law

„[Забраната за връщане] е считана [...] като морален императив [...] и всъщност като един от основните принципи на международното [...] право“.
Lorcán Hyde³

Въведение⁴

Най-общо погледнато, принципът на „забрана за връщане“ (non-refoulement) задължава една държава да не връща дадено лице на друга държава, когато съществуват основателни съмнения да се вярва, че за това лице е налице опасност да бъде преследвано или да бъде по друг начин увредено.

Този принцип се открива изрично в международното хуманитарно право, международното бежанско право и международното право в областта на правата на човека, въпреки че има различен обхват и условия за прилагане за всеки от тези три правни дяла.

Историческо развитие

Принципът non-refoulement, означаващ „забрана за връщане“, се появява за първи път като изискване в работата на обществата на международните юристи⁵. На проведената в Женева през 1892 г. сесия на Institut de Droit International (Институт по международно право) е формулирано становището, че един бежанец не може чрез експулсиране да бъде предаден на друга държава, която го издирва, освен ако надлежно се спазят условията за гаранция, установени по отношение на екстрадицията (Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers 1892, член 16)⁶. По-късно, с оглед на нарастващото международно напрежение в периода между двете световни войни, принципът на „забрана за връщане“ (non-refoulement) изрично се появява във все повече международни договори, в които се предвижда, че бежанци не трябва да бъдат връщани в своите страни на произход [например в контекста на руските и арменските бежанци; конвенциите, подписани в периода 1936–38 г. с препратка към бежанците

³ Вж. Hyde, Lorcán, The principle of non-refoulement in international law, на адрес в интернет: http://www.rescriptum.org/wordpress/wp-content/uploads/2016/07/2016_1_029_Hyde.pdf

⁴ Частта от статията, посветена на международноправната уредба, е разработена от доц д-р Катерина Йочева.

⁵ Вж. Tamás Molnár, The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell, с. 51. http://unipub.lib.uni-corvinus.hu/2402/1/COJOURN_v1n1_TamasMolnar.pdf

⁶ Пак там.

от Германия също така съдържат подобни ограничения по отношение на бежанците]. След края на Втората световна война със създаването на Организацията на обединените нации (ООН) се дава нов тласък на консолидирането на този принцип в международното право. По това време милиони хора търсят убежище от ужасите на продължилият шест години катаклизъм в търсене на възможност да се установят в незасегната приемаща държава.

През този период първият контекст на прилагане, в който забраната за връщане става универсална, е областта на **международното хуманитарно право**: така той е формулиран в член 45 на т. нар. четвърта Женевска конвенция⁷, според която разпоредба:

„При никакви обстоятелства никое закриляно лице не се прехвърля в страна, в която то може да има причини да се страхува от преследване заради своите политически или религиозни убеждения“.

Принципът на „забрана за връщане“, предоставящ по-голяма защита, придобива общопризната правна уредба на универсално равнище по силата на член 33, параграф 1 от Женевската конвенция от 28 юли 1951 г. за статута на бежанците⁸ (Женевската конвенция за бежанците от 1951 г.)⁹, който предвижда, че:

„Никоя договаряща държава няма по какъвто и да е начин да експлутира или връща („refouler“) бежанец до границата на територията, където са били застрашени животът или свободата му по причина на неговата раса, религия, националност, принадлежност към дадена социална група или политически възгледи“.

Трябва да се отбележи, че страни по Женевската конвенция за бежанците от 1951 г. са 146 държави, включително България от 12 май 1993 г., както и всички останали държави – членки на Европейския съюз, както и на Съвета на Европа¹⁰.

Така в началото принципът на „забрана за връщане“ е тясно свързан с областта на **международното бежанско право** като *lex specialis*. Изпълнението на този международен правен принцип закриля онези лица, които бягат от преследване. Той изисква безусловно изпълнение, за което свидетелства фактът, че не се допускат резерви по член 33 от Женевската конвенция за бежанците от 1951 г.

⁷ Женевска конвенция от 12 август 1949 г. относно закрила на гражданските лица във време на война, Обн. ДВ, бр. 27 от 25. 3. 2014 г.

⁸ Приета на 28 юли 1951 г. от Конференция на пълномощниците на ООН по статута на бежанците и лица без гражданство. Ратифицирана със закон на Народното събрание от 22 април 1992 г.; допълнена със закон на Народното събрание от 1 април 1993 г. В сила за Република България от 10 август 1993 г. Обн., ДВ, бр. 88 от 15 октомври 1993 г.

⁹ По-подробно за режима на Женевската конвенция за бежанците от 1951 г. вж. във Видин, Бл. Убежището в международното право, София, Авангард прима, 2010, ISBN 978-954-323-693-0, с. 56-57.

¹⁰ Вж. https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=en

Принципът на „забрана за връщане“ е въплътен в различни международни договори през XX век. Сред тях вече бяха посочени четвъртата Женевска конвенция от 1949 г., както и Женевската конвенция за бежанците от 1951 г.¹¹.

Освен тях обаче и други документи¹² в областта на бежанците също прогласяват този принцип, например Конвенцията от 1969 г. на Организацията за африканско единство относно специфичните аспекти на проблемите на бежанците в Африка¹³.

Освен спрямо бежанци принципът се прилага и по-широко, спрямо всички чужденци в различни актове¹⁴ и договори, като например Американската конвенция за правата на човека от 1969 г. (American Convention on Human Rights)¹⁵ и Африканската харта за правата на човека и народите от 1981 г. (African Charter on Human and Peoples' Rights)¹⁶. Всъщност принципът е предвиден в този по-широк смисъл и в проекта от 2014 г. на Комисията на ООН по международно право за експулсирането на чужденци (draft articles on the expulsion of aliens)¹⁷.

Комитетът по правата на човека (Human Rights Committee) и Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) тълкуват забраната срещу изтезания или жестоко, безчовечно или унижително третиране, която се съдър-

¹¹ Конвенция за статута на бежанците (Convention relating to the Status of Refugees (Geneva, 28 July 1951), United Nations, Treaty Series, vol. 189, No. 2545, p. 137, art. 33, para. 1 (“No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”).

¹² Вж. напр. Cartagena Declaration on Refugees, adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, Cartagena, Colombia, 22 November 1984, conclusion 5.

¹³ Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (Addis Ababa, 10 September 1969), United Nations, Treaty Series, vol. 1001, No. 14691, p. 45, art. II, para. 3.

¹⁴ Вж. напр. Declaration on Territorial Asylum, General Assembly resolution 2312 (XXII) of 14 December 1967 (A/6716); Final Text of the 1966 Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees, adopted by the Asian-African Legal Consultative Organization at its fortieth session, held in New Delhi on 24 June 2001, art. III; Council of Europe, recommendation No. R(84)1 of the Committee of Ministers to member States on the protection of persons satisfying the criteria in the Geneva Convention who are not formally recognised as refugees, adopted by the Committee of Ministers on 25 January 1984.

¹⁵ Американска конвенция за правата на човека, член 22, параграф 8.

¹⁶ Африканска харта за правата на човека и народите („Banjul Charter“), член 12, параграф 3.

¹⁷ Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/69/10), para. 44, art. 23, para. 1 (“No alien shall be expelled to a State where his or her life would be threatened on grounds such as race, colour, sex, language, religion, political

жа съответно в член 7 от Международния пакт за граждански и политически права от 1966 г.¹⁸ и член 3 от Конвенцията за правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) от 1950 г.¹⁹, като изрично налагащи задължение за non-refoulement, въпреки че в посочените актове не са съдържа подобно изрично задължение.

Практиката на ЕСПЧ във връзка с принципа на „забрана за връщане“²⁰

Забраната за връщане е изключение от правилото, че една държава може да разрешава или отказва достъп на чужденец до своята територия. В случаите, когато чужденец вече се намира на нейна територия, пак държавата, в която пребивава, може да го експулсира, депортира или екстрадира. Във всички случаи обаче – включително когато чужденец пребивава без разрешение – той се ползва от правата по член 3 на Европейската конвенция за правата на човека.

Сред защитените от конвенцията права не е правото на убежище. Практиката на съда обаче използва член 3 от ЕКПЧ, за да ограничи в определени случаи депортирането и екстрадицията. Това става с делото *Soering*²¹ срещу Обединеното кралство, в което Съдът постановява, че ще е налице нарушение на член 3, ако страна по ЕКПЧ предаде на друга държава лице, ако има достатъчно основания да се смята, че в тази друга държава има реален риск от изтезания или нечовешко или унижително отношение или наказание. В този случай задължението да не се предава лице на тази държава е абсолютно. Никакви съображения не са в състояние да преодолее тази забрана. В делото *Chahal*²² срещу Обединеното кралство съдът решава, че дори заплахата за националната сигурност не може да е основание да не спази забраната по член 3 и да се извърши депортиране. Абсолютният характер на забраната се потвърждава и в де-

or other opinion, national, ethnic or social origin, property, birth or other status, or any other ground impermissible under international law“).

¹⁸ Вж. Комитет по правата на човека, Общ коментар (general comment) № 20 (1992 г.) относно забраната за изтезания или друго жестоко, безчовечно или унижително третиране или наказване, параграф 9, Official Records of the General Assembly, Forty-seventh Session, Supplement No. 40 (A/47/40), annex VI, sect. A („States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement“).

¹⁹ Вж. напр. *Chahal* срещу Обединеното кралство, жалба № 22414/93, Решение от 15 ноември 1996 г., Голяма камера, ЕСПЧ, ECHR 1996-V, т. 80.

²⁰ Тази подточка е разработена от проф. д-р Благой Видин.

²¹ *Soering* срещу Обединеното кралство, жалба №. 14038/88, Решение от 7 юли 1989 г., Голяма камера, ЕСПЧ, 1/1989/161/217, достъпно на адрес в интернет: https://hudoc.echr.coe.int/eng#_ftnref1.

²² Цит. в бел. под линия по-горе.

лото Saadi²³ срещу Италия. По този начин конвенцията налага забраната за връщане, с което разпростира действието си и в областта на предоставяне на убежище. ЕСПЧ твърдо се придържа към мнението, че какъвто и да е общественият интерес на държавата, в която се намира лицето, забраната за връщане е непреодолима.

Друга международноправна уредба на принципа

Освен това принципът на „забрана за връщане“ (non-refoulement) често се закрепва в договори за екстрадиране чрез разпоредби, че нищо в тези договори не следва да се тълкува като налагащо задължение да се екстрадира предполагаем престъпник, ако държавата, от която е поискано екстрадирането, има основателни предположения да вярва, че искането е отправено, за да се преследва предполагаемия престъпник поради специфични основания.

Принципът на „забрана за връщане“ (non-refoulement) е изрично включен в международни договори, забраняващи конкретни престъпления като изтезания и принудително изчезване. Например член 3 от Конвенцията против изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание от 1984 г. (Конвенцията против изтезанията)²⁴ предвижда:

„1. Някоя държава – страна по конвенцията, не може да експулсира, връща („refouler“) или екстрадира лице в друга държава, когато има сериозни основания да се счита, че то би било в опасност да бъде подложено на изтезания.

2. За да се определи дали има такива основания, компетентните власти вземат под внимание всички отнасящи се до въпроса обстоятелства, включително, в зависимост от случая, съществуването в дадената държава на системно повтарящи се сериозни, груби или масови нарушения на правата на човека“.

Най-наскоро, принципът изрично се предвижда и в проекта, приет на първо четене, за член 5 от текста, изготвен от Комисията на ООН по международно право, на Конвенция за предотвратяване и наказване на престъпленията против човечеството²⁵.

²³ Saadi срещу Италия, жалба №. 37201/06, Решение от 28 февруари 2008 г., Голяма камара, ЕСПЧ, 1/1989/161/217, достъпно на адрес в интернет: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Saadi%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-85276%22%5D%7D>.

²⁴ Приета от ОС на ООН на 10. 12. 1984 г. Ратифицирана с Указ № 3384 на Държавния съвет от 9. 10. 1986 г. – ДВ, бр. 80 от 1986 г. В сила за България от 26. 6. 1987 г. Издадена от Министерството на външните работи, обн., бр. 42 от 3.6.1988 г., изм. и доп., бр. 19 от 24.2.1995 г.

²⁵ Вж. Йочева, К. Международноправна уредба на престъпленията против човечеството в Годишник 2017 на департамент „Право“, НБУ, 2018, с. 232-249 и посочените там източници.

Принципът на „забрана за връщане“ и международното право в областта на правата на човека

На универсално равнище развитието на международната закрила на правата на човека по-късно разширява обхвата на приложение на забраната за връщане (*non-refoulement*), като постепенно принципът се разпростира отвъд тесните рамки на международното бежанско право. Така принципът на „забрана за връщане“ (*non-refoulement*) може пряко да се изведе от член 7 от Международния пакт за граждански и политически права от 1966 г. за забрана на изтезанията, чрез екстратериториалното тълкуване на забраната за изтезания (т. е. една държава непряко извършва изтезания, като предава засегнатото лице на страната, в която то е подложено на изтезания или жестоко, безчовечно или унижително третиране или наказване). Подобно тълкуване прави и Комитета по правата на човека при наблюдаване на изпълнението на Международния пакт за граждански и политически права като тълкува въпросната разпоредба в своя Общ коментар (*General Comment*) № 20 от 1992 г. и в своя Общ коментар № 31 от 2004 г.

Допълнителна значима стъпка в тази посока е предприета при формулирането през 1984 г. в Конвенцията против изтезанията, в която задължението за забрана за връщане (*non-refoulement*) е изрично формулирано в общия контекст на правата на човека. Член 3 от Конвенцията против изтезанията предписва като общо правило, никоя държава да не „експулсира, връща („*refouler*“) или екстрадира“ лице „в друга държава, когато има сериозни основания да се счита, че то би било в опасност да бъде подложено на изтезания“.

Трябва да се отбележи, че принципът на „забрана за връщане“ (*non-refoulement*), изведен от Международния пакт за граждански и политически права, има по-широк обхват на приложение от разпоредбата на Конвенцията против изтезанията, тъй като първата разпоредба от Международния пакт за граждански и политически права разширява забраната отвъд изтезанията и изобщо до жестоко, безчовечно или унижително третиране или наказание. ООН укрепва значението на принципа на „забрана за връщане“ (*non-refoulement*) в международната система за закрила на правата на човека и признаването му в общото международно право няколко пъти (вж. напр. нарастващия брой резолюции на Общото събрание в тази област след 1980 г.²⁶; самият Върховен комисариат за бежанците на ООН (ВКБООН) изтъква факта, че този правен принцип е прераснал в изискване в областта на правата на човека отвъд бежанското право²⁷).

Освен на универсално, и на регионално равнище принципът на „забрана за връщане“ (*non-refoulement*) се съдържа в регионални обвързващи

²⁶ Цит. по Molnar, Tamas, *The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell*, с. 54, достъпно на адрес в интернет: https://www.researchgate.net/publication/305400998_The_principle_of_non-refoulement_under_international_law_its_inception_and_evolution_in_a_nutshell

²⁷ Пак там.

международни актове (международни договори). В Африка в контекста на бежанското право може да се направи позоваване на член II (3) от Конвенцията от 1969 г. на Организацията за африканско единство относно специфичните аспекти на проблемите на бежанците в Африка. В него се предлага понятие, което донякъде е различно от споменатите по-горе (заплашващо живота, физическата цялост или свобода е формулирано като съставляващо пречка да се върне, за отхвърляне на границата и за експулсиране), докато принципът на „забрана за връщане“ (non-refoulement) е включен в член 22 (8) от Американската конвенция за правата на човека от 1969 г. като просто задължение в областта на правата на човека. Използваното там общо понятие за забраната за връщане (non-refoulement) като закрилящо всички чужденци, до голяма степен наподобява, що се отнася до съображенията, служещи като основа за закрила, оригиналната дефиниция в Женевската конвенция за бежанците от 1951 г. (т. е. забранява се връщането (refoulement) в страна, където би било застрашено правото на засегнатото лице на живот или свобода по причина на неговата раса, религия, гражданство, членство в определена социална група или политически убеждения). Освен това в Латинска Америка в Декларацията от Картагена (Cartagena Declaration) от 1984 г., в която се преповтаря значението на принципа на „забрана за връщане“ (non-refoulement), се дава израз на този принцип като „крайъгълен камък на международната закрила на бежанците, който следва да се съблюдава като правило от jus cogens“^{28, 29}.

Уредба на принципа на „забрана за връщане“ в правото на Европейския съюз (ЕС)³⁰

Регионалната Конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) посочва в член 2 като неотнимаеми права правото на живот и в член 3 – забраната на изтезания, нечовешко или унизително отнасяне или наказание. Подобно на Международния пакт за гражданските и политическите права, ЕКПЧ допуска правомерност на отнемането на човешки живот в ограничен брой хипотези и пак само за него допуска възможност за дерогация при извънредно положение, но забраната в член 3 няма изключения.

Хартата на основните права на ЕС³¹ в своя член 18 защитава правото на убежище и веднага след него – в член 19 забранява връщане. В този

²⁸ Вж. в този смисъл Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, достъпно на адрес в интернет: <https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>

²⁹ Цит. по Molnar, Tamas, The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell, с. 54, достъпно на адрес в интернет: https://www.researchgate.net/publication/305400998_The_principle_of_non-refoulement_under_international_law_its_inception_and_evolution_in_a_nutshell

³⁰ Тази част от изследването е разработена от проф. д-р Благой Видин.

³¹ ОВ С 202, 7.6.2016 г., с. 391–407. Подробно за правното действие на Хартата вж. в Йочева, К. Хартата на основните права на Европейския съюз в съдебната практика на

случай формулировката е прецизна – има се предвид принудително отвеждане, като към експулсирането се добавя и екстрадицията.

Член 78 от ДФЕС³² по същество гарантира забраната за връщане, като отправя освен към Женевската конвенция за бежанците от 1951 г. и към другите съответни международни договори. Най-кратко изброяване добавя към вече посочените по-горе актове Конвенцията за правата на детето и Конвенцията срещу изтезанията.

Материята по забраната за връщане като част от политиката в областта на убежището е уредена в Директива 2008/115/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни³³ (Директива 2008/115), в Регламент (ЕС) № 604/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждането на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава или от лице без гражданство³⁴ (Регламент (ЕС) № 604/2013), в Директива 2013/32/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година относно общите процедури за предоставяне и отнемане на международна закрила³⁵ (Директива 2013/32/ЕС) и в Регламент (ЕС) 2016/399 на Европейския парламент и на Съвета от 9 март 2016 година относно Кодекс на Съюза за режима на движение на лица през границите (Кодекс на шенгенските граници)³⁶ (Регламент (ЕС) 2016/399) (изброяването е по реда на приемането им).

Връщането от границата или от друга територия, намираща се под юрисдикцията на държава членка, с което лице, кандидат за международна закрила, ще бъде изложено на рисковете, посочени в цитираните по-горе актове, е забранено. Не може да бъде отвеждано лице, преди да бъде взето решение по молбата за убежище.

Директива 2011/95/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 13 декември 2011 година относно стандарти за определянето на граждани на трети държави или лица без гражданство като лица, на които е предоставена международна закрила, за единния статут на бежанците или на лицата, които отговарят на условията за субсидиарна закрила, както и за съдържанието на предоставената закрила³⁷ (Директива 2011/95/ЕС) не

Съда на ЕС (2009–2014 г.) В: УНСС, Юридически факултет, Годишна научна конференция 2012 Европейското бъдеще на България. Правни аспекти, с. 90–91.

³² ОВ С 202, 7. 6. 2016.

³³ ОВ L 348, 24. 12. 2008 г., с. 98–107.

³⁴ ОВ L 180, 29. 6. 2013 г., с. 31–59.

³⁵ ОВ L 180, 29. 6. 2013 г., с. 60–95.

³⁶ ОВ L 77, 23. 3. 2016 г., с. 1–52.

³⁷ ОВ L 337, 20. 12. 2011 г., с. 9–26.

налага пълна забрана на връщане и също познава изключения от принципа на забрана на връщането. Например член 21 от Директива 2011/95/ЕС позволява извеждането на бежанец при наистина изключителни обстоятелства, които спазват Женевската конвенция за бежанците от 1951 г.

Забраната за връщане има императивен характер. Това означава, че тя е част от обичайното международно право и се прилага и по отношение на държави, които не са страни по международните договори, изрично забраняващи връщането. Най-добре това е посочено от Изпълнителния комитет на ВКБООН.

Принципът забранява извеждането и връщането на бежанци по какъвто и да е начин на границата на страна, където техният живот и свобода са застрашени по причина на техните раса, религия, гражданство, принадлежност към определена социална група или политически убеждения, независимо дали официално им е предоставен статут на бежанци или са лица, за които съществуват сериозни основания да се предполага, че там към тях може да се прилагат изтезания според Конвенцията за забрана на изтезанията.

Хартата на основните права на ЕС потвърждава правата, произтичащи от ЕКПЧ и от практиката на ЕСПЧ.

В член 19, т. 2 от Хартата изрично се посочва, че никой не може да бъде принудително отведен, експулсиран или екстрадиран към държава, в която съществува сериозен риск да бъде осъден на смърт, да бъде подложен на изтезание или на друго нечовешко или унижително отношение или наказание.

Общата политика в областта на убежището, включително Общата европейска система за убежище, е част от целта на ЕС за постепенно създаване на зона на свобода, сигурност и правосъдие. Тази система се основава на пълното и цялостно прилагане на Женевската конвенция за бежанците от 1951 г., изменена с Нюйоркския протокол от 1967 г., като по този начин се утвърждава принципа на „забрана за връщане“, както и че никой няма да бъде върнат обратно, където има опасност от преследване.

Директива 2008/115/ЕО признава правото на държавите членки да връщат граждани на трети страни, които са в незаконно пребиваване на тяхна територия, при условие че тези трети страни изцяло зачитат принципа на „забрана за връщане“ (non-refoulement).

Член 5 на Директива 2008/115/ЕО задължава при извеждане на лице в незаконен престой да се отчитат висшите интереси на детето, семейния живот, здравословното състояние на засегнатия гражданин на трета страна и неизменното спазване на принципа на „забрана за връщане“.

Член 9 на Директива 2008/115/ЕО разпорежда, че ако извеждането би нарушило принципа на „забрана за връщане“ държавите членки отлагат извеждането.

Регламент (ЕС) № 604/2013, който установява критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждането на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава или от лице без гражданство счита за държави - сигурни за гражданите на трета държава само такива, които прилагат принципа на „забрана за връщане“. Когато се прилага процеду-

рата по Регламент (ЕС) № 604/2013 се следват правилата на Директивата за връщане 2008/115/ЕО, която прилага забрана за връщане.

Директива 2013/32/ЕС предвижда, че пребиваването на лице, търсещо убежище на територията на държава членка се смята за правомерно. Наистина тук са възможни изключения, например при последващи молби, но това са наистина изключения от общото правило.

В член 28 на Директива 2013/32/ЕС държавите членки гарантират, че кандидат по отношение на който е било взето решение за прекратяване на разглеждането на неговата молба, не се експулсира в нарушение на принципа на забрана за връщане.

В член 35 на Директива 2013/32/ЕС се определя понятието за първа страна на убежище. Освен че лицето трябва да е признато за бежанец или се ползва от друга закрила неизменно остава изискването да се ползва от принципа на забрана за връщане.

В член 38 на Директива 2013/32/ЕС при определянето на сигурна трета страна към спазването на принципа на забрана за връщане в съответствие с Женевската конвенция за бежанците от 1951 г. се добавя забраната за репатриране в нарушение на правото на защита от мъчения и жестоко, нехуманно или унизително отношение, както е предвидена от международното право. По този начин се прави отпращане към ЕКПЧ.

В член 39 на Директива 2013/32/ЕС се посочва понятието за сигурна трета европейска страна. То се прилага, когато молба за международна закрила не се разглежда или не се разглежда в пълен обем. Тази възможност се дава на държавата членка, ако се установи, че кандидатът за закрила се опитва да влезе или е влязъл нелегално на нейна територия от сигурна трета страна. Третата страна ще се счита за сигурна, ако е ратифицирала ЕКПЧ и спазва нейните разпоредби. Държавите членки уреждат в своето вътрешно право реда и условията за прилагане на директивата при неизменното спазване на принципа на забрана за връщане

В Приложение I към Директива 2013/32/ЕС се определя сигурна страна на произход за целите на член 37, параграф 1 от нея.

Една страна се счита за сигурна страна на произход, ако на основание на правното положение, прилаганото право в рамките на демократична система и в рамките на политическите обстоятелства може да се покаже, че по принцип и за всеки отделен случай няма преследване, както е определено в член 9 от Директива 2011/95/ЕС, няма мъчения, нехуманно или унизително отношение и наказания и не съществува опасност от произволно насилие в ситуация на международен или вътрешен въоръжен конфликт.

За да се направи тази оценка, се отчита между другото и степента, в която страната предлага защита срещу преследване и лошо отношение чрез спазването на правата и свободите, гарантирани в ЕКПЧ и/или в Международния пакт за гражданските и политическите права, и/или Конвенцията на Организацията на обединените нации срещу изтезанията, и по-специално правата, по отношение на които не се разрешава derogация по член 15, параграф 2 от посочената ЕКПЧ и спазване на принципа на забрана за връщане в съответствие с Женевската конвенция за бежанците от 1951 г.

Регламент (ЕС) 2016/399 се прилага в съответствие със задълженията на държавите членки по отношение на международна закрила и специално се посочва принципа на забрана за връщане (вж. съображение 36). В член 4 на същия регламент се посочва че държавите членки изцяло спазват приложимото право на ЕС, включително Хартата на основните права на ЕС, съответното международно право, включително Женевската конвенция за бежанците от 1951 г., задълженията, свързани с достъпа до международна закрила, по-специално принципа на забрана за връщане (non-refoulement), както и основните права. В съответствие с общите принципи на правото на ЕС решенията съгласно този регламент се вземат на индивидуална основа.

Уредба на принципа на „забрана за връщане“ в националното право³⁸

Материята на забраната за връщане във вътрешното право се разглежда от няколко закона.

Законът за убежището и бежанците (ЗУБ)³⁹ е основният нормативен акт за предоставяне на убежище.

В няколко текста ЗУБ изрично се позовава на забраната за връщане.

В глава трета, която разглежда основанията за отказ, за прекратяване и отнемане на закрила и за спиране и прекратяване на производството чл. 13, ал. 2 посочва, че производството за предоставяне на международна закрила не се образува, а образуваното се прекратява, когато чужденецът има предоставен статут на бежанец в трета държава или друга ефективна закрила, която включва спазване на принципа на забрана за връщане и от която все още се ползва, при условие че ще бъде приет в тази държава. Изменението изпълнява изисквания на правото на ЕС и предполага, че България осигурява такава защита включително като спазва забраната за връщане.

Чл. 4, ал. 3 на ЗУБ предвижда, че чужденец, влязъл в Република България, за да поиска закрила, или който е получил закрила, не може да бъде връщан на територията на държава, в която той ще бъде изложен на опасност от изтезания или други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание. Следващата алинея изключва прилагането на ал. 3 по отношение на чужденец, получил закрила, за когото има основания да се смята, че представлява опасност за националната сигурност или който, веднъж осъждан с влязла в сила присъда за тежко престъпление, представлява опасност за обществото.

Когато се урежда производството по предоставяне на закрила, задължително се изисква писмено становище на Държавна агенция „Национална сигурност“, което се взема предвид при произнасяне в производството по общия ред.

³⁸ Тази част от изследването е разработена от проф. д-р Благой Видин.

³⁹ Обн. ДВ. бр. 54 от 31 май 2002 г., посл. изм. ДВ. бр. 24 от 22 март 2019 г.

При това трябва да се има предвид, че съгласно чл. 44, ал. 1 от Закона за чужденците⁴⁰ принудителните административни мерки се налагат със заповеди на председателя на Държавна агенция „Национална сигурност“, директорите на главните дирекции „Национална полиция“, „Гранична полиция“ и „Борба с организираната престъпност“, директорите на Столичната и областните дирекции, директора на дирекция „Миграция“, директорите на регионалните дирекции „Гранична полиция“ на Министерството на вътрешните работи или на оправомощени от тях длъжностни лица.

Когато производството за предоставяне на закрила завърши с влязло в сила решение за отказ, прекратяване или отнемане на международна закрила или по отношение на когото производството е прекратено, се прилага разпоредбите на Закона за чужденците в Република България (чл. 66, ал. 1).

Съгласно чл. 67, ал. 1 от ЗУБ принудителните административни мерки „отнемане правото на пребиваване“, „връщане“, „експулсиране“ и „забрана за влизане в страната“ не се привеждат в изпълнение до приключване на производството с влязло в сила решение. Всички принудителни административни мерки се отменят, когато на чужденеца е предоставено убежище или международна закрила. Посоченото по-горе обаче не се отнася до чужденец, търсещ или получил закрила, за когото има основания да се смята, че представлява опасност за националната сигурност, или който веднъж осъждан с влязла в сила присъда за тежко престъпление, представлява опасност за обществото.

За да се отстрани възможността да се наруши задължението на България да спазва забраната за връщане в Закона за чужденците в Република България в чл. 44а, ал. 1 се въвежда разпоредба, че чужденец, на когото е наложена принудителна административна мярка експулсиране, не се експулсира в държава, в която животът и свободата му са застрашени и той е изложен на опасност от преследване, изтезание или нечовешко или унижително отношение.

Избраната правна уредба не е съвършена, макар и да отразява решение на ЕСПЧ по делото Ауад срещу България от 11 октомври 2011 г. И при действието на чл. 44а от Закона за чужденците в Република България и предоставена хуманитарна закрила с окончателно решение ВАС не е приел абсолютния характер на забраната за връщане.

Що се отнася до екстрадицията, нашият закон съответства на международното право в тази материя. Така в Закона за екстрадицията и европейската заповед за арест⁴¹ при изброяване на основанията, при които се отказва екстрадиция, в чл. 7, т. 5 е посочено като едно от тях опасността лицето да бъде подложено в молещата държава на насилие, изтезание или на жестоко, нечовешко или унижително наказание.

⁴⁰ Обн. ДВ. бр. 153 от 23 декември 1998 г., посл. изм. ДВ. бр. 24 от 22 март 2019 г.

⁴¹ Обн. ДВ. бр. 46 от 3 юни 2005 г., посл. изм. и доп. ДВ. бр. 7 от 22 януари 2019 г.

ПРАВАТА НА ГРАЖДАНИТЕ И ТЯХНАТА ЗАЩИТА ЧРЕЗ СЕЗИРАНЕТО НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ ОТ ОМБУДСМАНА

Екатерина Михайлова¹,
Нов български университет

Резюме: Институцията на омбудсмана в България се създава първо чрез приемането на Закон за омбудсмана, приет от 39-то НС на 8 май 2003 г. и влиза в сила от 1 януари 2004 г. (ДВ, бр. 48 от 23 май 2003 г.).

С измененията и допълненията на Конституцията на Република България през 2006 г. институцията се урежда на конституционно ниво и получава правомощието да сезира Конституционния съд с искане за установяване на противоконституционност на закон, с който се нарушават права и свободи на гражданите – чл. 150, ал. 3 (ДВ, бр. 27 от 2006 г.).

За период от малко повече от десет години вече е създадена практика при произнасянето на КС относно правомощието на омбудсмана да защитава правата на гражданите пред него, което е предмет на анализ в статията.

Обърнато е внимание на произнасянията по к. д. № 19 от 2009 г. – определение № 1 от 2010 г., както и к. д. № 14 от 2010 г. – определение № 8 от 2010 г., според които омбудсманът не е компетентен да инициира производство за установяване на съответствие на закон с общопризнати норми на международното право и с международни договори, по които България е страна; омбудсманът може да иска установяване на противоконституционност само на закон, а не и на другите актове на Народното събрание и на актовете на президента; омбудсманът може да оспорва само закон, с който се нарушават правата и свободите на гражданите, които са тези, които са закрепените в Конституцията. Подробно разгледадено е и определение № 2 от 2016 г. по к. д. № 12 от 2015 г., с което се прави класифициране на основни права.

Ключови думи: права и свободи на гражданите, омбудсман, конституционен съд, определение на конституционен съд, допустимост

¹ Проф. д-р Екатерина Михайлова, имейл: ekmihaylova@nbu.bg

RIGHTS OF THE CITIZENS AND THEIR PROTECTION BY THE OMBUDSMAN'S BRINGING A CASE BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF BULGARIA

Ekaterina Mihaylova,
New Bulgarian University

Abstract: The institution of the Ombudsman was created for the first time in Bulgaria with the adoption of the Ombudsman Act by the 39th National Assembly on 8th May 2003, which entered into force on 1st January 2004 (SG, issue 48, 23rd May 2003).

The amendment of the Constitution of Republic Bulgaria in 2006 further established the institution of the Ombudsman on constitutional level with the authority to bring cases before the Constitutional Court with an application for declaring the unconstitutionality of any law violating the rights and freedoms of the citizens – Art. 150, para 3 of the Constitution of Republic Bulgaria (SG, issue 27, 2006).

For a period, a little longer than a decade the Constitutional Court developed its case-law on the Ombudsman's authority to protect the rights of the citizens. This article is focused on it and provides an in-depth analysis of that issue.

Special attention is drawn to constitutional case No. 19 of 2009 (Order No. 1 of 2010) and to constitutional case No. 14 of 2010 (Order No. 8 of 2010). The Constitutional court stated that the Ombudsman had no authority to initiate proceedings to verify the compliance of Bulgarian law with any commonly recognized norms of international law and with any international conventions ratified by Bulgaria. Besides the Ombudsman could bring cases for establishment of unconstitutionality of laws only, but not of any other acts of the National assembly or any acts of the President. Furthermore, the Ombudsman could contest only laws that violate the rights and freedoms of the citizens as determined by the Constitution of Republic Bulgaria. Classification of the basic rights and freedoms was made by the Constitutional court in Order No. 2 of 2016 on constitutional case No. 12 of 2015, examined in details here.

Keywords: Rights and Freedoms of Citizens, Ombudsman, Constitutional Court, Orders of the Constitutional Court, Admissibility

Правата на гражданите като завоевание на демокрацията предполага не само тяхното дефиниране, правно регламентиране на конституционно и законово ниво, но и създаването на механизми за тяхната защита. Основните права като права на индивида обвързват/задължават държавата; тяхната специфика е в конституционния им и международно правния им регламент², поради това и в Конституцията, и в международните договори, а и в законите се осигурява правната възможност на гражданите за полагащата се закрила на техните основни права. Включването на индивидуалните права и свободи в конституционна рамка всъщност отразява фундаменталните принципи на либералната държава – ограничено управление, разделение на властите, конституционен контрол, правова държава, основни права и свободи.

Затова на базата на правата на гражданина, като част от съвременното конституционно право, се определя дължимото поведение както на индивида, така и на държавните и наднационални институции като се определят правила и механизми за гарантирането им, защитата им и отговорност за нарушаването им.

Българската конституция отделя цяла глава – втора, за основните права и задължения на гражданите. Подходът на законодателя е към широкото понятие за „права на гражданите“, без да е направено разграничение или класификация. Освен това Конституцията характеризира основните права като неотменими права – „Основните права на гражданите са неотменими“ (чл. 57, ал. 1). Според проф. Неновски по съдържание и цели те са това, което са и съответните права на човека, но по форма те са част от българското конституционно право, намират се в системни връзки и зависимости с останалите разпоредби на Конституцията³. В съвременното разбиране, човешките права имат три взаимосвързани характеристики – естествени (вродени или присъщи на хората), равни (еднакви за всички)

² А също по-отскоро и в правото на ЕС. Вж. подробен преглед на основните права в ЕС в Йочева, К. „Знаем ли нашите човешки и граждански права в ЕС“ в „Правен преглед“, НБУ и Фенея, 2007 г., с. 105-120.

³ Неновски, Н., Правата на личността в Конституцията на Република България от 1991 г., сборник: Основни права на човека и гражданина, глава първа, 1998 г., с. 9-23

и универсални (приложими навсякъде), но за да се осъществят практически, трябва да придобият политическо съдържание⁴.

Сред юридическите гаранции за защита на основните права на човека и гражданина на първо място са тези, които са създадени в конституцията на съответната държава. Не по-малко съществени са и закрепените норми на законово, както и на международноправно ниво⁵. По този начин юридическите гаранции се явяват средство за защита и осигуряване изпълнението на признатите от държавата основни права. Демократичната държава се характеризира с това, че създава средства за защита при накръняване на основни права, независимо от къде идва посегателството спрямо тях⁶. Според някои автори в теоретичен план правата на човека стоят преди демократичния принцип, поради което са възникнали и непознати в миналото институции – конституционен съд, омбудсман, международен съд по правата на човека с цел закрилата им⁷.

Настоящото изследване си поставя задачата да разгледа един от тези сравнително нови механизми за България свързан с гарантиране спазването на основните човешки права, а именно създаването на институцията омбудсман. Ще разгледам възникването на институцията, основните ѝ конституционни и законови правомощия, както и практиката, създадена след възникването ѝ. Изследването няма да е върху цялата дейност на омбудсмана, а ще се фокусира върху защитата на правата на гражданите чрез предоставеното право на омбудсмана да сезира Конституционния съд на Република България (КС).

В исторически план институцията на омбудсмана е възникнала в Скандинавските страни (кралския омбудсман в Швеция е от 1713 г.). Впоследствие с конституцията от 1809 г. омбудсманът е определен като юрисконсулт, който се назначава от парламента с правомощия да контролира спазването на законите от страна на съдилищата и администрацията. То-

⁴ Марчева, Д., Към изобретяването на човешките права, Годишник на департамент „Право“ на Нов български университет 2017, НБУ, София, 2018 г., с. 310-331, с. 317.

⁵ Например наказателноправната защита от тероризъм се съдържа на три нива: в международното наказателно право, правото на ЕС и вътрешното наказателно право. Подробно вж. Костадинова, Р. Наказателноправна защита от тероризъм. Някои аспекти на наказателното право на ЕС и международното наказателно право. Годишник на Департамент Право 2015, година четвърта, София, НБУ, 2016 г., с. 299-311; Костадинова, Р. Директива (ЕС) 2017/541 на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2017 година относно борбата с тероризма и промените в българското наказателно законодателство“. В: Асиметрични заплахи, хибридни войни и влиянието им върху националната сигурност. Сборник научни трудове. София, НБУ, 2018 г., с. 338-347.

⁶ Възприемането на основните права като субективни юридически права е разглеждано в правната теория в Топчийска, Д., Върховенство на правото. Теоретични аспекти, изд. Авангард Прима, 2016 г., с. 239-252.

⁷ Неновски, Н. Правата на личността в Конституцията на Република България от 1991 г., сборник: Основни права на човека и гражданина, глава първа, 1998 г., с. 9-23.

гава с термина „омбудсман“ се е означавал „човек, който пледира за другиго“. Впоследствие институцията на омбудсмана е припозната и от други скандинавски страни като Финландия, Дания, Норвегия и се счита за един от най-значимите приноси на скандинавските държави към правната доктрина. В края на XIX и през целия XX век институцията на омбудсмана се въвежда в почти всички европейски държави – Австрия (1977 г.), Белгия (1995 г.), Великобритания (1967 г.), Германия (1956 г.), Дания (1953 г.), Ирландия (1980 г.), Испания (1978 г.), Норвегия (1962 г.), Португалия (1976 г.), Франция (1873 г.), Финландия (1919 г.), Нидерландия (1982 г.). Позната е и в Латинска Америка и Канада. След промените от 1989 г. в Централна и Източна Европа омбудсман е въведен в Полша, Унгария, Словакия, Хърватско, Румъния, Русия, Латвия, Литва, Грузия и Албания. Институцията намира и своята политическа подкрепа в Европа след официалното ѝ приемане и в институционалната структура на Европейския съюз (ЕС)⁸.

Институцията Омбудсман придобива общоевропейско значение след като Съветът на Европа приема препоръка R/85/13 от 23.9.1985 г. относно институцията омбудсман и Резолюция 85/8 от 23.9.1985 г. относно сътрудничеството между държавите членки в тази област. Маастрехтският договор предвижда Европейският парламент да избере европейски омбудсман и през 1995 г. за такъв е избран Якоб Зьодерман.

Първоначално институцията на омбудсмана в България се създава чрез приемането на Закон за омбудсмана⁹. Това става във време, в което България е кандидат за пълноправно членство в ЕС и страната ни възприема създаването на тази институция като една от необходимите задачи, съответстваща на препоръките към България в Резолюция 1211 от 2000 г. на ПАСЕ.

При приемането на законопроекта на първо четене в докладите на комисиите, както и в изказванията на народните представители, се изтъква, че „изграждането на ефективни институции за гарантиране на правата на човека представлява един от критериите за членство в ЕС, формуирани на срещата на ЕС в Копенхаген през 1993 г. Въвеждането на институцията омбудсман цели създаването на нов вид гаранция за спазване на основните права и свободи на гражданите наред със съществуващите традиционни механизми за защита“. Също така чрез омбудсмана гражданинът ще има още една възможност да защити своите права и интереси като институцията ще се яви възпиращ фактор срещу злоупотреби във властта, които водят до накърняване на правата на човека. Изтъкнато е, че омбудсманът е приз-

⁸ Капралов, И., Извънсъдебни правозащитни институции. Омбудсман., в: Структура и организация на съдебната власт нов правен курс, 2017 г., изд. Съюз на съдиите, с. 212, <https://static1.squarespace.com/static/5502d30ee4b0f063546540ec/t/5921df84bf629a6e74e93b63/1495392143836/New+Legal+Course.pdf>, достъпен на 19 януари 2019 г. в 10.35 часа; Неделева, П. Общественият защитник – организация и начин на употреба – Law Journal of NBU, Година II, 2006, № 4, с. 62-92.

⁹ Приет от 39-то НС на 8 май 2003 г., влиза в сила от 1 януари 2004 г., ДВ, бр. 48 от 23 май 2003 г.

ван да оказва обществена защита на тези права, когато те се нарушават от държавната власт. Отчетено е, че към момента на приемането на законопроекта от всичките 41 страни членки на Съвета на Европа само България, Турция и Словакия нямат омбудсман или сходен тип институция¹⁰.

С приетия закон не е предвидена възможност за сезиране на КС от страна на омбудсмана. Според правомощията му в чл. 19, ал. 1, т. 7 той уведомява органите по чл. 150 от Конституцията, за да бъде сезиран Конституционният съд, ако се прецени, че се налага тълкуване на Конституцията или обявяване на противоконституционност на закон¹¹.

Правото да сезира КС омбудсманът придобива с изменението и допълнението на Конституцията през 2006 г. С внесеня законопроект за изменение и допълнение на Конституцията на Република България през 2006 г. институцията се урежда на конституционно ниво като в първоначалния вариант не е предвидено правомощие омбудсманът да сезира КС с искане за установяване на противоконституционност на закон, с който се нарушават права и свободи на гражданите. Законопроектът се състои от седем параграфа, като предложението в § 1 е „Уреждане на конституционно ниво на институцията омбудсман като обществен гарант на прокламираните в Конституцията основни права и свободи – чл. 91а“. Още по време на дебата на първо четене народни представители поставят въпроса, че трябва да се даде възможност на омбудсмана да може да сезира КС като „елемент в защита на основните права и свободи“, като способ за обогатяване на инструментариума „за контрол както върху законодателната власт, така и върху другите власти“¹².

При второто четене на законопроекта за изменение и допълнение на конституцията, проведено на 2 март 2006 г., се приема текстът, който не само регламентира на конституционно ниво институцията омбудсман, но и се създават разпоредби по предложение на конституционната комисия, с които се дава правото на омбудсмана да сезира КС.

Основният спор по време на разглеждането на законопроекта на второ четене е относно наименованието на новата институция и предела на нейните правомощия. Относно правомощията се състои спор затова дали омбудсманът ще се „застъпва“ или ще „защитава“ правата на гражданите. Отбелязва се, че правото на защита на правата и законните интереси на гражданите в Конституцията е поверена според член 134 на адвокатурата, докато ролята на омбудсмана ще е да се застъпва за правата и свободите на гражданите пред държавните органи, т. е., той ще е един посредник или ходатай пред съответните институции, когато констатира нарушени права¹³.

¹⁰ Стенографски протокол, 37-то НС, 113 з., 5 юни 2002 г., <https://www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/1/ID/872> достъпна на 19 януари 2019 г. в 11.10 часа.

¹¹ ДВ, бр. 48 от 23.5.2003 г.

¹² Стенографски протокол, 40-то НС, 78 з., 3 февруари 2006 г., <https://www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/2/ID/97> достъпна на 19 януари 2019 г. в 11.30 часа.

¹³ Стенографски протокол, 40-то НС, 89 з., 2 март 2006 г., <https://www.parliament.bg/bg/>

В крайна сметка се приемат текстовете, според които институцията е наречена омбудсман, тя ще се застъпва за правата и свободите на гражданите, а правомощията и дейността ѝ ще се уреждат със закон – чл. 91а. Създава се и нова, трета, алинея на чл. 150, според която омбудсманът може да сезира Конституционния съд в случаи на противоконституционност на закони, с които се нарушават права и свободи на гражданите¹⁴. При разглеждането на текстовете в конституционната комисия се е обсъждала възможността да се предоставя на Омбудсмана правомощията по чл. 150, ал. 1 от Конституцията, т. е., да се увеличават субектите на инициативата за сезирането на КС в пълен обем, но впоследствие решението е правомощията на омбудсмана да бъдат ограничени в обема на новосъздадена ал. 3 на чл. 150 от Конституцията¹⁵.

В правната теория се възприема институцията на омбудсмана като такава, която „има директна връзка и правомощия в областта на защитата на правата на човека“. Поради това за разлика от съдебната власт, която също има предназначението да брани правата на човека, при производствата по защита на правата при омбудсмана това става „безплатно и по-достъпно в прекия и косвения смисъл; значително по-бързо от това на правораздавателните органи; в повечето случаи не се следи не само за законосъобразността на действията на обществените организации, но и дали са спазени принципите на доброто управление; така също и различни нива и институции, докато едно съдебно решение например има строго определена насоченост“¹⁶.

Някои автори определят основните функции на омбудсмана на пет – защита на човешките права и контрол върху администрацията, контрол върху усъвършенстването на публичната администрация¹⁷; доразвиване на функцията на парламентарния контрол; доразвиване на законодателната функция на парламента; и в специфична форма „отваря“ и приближава парламента и публичната администрация към гражданското общество¹⁸.

plenaryst/ns/2/ID/109 достъпна на 19 януари 2019 г. в 14.30 часа.

¹⁴ ДВ, бр. 27 от 2006 г.

¹⁵ Определение № 8, 2 декември 2010 г., к. д. № 14 от 2010 г., Определение № 1, 9.2.2010 г., к. д. № 19 от 2009 г.

¹⁶ Стефанов, А., Институцията омбудсман. Въвеждане и утвърждаване в България, в контекста на европейския опит, 2011 г., с. 44.

¹⁷ Сезирането на Конституционния съд от омбудсмана е проявление на комуникационния процес в областта на публичното право, упражнено в резултат на предоставената навременна, точна и пълна информация от държавните и общинските органи и техните администрации (чл. 20, ал. 1, т. 2 от Закона за омбудсмана). Вж. повече за точната, актуална и оптимална характеристика на информацията в Николова, Р. Административноправна същност на информацията. София: Дружество „Европейско право“, 2016 г., с. 48-57.

¹⁸ Ананиева, Н., Йорданова, М., Център за изследване на демокрацията, Институцията омбудсман в Европа и България: правна същност и практика, 2004 г., с. 75-78.

Възможността на омбудсмана да сезира Конституционния съд относно конституционност на законите някои пък приемат като „чист контрол върху дейността на законодателния орган“¹⁹.

Споделям разбирането, че най-ефективната гаранция за съдействие на омбудсмана за спазване на правата и свободите на гражданите е възможността му да сезира конституционната юрисдикция за установяване на противоконституционност на закон, с който се нарушават права и свободи на гражданите²⁰. Снежана Начева вижда в предоставянето на възможността на омбудсмана да сезира КС по чл. 150, ал. 3 от Конституцията един своеобразен компенсаторен механизъм по отношение на отсъстващата в България индивидуална конституционна жалба²¹.

За периода от малко повече от десет години вече е създадена практика при произнасянето на КС относно правомощието на омбудсмана да защитава правата на гражданите пред него. Още през 2006 г., годината на предоставянето на правомощията на омбудсмана на сезира КС, има предприети действия от институцията²². До настоящия момент има 32 искания от страна на омбудсмана пред КС за произнасянето за противоконституционност на актове на парламента. От тях 10 са уважени изцяло или частично: к. д. № 1/2007 г., к. д. № 2/2008 г., к. д. № 4/2009 г., к. д. № 4/2009 г., к. д. № 2/2011 г., к. д. № 5/2013 г., к. д. № 11/2013 г., к. д. № 8/2014 г., к. д. № 10/2014 г., к. д. № 11/2016 г. Две дела са прекратени, тъй като след сезирането на КС парламентът е предприел действия, с които е променил приетите от него закони в посока искането на омбудсмана – к. д. № 4/2007 г., к. д. № 14/2016 г. Статистиката сочи, че правомощието на омбудсмана се е използвало интензивно от тези, които са изпълнявали тази длъжност, както и че резултатността от инициативите им е добра.

Интерес за настоящето изследване представлява практиката на КС, която е свързана с допустимостта на исканията от страна на омбудсмана, тъй като чрез нея допълнително се очертава обхвата на правомощията му в тази област.

Първото конституционно дело, по което КС не е допуснал за разглеждане искане на омбудсмана, поради излизане извън обхвата на предоставената му от чл. 150, ал. 3 от Конституцията инициатива, е к. д. № 6/2007 г. Първоначално искането е било допуснато от КС, но впоследствие с решението си от 18 декември 2007 г. КС е приел, че в посочените случаи не се касае до

¹⁹ Стефанов, А., Институцията омбудсман. Въвеждане и утвърждаване в България, в контекста на европейския опит, 2011 г., с. 143

²⁰ Киселова, Н., Политически права на българските граждани, 2007 г., с. 228.

²¹ Начева, С., Правото на защита на човека и гражданина. Конституционна защитеност и конституционна защитимост. В: Сборник „25 години конституция на република България в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права?“, изд. Народно събрание, 2016 г., с. 26.

²² К. д. 10 от 2006 г., к. д. 11 от 2006 г.

нарушени права и свободи на граждани, само в която хипотеза омбудсманът има инициативата да сезира КС. И тъй като КС може да се произнесе по допустимостта на искането във всяка фаза на конституционния процес, то КС отменя частично определението си по допустимостта на искането²³.

Съществено значение за обхвата на правомощията на омбудсмана представляват произнасянията на КС по к. д. № 19 от 2009 г. – определение № 1 от 2010 г., както и к. д. № 14 от 2010 г. – определение № 8 от 2010 г. и определение № 2 от 2016 г. по к. д. № 12 от 2015 г.

К. д. № 19 от 2009 г. е образувано по искане на омбудсмана за обявяване за противоконституционно Решение на Народното събрание, което според омбудсмана е прието при нарушаване на конституционни разпоредби с аргумент, че доколкото решенията имат общозадължителен характер (чл. 86, ал. 2 КРБ) и когато не се отнасят до вътрешната организация на парламента или не се отнасят до упражняване на правомощия по чл. 84, точки 4 до 14 от КРБ, а в същото време създават права и задължения за гражданите, организациите и държавните органи, то те попадат в широкото понятие за „закон“. С определение № 1 от 2010 г. КС приема искането за недопустимо, тъй като омбудсманът атакува конституционността не на закон, а на решение на Народното събрание и този контрол върху решенията може да бъде задействан само от изчерпателно посочените субекти на инициатива в чл. 150, ал. 1 от основния закон. КС подчертава, че омбудсманът не е сред тях и поради това не е налице основание за разширително тълкуване на това правомощие. Според КС Конституцията ясно разграничава законите от другите актове, приемани от парламента, както и разграничава различните форми на конституционен контрол върху тях. Интерес представлява констатацията на КС, че конституционният законодател не определя изчерпателно вида на решенията, които Народното събрание може да приема²⁴. Бих желала да отбележа, че действително законодателят не е дефинирал различие в характера на този вид актове на парламента, но решенията на НС са актовете, които са най-разнообразни от всички видове актове, които се издават в България. Макар и по правило да са ненормативни актове, то някои от тях уреждат материя, която би могла да влезе в определението за нормативен акт.

Не по малко съществено, относно правомощията на омбудсмана за сезирането на КС, е и произнасянето по к. д. № 14 от 2010 г. Делото е образувано по искане за установяване на противоконституционност и несъответствие с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, по които България е страна – нарушава се правото на собственост и правото на защита на гражданите, както и че се застрашава правото им на труд и се нарушават правата на потребителя. С определение № 8 от 2010 г. КС се е обосновал, че при третата поправка

²³ Решение № 11, к. д. № 6/2007 г. (Обн., ДВ, бр. 1 от 4 януари 2008 г.)

²⁴ Определение № 1, 9.2.2010 г., к. д. № 19 от 2009 г.

на Конституцията, омбудсманът, като орган на инициатива, е получил самостоятелно място в уредбата за сезиране на КС, като са ограничени правомощието му за сезиране в сравнение с останалите субекти по чл. 150, ал. 1 от Конституцията – само за установяване на противоконституционност на закон. КС приема, че омбудсманът не е компетентен да инициира производство за установяване на съответствие на закон с общопризнати норми на международното право и с международни договори, по които България е страна. Аргументите му са на основата на предвиденото според КС ограничаване на предмета на оспорване, а именно, че омбудсманът може да иска установяване на противоконституционност само на закон, а не и на другите актове на Народното събрание и на актовете на президента, както и че може да оспорва само закон, с който се нарушават правата и свободите на гражданите. Според КС на омбудсмана не е предоставено правомощие да оспорва закон, с който се нарушават права на граждани, които произтичат от сключени от тях договори за услуги, още по-малко да оспорва закони по съображения, че те засягат стопанската дейност на определени търговски дружества. По изложените по-горе съображения КС е отклонил искането на омбудсмана на Република България за установяване на противоконституционност и несъответствие с общопризнатите норми на международното право и с международните договори²⁵.

Впоследствие, за да се затвърди становището на КС относно недопустимостта на искане на омбудсмана за установяване на противоконституционност и несъответствие с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, е извършена законодателна промяна в Закона за омбудсмана през 2012 г., според която е дадено правомощието на омбудсмана да уведомява органите по чл. 150 от Конституцията, за да бъде сезиран Конституционният съд, ако се прецени, че се налага тълкуване на Конституцията или произнасяне за съответствие на сключените от Република България международни договори с Конституцията преди ратификацията им, както и за съответствие на законите с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, по които България е страна²⁶.

През 2016 г. КС приема за недопустимо искането на омбудсмана относно противоконституционност на разпоредби от Закона за акцизите и данъчните складове. Това става с определение приключващо к. д. № 12/2015 г. В определение № 2 от 12 април 2016 г. КС напомня, че правомощията на омбудсмана са ограничени само до установяване на противоконституционност на закон, чиито уредби нарушават правата и свободите на гражданите. КС отбелязва, че за всички останали случаи на възможна противоконституционност на закон или друг акт на НС, както и за необходимост от тълкуване на Конституцията или произнасяне за съответ-

²⁵ Определение № 8, 2 декември 2010 г., к. д. № 14 от 2010 г.

²⁶ ДВ, бр. 29 от 2012 г.

ствие на сключените от Република България международни договори с Конституцията преди ратификацията им, или за съответствие на законите с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, по които България е страна, омбудсманът съгласно чл. 91а, ал. 2 от Закона за омбудсмана, като застъпник на правата и свободите на гражданите разполага с възможност да уведомява органите по чл. 150, ал. 1 Конституцията. Съдът е приел, че омбудсманът може да се възползва от механизма на конституционна защита по чл. 150, ал. 3 от Конституцията във всички случаи когато се нарушават лични и политически права на гражданите, така както са уредени на конституционно ниво. Същественото в определението на КС е, че приема, че когато гражданинът участва като правен субект в друго качество в стопанско-производствена, финансова²⁷ или икономическа дейност и в резултат на противоконституционност на закон или отделна негова разпоредба последва нарушаване на негови права и свободи, то омбудсманът не може да сезира КС, а следва да използва другите средства за защита. КС, правейки тези изводи, се е позовал на текстовете от Закона за омбудсмана. Обосновката на КС е, че са ограничени правомощията на омбудсмана да защитава права и интереси на гражданите в областта на икономическите и социалните права и че искане за установяване противоконституционност на закон може да бъде прието само в случаите, когато законът съществено ограничава или отнема конституционно уредени и защитени социални и икономически права и свободи и това ограничаване или отнемане не се основа на защита на други по-висши конституционни ценности. По горните съображения КС е приел, че искането на омбудсмана се явява недопустимо, тъй като оспорените разпоредби се отнасят не до гражданина, а до друга категория правен субект – едноличния търговец, чиято дейност и свързаните с нея правоотношения не могат да бъдат предмет на непосредствена защита по реда на чл. 150, ал. 3 от Конституцията²⁸.

Към определението на КС съдия Кети Маркова е изразила особено мнение, като прави възражения в две насоки:

1) Обхватът на правата, за които омбудсманът като застъпник за правата и свободите на гражданите, е компетентен да инициира производство пред съда, трябва да се извежда директно от съдържанието на конституционната норма, изрично уреждаща това му правомощие, а не да се търси в разпоредбите на специалния закон, както се е обосновал КС. Правомощието на омбудсмана има своята изрична уредба директно на конституционно ниво, поради което предметния му обхват не следва да се дефинира с аргументи изобщо за всички правомощия на омбудсмана, регламентирани със закона.

²⁷ Симеонова, Г., Данъчна справедливост. Научни четения в памет на Ганев и Долапчиев, 2016 г., СУ „Св. Климент Охридски“.

²⁸ ДВ, бр. 32 от 22.4.2016 г.

2) Не следва механизмът на конституционна защита чрез омбудсмана да е приложим само тогава, когато се касае за всеобщи и присъщи на всички граждани права, и то лимитирани само до лични и политически²⁹.

Съществени са според мен възраженията и критиката, споделям ги изцяло, тъй като мотивите на определение № 2 от 2016 г. представляват наистина опит да се стесни полето на омбудсмана за сезирането на КС. Нещо повече с това определение КС прави опит не само да дефинира правата на гражданина, но и да им придаде различна тежест и възможност за защита.

В определение № 2 от 2016 г. КС като приема, че социалните и икономически права на гражданите също са предмет на конституционна уредба³⁰, прави извод, че поради „тяхната аморфност, отсъствие на универсалност и силна зависимост от провежданите държавни политики за тяхната реализация, то държавата може да предприеме мерки и средства за защита „с по-ниската степен“, тъй като при провеждането на държавните политики, чрез които се реализират социалните и икономически права „винаги се отваря възможност за намеса в законодателната целесъобразност за това, как да бъдат разпределени, преразпределени или изразходвани публични ресурси“. КС прави и извод, за който няма никакви данни (не могат да се открият нито в стенограмите от пленарните заседания на НС, нито от заседанията на конституционната комисия), че конституционният законодател с разпоредбата на чл. 150, ал. 3 от Конституцията не е имал намерение да предостави на омбудсмана правомощие за сезиране на КС във всички случаи на твърдяно нарушение на социални и икономически права и свободи. За базата на тези си заключения КС приема в мотивите на определението, че в областта на икономическите и социалните права „искането на омбудсмана за установяване противоконституционност на закон може да бъде прието само в случаите, когато законът съществено ограничава или отнема конституционно уредени и защитени социални и икономически права и свободи и това ограничаване или отнемане не се основава на защита на други по-висши конституционни ценности“.

Горните изводи, както и съдия Кети Маркова, така и аз, считам за неверни и ограничаващи приложното поле на защита на правата на гражданите. Въведен е критерий за „всеобщност и повсеместност“ относно защитимото право, каквото изискване няма в конституционната норма на чл. 150, ал. 3. Мотивите на КС, че омбудсманът ще ползва механизма по чл. 150 ал. 3 от Конституцията „във всички случаи, когато се нарушават лични и политически права на гражданите, така, както са уредени на конституционно ниво“, като му отнема това право посредством примерно

²⁹ Становище на съдия Кети Маркова по к. д. № 12/2015 г., ДВ, бр. 32 от 22.4.2016 г.

³⁰ Симеонова, Г. Права на данъкоплатците при изпълнението на основното им конституционно задължение за заплащане на данък. 25 години Конституция на Република България в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права?, Национална конференция - Народно събрание, СУ „Св. Климент Охридски“, Нов български университет. 2016 г., с. 131-139.

изброяване, в това число и правото на собственост, „изкуствено създава пречки съдът да бъде сезиран от омбудсмана в бъдеще, включително и в случаите когато той констатира, че със закон или отделни негови разпоредби нечий граждански права са нарушени“³¹.

В заключение може да се направи изводът, че практиката на КС е ограничила правомощията на омбудсмана да сезира КС по чл. 150 ал. 3 от Конституцията в следните насоки: А) други актове освен закон, приет от НС; Б) противоконституционност и несъответствие с общопризнатите норми на международното право и с международните договори; В) във всички случаи на нарушение на социални и икономически права и свободи.

Следва да отбележа, че това е станало през определения на КС във фазата на допустимостта на искането. Тук бих разсъждавала за правната обвързаност на определението по допустимостта на КС. Тъй като процесът пред КС протича в две фази, то първата, по допустимост на искането, приключва с определение, с което или се допуска делото до разглеждане по същество, или искането се отклонява. Според чл. 19 от Закона за Конституционен съд (ЗКС) той се произнася за допустимостта с определение в закрито заседание и при отклоняване на искането то се връща на подателя с мотивирано определение. Това дава привидна свобода на КС, който чрез практиката си е въвел изисквания за допустимост, като основно това са: относно предмета на искането; необходимост от тълкуване; забрана за повторно тълкуване; изисквания към сезиращите органи.

Конституцията и ЗКС не регламентират въпроса за правния характер на определенията на КС по допустимостта, за разлика от решенията, за който с последното изречение на втората алинея на чл. 151 Конституцията е прогласила, че „Актът, обявен за противоконституционен, не се прилага от деня на влизането на решението в сила“. Намираме и разпоредба за правната сила на решенията и в чл. 22, ал. 2 от ЗКС, според който „Актове, обявени за противоконституционни, не се прилагат“ както и практиката на КС³². Следователно и конституционните разпоредби, и нормите на ЗКС не определят характера на определенията по допустимостта на КС, което води до мисълта, че те биха могли да еволюират при поставяне на ново искане по друг предмет, най-вече с оглед ограничаването на конституционно уредени и защитени социални и икономически права и свободи. В момента има образувано конституционно дело, което се намира във фазата по допустимост, като все още няма произнасяне с определение, поставящо въпроси, свързани с нарушаване на социални и икономически права и свободи³³. Това е повод, който дава възможност на КС, да прецизира практиката си по темата за социалните и икономически права и свободи. Това вече е правено от КС с определението си по к. д. 5 от 1997 г.

³¹ Становище на съдия Кети Маркова по к. д. № 12/2015 г., ДВ, бр. 32 от 22.4.2016 г.

³² Решение № 22 от 1995 г. на КС.

³³ К. д. № 1/2019 г.

Във връзка с другите две ограничения, които са създадени посредством практиката, струва ми се, че по пътя на прецизиране на произнасянето по предишни определения на КС няма да може да се реализира. Поради това следва да се предприеме промяна чрез конституционно изменение и допълнение на Конституцията. Не намирам сериозни аргументи, които да не предоставят правото на омбудсмана да сезира КС за:

- противоконституционност на нормативни решения на НС;
- съответствието на сключените от Република България международни договори с Конституцията преди ратификацията им, както и за съответствие на законите с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, по които България е страна.

Това разбиране се споделя и от други автори, които намират за лишено от правна логика ограничаването на тези правомощия на омбудсмана³⁴.

В заключение бих обобщила темата за правата на гражданите и тяхната защита чрез сезирането на КС от омбудсмана по следния начин:

- предоставянето на тази възможност е реално средство за защита на правата на гражданите, което вече доказва резултатността си;
- практиката на КС е стеснила приложното поле за възможността за сезиране на КС от омбудсмана;
- разширяването на възможностите за сезиране на КС от омбудсмана ще е в полза на защита на правата на гражданите, което ще създаде възможност за по-широк обхват на тяхната защита до въвеждането на индивидуална конституционна жалба от гражданите.

³⁴ Пенев, П. Нормативни и практически очертания на българското конституционно правосъдие. Проблеми и перспективи, 2013 г., с. 154-155.

КОРПОРАТИВНА СОЦИАЛНА ОТГОВОРНОСТ И ЗАЩИТАТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА

Поля Голева¹,
Нов български университет

Резюме: Един от аспектите на защитата правата на човека е корпоративната социална отговорност.

Понятието „корпоративна социална отговорност“ не е законово понятие и няма определение в правната система. Корпоративната социална отговорност е понятие на социологията и етиката, но то играе важна роля при защитата на правата на обществото. Търговци, бизнесмени и търговски дружества имат задължението да защитават гражданите от увреждания и от унищожаване на околната среда.

За първи път в българската правна литература авторът осветява корпоративната социална отговорност като средство за защита на публичния интерес, а не само като средство за защита на интересите на компаниите и техните членове.

Ключови думи: корпоративна социална отговорност, околна среда, публичен интерес, права на човека

CORPORATIVE SOCIAL LIABILITY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Polya Goleva,
New Bulgarian University

Abstract: One of the aspects, concerning human rights protection, is corporate social responsibility.

The notion 'corporate social responsibility' is not a notion of law and there is no definition about it in the legal system. The corporate social responsibility is a sociological and ethical responsibility, but it plays an important role in the protection of the interests of the society. Merchants, businessmen and commercial companies have a duty to protect the citizens from injuries and from destroying their environment.

For the first time in Bulgarian legal literature the author highlights the corporate social responsibility as a means for protecting the public interest, but not only the interests of the companies and their members.

Keywords: Corporate Social Responsibility, Company, Environment, Public Interest, Human Rights

¹ Проф. д-р Поля Голева, имейл: golevar@yahoo.com. Докладът е изнесен на конференция, състояла се на 6.11.2018 г., и е отпечатан в електронен вариант на адрес: www.gramada.org

1. **К**орпоративната социална отговорност е една от най-актуалните теми в правото и икономиката. Тя се свежда предимно до това, всички търговци и социални образувания, които извършват дейност, която влиза в съприкосновение с природата и обществото, да бъдат задължени да съхраняват и защитават обществените интереси и преди всичко основните права на човека. Един от последните примери в нашата страна е унищожаване на дюните на къмпинг „Смокиня“ на черноморското крайбрежие поради предстоящо застрояване, за което в медиите се изразиха масово възмутителни коментари на природозащитниците и останалите граждани. Новината стана достояние и на световно известни медии, които отбелязаха, че по дюните растат редки растения, представляващи защитена природна среда². В публикациите се споменава и за строителни дейности на други емблематични места – къмпингите „Градина“ „Арапя“, „Шофьорския плаж“ край Алепу, курорта „Св св. Константин и Елена“. „Законно“ или незаконно строителната дейност в значими природни дадености влиза в противоречие с интересите на обществото като цяло и на основните права на човека, доколкото го лишава от възможността да се наслаждава на прелестите на автентичната природа, както и да възстановява силите си сред уникалните природни условия на България. Целта на настоящето ми изложение е да разгледам отговорността за корпорациите, които в стремежа си към печалба и удовлетворяване на егоистични и меркантилни интереси на ограничен кръг лица, под мотото на защита на основното им право на собственост и свободата да осъществяват стопанска дейност, причиняват пряко или косвено щети на огромната част от гражданите, които населяват нашата страна.

2. Корпоративната социална отговорност е понятие, което е относително ново в науката за бизнеса и в търговското право. Тя не е предмет на правно регулиране и затова липсва легална дефиниция в законите. Основният дебат около разглежданото понятие се води в областта на етиката и се свежда до това, дали търговското дружество трябва да бъде контролирано повече от държавата или е необходим социален договор между него и гражданско-

² Вж. Би Би Си: Българите осъждат „екологичния вандализъм“ по крайбрежието. В: www.segabg.com, 31.1.2019 г.

то общество³. Този въпрос е актуален, защото не винаги държавата, представявана от чиновници, проявява достатъчна загриженост и бдителност при защитата на природата и обществените интереси. Обикновено будни граждани сигнализират за уродливите явления, които рушат невъзвратимо природните красоти. Затова корпоративната социална отговорност се реализира под едновременния натиск на държавата и обществото.

3. Корпоративната социална отговорност е социологическа и икономическа концепция, която обаче трябва да се пренесе и на плоскостта на правото. Тя трябва да се осветли и за юристите, за да могат в бъдеще да се изработят правните норми, които ще допринесат за нейното имплементиране в правната система. Както вече посочих, юристите трябва да дадат отговор на въпроса, дали държавата е длъжна да се намесва по-активно в регулирането на отношенията корпорация – гражданско общество – околна среда или държавата може да се оттегли, като предостави свободата на корпорациите да действат така, че да обслужват и да се грижат за собствените интереси на дружеството. Дали интересите на дружеството следва да се поставят над интересите на съдружници и акционери или корпоративните интереси могат да превалят над интересите на обществото.

4. В другите държави въпросът за корпоративната социална отговорност е поставен на преден план. Той е един от основните проблеми на модерната наука. Затова говори и интердисциплинарната конференция на немски, австрийски и швейцарски учени, която се състоя в Хамбург през 2017 г. и чиито доклади бяха съевременно публикувани⁴. За огромното значение на поставената тема говори и фактът, че само до 2018 г. са изнесени и публикувани в света 64 000 доклади в електронното списание SSRN e-Journal. Основно те са написани от икономисти, социолози и политолози. В тези научни области дискусиите са започнали още през 50-те години на XX век. През 70-те години особено важно място те намериха в изследването на мениджмънта на корпорациите. Дискусиите започнаха от въпроса: струва ли си едно предприятие да прави добро за обществото? Има ли бизнес – кауза за корпоративна социална отговорност? От тук започна и развитието на концепцията за отговорността⁵. Макар инициативата за отговорността на корпорацията да се пое от неюристи, впоследствие се прие, че въпросите на корпоративната социална отговорност засягат предимно дружественото право и че изследваната материя следва да се прибави към неговите основополагащи проблеми⁶. Къде лежи *raison*

³ Вж. David Crowther and Gueler Aras. Corporate Social Responsibility. e&bookboon.com, 2008, ISBN 9788776814151.

⁴ Вж. Fleischer/Kalss/Vogt (Hrsg). Corporate Social Responsibility. Mohr Siebeck, 2018.

⁵ Вж. Corporate Social Responsibility. In: Aus den Arbeitsbereichen des Max-Planck Instituts fuer internationales und auslaendisches Privatrecht, 2017, Hambrug, S. 31.

⁶ Така Rathenau, Walther. Vom Aktienwesen – eine geschaeftliche Betrachtung, In. Juristenzeitung, 2017, S. 991-994.

d'être на модерното акционерно дружество? На какви цели то трябва да служи? Какви цели преследва? Въпросът за корпоративната социална отговорност се оказва въпрос на чест за развитието на дружественото право и фундаментална негова тема⁷.

5. На този етап няма и твърдо установена дефиниция за корпоративната социална отговорност. И в социологията, и в икономиката се срещат определения на понятието, които имат различен обхват. Ако трябва да степенуваме определенията според техния обхват, бихме могли да ги класифицираме като най-широко, по-малко широко и най-тясно определение.

Най-широкото определение е отношение между корпорацията, държавата, в която тя има своето седалище и гражданите.

По-малко широкото определение е отношението на корпорацията с локалното общество, в което се намира нейното седалище и в което тя осъществява стопанската си дейност. Това е отношението ѝ с общината, в която се намира управлението и преимуществено се извършва дейността ѝ.

Най-тясна е дефиницията, според която корпоративната социална отговорност е отношението между корпорацията и нейните членове – съдружници и акционери.

6. Социалната отговорност е етична категория и означава, че предприятието като организация или еднолично образувание, има задължение да действа в полза на обществото като цяло⁸. Социалната отговорност е изискването, всяко индивидуално задължение да се изпълнява по такъв начин, че да се постигне баланс между икономиката и екосистемите. Търговската дейност може да съществува между икономическото развитие, благоденствието на обществото и природната среда. Социалната отговорност означава еквилибристика между трите⁹. Тази отговорност възниква както за пасивно поведение – непредотвратяване на вредоносни действия, така и за активно – действия, които противоречат директно на социалните цели.

Корпоративната социална отговорност изисква търговецът да има по време на бизнес дейността си етично поведение и да допринася за икономическото развитие като усъвършенства качеството на живот както на работниците си и техните семейства, така и на местното общество и на обществото като цяло¹⁰.

⁷ Установено е от колектив международни учени, че корпоративната социална отговорност има своите корени в 18 век, когато акционерните дружества не са били частни образувания на акционерите както сега, а са били създавани по концесионната система и са преследвали предимно общественополезни цели – вж. Corporate Social Responsibility..., p. 31.

⁸ Вж. social responsibility – Wikipedia към януари 2019 г.

⁹ Пак там.

¹⁰ Това е дефиницията на лорд Холм и на Ричард Уот в публикацията им Making Good Business Sense, цитирана в Social Responsibility – Wikipedia. Като цяло обаче се констатира, че няма ясно дефинирано понятие какво е компаниите да носят корпоратив-

7. Корпоративната социална отговорност е концепция, според която компаниите се интегрират социално и екологически в своята бизнес дейност и в отношенията със своите акционери на доброволна основа. Концепцията изхожда от обстоятелството, че корпорациите – търговски дружества с членски състав, макар и изкуствени образувания като юридически лица, са неизменна част от обществото. Те възникват в обществото, пораждат се от неговите нужди и са предназначени да ги удовлетворяват. Съществен елемент от модерното корпоративно мислене е акцентът върху „саморегулирането“ на търговците и по-малката роля на принудата, упражнявана от държавата върху тяхното поведение.

От една страна целта на търговската дейност, която осъществяват корпорациите, е да получават печалба. Целта на съдружниците и акционерите е да увеличават своите дивиденди и стойността – покупната цена на акциите и дяловете си, да продават акциите си изгодно на капиталовия пазар. От друга страна, като част от обществото, като част от средата, в която се развиват, дружествата, техните решения, тяхната дейност се преценява не само на базата на печалбите за самите тях, техните съдружници и акционери, но и на базата на това, доколко те служат и са полезни за обществото, на базата на социалното им значение и цели. В модерната търговска среда корпорациите и техните мениджъри са принудени да играят значителна активна роля за увеличаване благосъстоянието на социума.

По отношение на организацията на корпорацията трябва да се признае, че от значение е средата, в която тя съществува и действа, локалната социална и природна среда и широкото глобално обкръжение, в което реализира целите си.

8. Корпоративната социална отговорност е последица от същността на корпорацията. Тя е активен участник в обществения живот, който ангажира природни ресурси, привлича работна ръка, създава материални блага за обществото. Отговорността се изразява в утилизация на природните богатства на локално и национално ниво като част от нейната производствена дейност, в резултатите от съревнованието между корпорацията и другите организации в същата област, обогатяването на социалната среда чрез увеличаване на възможностите за работа, дистрибутиране на положителните резултати от дейността на собствениците на дружеството чрез разпределение на дивиденди не само между съдружниците и акционерите, но и между работниците. Най-голямата връзка на корпоративната социална отговорност обаче е връзката с климатичните изменения. Малко или много всяка производствена дейност експлоатира ресурсите на планетата. В някои случаи – по невъзвратим начин – отравяне на земи и води, изсичане на гори, унищожаване на биологичното разнообразие,

на социална отговорност. Всяко дружество има свои правила за такава отговорност, макар че мотивът за нейното въвеждане е един и същи. Компаниите не може да се фокусират върху максимализирането на печалбата, а трябва да усъвършенстват обществото и околната среда.

разболяване на населението, увреждане на генетичния код и др. В някои случаи печалбата на едно предприятие може да се намира в причинна връзка с влошаване на околната среда и на начина на живот в определено населено място. Жителите му не получават никакви дивиденди и придобивки от тази дейност. Възможно е материалните резултати от дейността на корпорацията да се изнасят изцяло в чужбина, а корпорацията да реализира печалбата само за себе си. Тя използва, унищожава или замърсява локалните ресурси на населеното място безвъзвратно, от което получава пари, а гражданите търпят само отрицателните последици – те страдат от замърсяване на въздуха, на водата, от невъзможността да се наслаждават на природата, да организират почивката си сред нея. Природните ресурси се узурпират от даден търговец напълно законно, защото законът е уредил концесията, лицензирането или нищо не е уредил (и тогава действа принципът – ако нещо не е изрично забранено, то е разрешено). Дори обаче да има ясно разписани норми, те може да не се спазват и да не се упражнява контрол върху нарушителите, респ. да не се налагат принудителни административни мерки или наказания. Точно тук трябва да се намеси правото и да обезпечи баланса между интересите на корпорацията и тези на гражданите, на цялото общество, като ги градира по важност. Кое е по-важно – здравето на хората или замърсяващото производство? Икономиката или опазването на уникалната природа?

9. В световен мащаб се констатира нарастващ брой на исковете срещу холдинговото дружество (дружеството майка) в една държава заради нарушения на основни права на човека от дъщерни дружества, намиращи се в чужбина. Изходът на делата зависи от много фактори, между които са приложимото право и от това, как то урежда отговорността на холдинговото дружество за вреди, причинени от негово дъщерно дружество. Зависи и от това, какви са връзките между дружеството – майка и дъщерните дружества, от това, докъде се простират задълженията за упражняване на контрол и наблюдение върху дъщерните дружества. Отговорът е в уредбата на холдингите, респ. концерните или другите обединения на търговски дружества и в уредбата на непозволеното увреждане. Разбира се, у нас липсва както първата, така и втората уредба. При холдинга има уредба, но не и на контрола, а деликтното ни право е на ниво от началото на XIX век. Изглежда обаче и в другите държави положението не е по-различно, защото се увеличават гласовете, които пледират за бърза законодателна реформа. В Германия група от изследователи на публичното право са формулирали предложение за закон за задължението на дружествата да защитават правата на човека. Във Франция действа Закон за задължението за грижа на дружествата – майки и на предприятията, които възлагат задачи на други дружества, а в Швейцария учени и политици се занимават с въпроса за правна уредба на директна отговорност на швейцарските предприятия за поведението на чуждестранните им дъщерни дружества и доставчици¹¹.

¹¹ Fleischer, H. /Nadja Danninger. Konzerhaftung fuer Menschenrechtsverletzungen: Fran-

10. Друго направление на модернизиранието на търговското право е инжектирането на по-голяма доза морал в търговската дейност. Назад към доблестния търговец. Нужно е морализиране на правната уредба на управителните органи¹². Концепциите за търговската етика от XIX и XX век преживяват ренесанс в най-ново време според изследователя Холгер Флайшер. В преамбюлите на много кодекси за корпоративно управление може да се види акцентът върху образа на доблестния, на достойния търговец. Членовете на управителните и контролните органи трябва да се придържат към бизнес – морала. Не е ли време вместо да се заобикалят нормите на закона да се въведе едно правно изискване за спазване от мениджърите на морала на бизнесмена. Във връзка с това заслужава внимание правната уредба в Законите за акционерните дружества на Германия и Австрия от 1937 и 1965 г., в които изрично е било записано, че управителният съвет на собствена отговорност трябва така да управлява дружеството, че да съблюдава както благосъстоянието на предприятието, така и интересите на акционерите, на работниците, а така също и обществения интерес. В кодексите за корпоративно управление на редица североамерикански щати (corporate constituency statutes) през 80-те години е въведено правилото, че директорите на една публична корпорация, освен интересите на акционерите, трябва да съблюдават и интересите на други групи заинтересовани лица¹³.

Извод

Къде сме ние? У нас не само не се говори за корпоративна социална отговорност, но няма и образци на нейната проява. Точно обратното. Вървим по тънкия лед на заобикаляне на и без това несъвършените и непълни норми на търговското и в частност на дружественото право. На управителните органи на дружествата са предоставени правомощия, насочени към удовлетворяване на техните собствени интереси. Всички права имат една цел – увеличаване на печалбата на дружеството и дивидентите на акционерите. Акционерите имат права за собствената си персонална или колективна защита. Обществото като цяло, защитата на правата на човека, защитата на природата остават извън полезрението на нашия законодател. Търговското ни право обслужва недобросъвестните търговци, защото им дава възможност да го заобикалят и да злоупотребят, без да го нарушават. Това отблъсква честните, добросъвестните търговци и затова чуждестранните инвестиции намаляват у нас. Време е за реформи и в тази област!

zoesische und schweizerische Reformen als Regelungsvorbilder fuer Deutschland? In: Der Betrieb, 2017, S. 2849-2857.

¹² Fleischer, H. Eherbarer Kaufmann – Grundsätze der Geschäftsmoral – Reputationsmanagement: Zur "Moralisierung" des Vorstandsrechts und ihren Grenzen. In: Der Betrieb, 2017, S. 2015-2022.

¹³ Така Fleischer, H. Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht – eine vergleichende Bestandsaufnahme. In: Zeitschrift fuer gesellschaftliches Recht, 2017, S. 411-425.

СВОБОДАТА НА ИЗРАЗЯВАНЕ И МЕДИИТЕ В КОНТЕКСТА НА НОВИЯ РЕГЛАМЕНТ НА ЕС ЗА ЗАЩИТА НА ЛИЧНИТЕ ДАННИ

Деница Топчийска¹,
Нов български университет

Резюме: В съответствие с член 85 от Регламент (ЕС) 2016/679 всяка държава членка е задължена да приеме национално законодателство, с което да въведе изключения от общия режим за защита на личните данни с оглед обработването на информация за журналистически цели. В статията се анализира наскоро приетото в България законодателството, насочено към определяне на баланса между правото на лична неприкосновеност и свободата на изразяване и информация на национално ниво. На основата на направените нотификации до Европейската комисия, се съпоставят приетите законодателни мерки във Франция, Обединеното кралство, Ирландия, Люксембург, Кипър и България, за да се достигне заключение относно общите тенденции и различията. Анализът е направен в контекста на насоките, приети от Работната група по член 29 в рамките на Директива 95/46/ЕО и установената практика на Комисията за защита на личните данни в България.

Ключови думи: Общ регламент за защита на данните, изключение за журналистически цели, медии, обработване на лични данни

¹ Доц. д-р Деница Топчийска, имейл: denitza.t@gmail.com

FREEDOM OF EXPRESSION AND THE MEDIA IN THE CONTEXT OF THE NEW EU DATA PROTECTION REGULATION

Denitza Toptchiyska,
New Bulgarian University

Abstract: According to Article 85 of the new General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 the Member States must implement in their national legislations' exemptions regarding the processing of personal data for journalistic purposes. The article analyses the recently adopted legislation in Bulgaria aimed to set the balance between the right to privacy and the right to freedom of expression and information at national level. On the basis of the notifications provided to the European Commission the article aims to analyse and compare the measures adopted in France, UK, Ireland, Luxemburg, Cyprus and Bulgaria in order to draw conclusions regarding to common trends and differences. The analysis is made in the context of the guidelines provided by the Article 29 Working Party in the frames of the previous Directive 95/46/EC as well as the established practice of the Bulgarian Personal Data Protection authority.

Keywords: General Data Protection Regulation (GDPR), Exception for Journalistic Purposes, Media, Data Processing

След продължителна законодателна реформа през 2016 г. беше приет Общият регламент на ЕС за защита на личните данни (Регламент (ЕС) 2016/679)², който започна да се прилага от 25 май 2018 г.³. С новия регламент се отмени действащата до този момент в областта на личните данни Директива 95/46/ЕО⁴, тъй като оценката на съществуващата правната рамка показва необходимост от нейното актуализиране и допълване с оглед на предизвикателствата на съвременното технологично развитие. Недостатъчната ефективност на Директива 95/46/ЕО беше свързана и с разликите при въвеждането и прилагането ѝ в националните законодателства на държавите членки на ЕС⁵. В този контекст Регламент (ЕС) 2016/679 си постави за цел не само да предложи нови и актуализирани правни правила, но и да съдейства за гарантирането на еднакво висока степен на защита на личната неприкосновеност и в частност на личните данни на физическите лица на територията на ЕС, като се намали административната тежест върху бизнеса в контекста на трансграничния и международния пренос на данни.

² Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните), ОВ L 119, 4.5.2016, с. 1-88.

³ Реформата започва през 2012 г. по предложение на Европейската комисия. Целта на реформата е да укрепи индивидуалните права и по-конкретно правата, свързани с личната неприкосновеност онлайн, да се отговори на предизвикателствата, свързани с глобализацията и новите технологии и да съдейства за бързото развитие на цифровата икономика на Европа - Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Safeguarding Privacy in a Connected World A European Data Protection Framework for the 21st Century /* COM/2012/09 final */

⁴ Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни, ОВ L 281, 23.11.1995, с. 31-50, Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 10, в сила до 24.5.2018 г., отменена.

⁵ Robinson N., Graux H., Botterman M., and Valeri L. (2009), Review of the European Data Protection Directive online at http://www.hideproject.org/downloads/references/review_of_eu_dp_directive.pdf (accessed 25.4.2014).

Независимо че Регламент (ЕС) 2016/679 е задължителен в своята цялост и се прилага пряко на територията на всички държави – членки на съюза, в него са предвидени някои случаи, в които е необходимо приемането на национално законодателство, съобразено с конкретните социални, културни, исторически и законодателни специфики. Такова национално законодателство държавите членки трябва да приемат, за да ограничат прилагането на разпоредбите на Общия регламент за защита на личните данни с оглед гарантиране на правото на свобода на изразяване и информация. В съответствие с член 85, параграф 3 от Регламент (ЕС) 2016/679 всяка държава е задължена да изпрати нотификация до Европейската комисия за приетите национални разпоредби в тази посока⁶.

В България във връзка с прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679 е предложен Проект за изменение и допълнение на действащия Закон за защита на личните данни (ЗИД на ЗЗЛД), който е приет на второ четене от Народното събрание на 24 януари 2019 г.⁷ По силата на упражненото от президента правомощие по член 101, алинея 1 от Конституцията на Република България⁸ законът е върнат за ново обсъждане в Народното събрание с възражения срещу включените в § 26 критерии относно обработването на лични данни за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване. Според представените мотиви предложените критерии не създават справедлив баланс между правото на защита на личните данни и свободата на изразяване и информация, и представляват непропорционално и ненужна свръхрегулация⁹.

⁶ Към 10 февруари 2019 г. в Европейската комисия са постъпили нотификации от 18 държави, които са обявени на интернет страницата на Комисията (https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu/eu-countries-gdpr-specific-notifications_en). Нотификации са изпратили Австрия, Белгия, Кипър, Дания, Финландия, Франция, Германия, Унгария, Ирландия, Латвия, Литва, Люксембург, Нидерландия, Полша, Румъния, Словакия, Швеция и Обединеното кралство. Процедурата по нотификация не е нова за правото на ЕС, като се прилага и по отношение на други правни институти, напр. в областта на държавните помощи. За института на държавните помощи вж. Валериева, Г. Правомощия на Европейската Комисия при отпускането на държавна помощ. *De Jure*. 2012, №2, 49-58 и Симеонова, Г. Нови процедурни правила за държавната помощ като публично държавно вземане. *Норма*. 2016, бр. 2, 49-68.

⁷ Документите от пленарното заседание са достъпни на: <https://www.parliament.bg/bg/plenaryprogram/ID/1047>

⁸ За връщането на закон от президента за ново обсъждане от Народното събрание вж. по-подробно в Михайлова, Ек. Ролята на държавния глава в законодателния процес, НБУ, 2015, с. 212-233.

⁹ Указ № 20 от 4.2.2019 г. за връщане за ново обсъждане в Народното събрание Закона за изменение и допълнение на Закона за защита на личните данни, издаден от Президента на Република България, обн., ДВ, бр. 12 от 8.2.2019 г.

В настоящата публикация се анализират разпоредбите на ЗИД на ЗЗЛД, приети на 24 януари 2019 г.¹⁰, свързани с прилагането на член 85 от Регламент (ЕС) 2016/679 в контекста на приетото законодателството в тази област в няколко други държави-членки на ЕС, а именно Франция, Обединеното кралство, Ирландия, Люксембург и Кипър. С оглед яснота на изложението е представено съществуващата до този момент правна рамка в ЕС и България относно баланса на правото на защита на личните данни и свободата на информация, както и практиката на Комисията за защита на личните данни (КЗЛД) по прилагането ѝ¹¹.

1. Изключението за журналистически цели в Директива 95/46/ЕО

Отменената Директива 95/46/ЕО също съдържаше задължение за държавите членки да приемат национално законодателство, в което да предвидят изключения от режима за защита на личните данни, когато обработването се извършва единствено за целите на журналистическата дейност¹². Изискваше се ограничаването на правната рамка за защита на личните данни да бъде осъществявано в съответствие с принципа за пропорционалност или само дотолкова, доколкото тя би могла да застраши свободата на изразяване и правото на информация. Съгласно текста на Директива 95/46/ЕО въвеждането на изключения в националните законодателства на държавите членки е задължително, но е допустимо единствено по отношение на общите правила за законосъобразно обработване на данните, правилата, свързани с трансфера на данни към държави извън ЕС и правомощията на надзорния орган за защита на данните. Не се допускаха изключения от правилата за сигурност на обработването на данните¹³.

Още през 1997 г. Работната група по член 29 от Директива 95/46/ЕО прие Препоръка 1/97, която съдържа насоки относно прилагането на режима за защита на личните данни в областта на медиите¹⁴. В препоръката се подчертава, че изключения от режима за защита на личните данни се

¹⁰ Разпоредбите на цитирания ЗИД на ЗЗЛД са повторно окончателно приети от Народното събрание на 20 февруари 2019 г. и са обнародвани в ДВ бр. 17 от 26.2.2019 г.

¹¹ В индекса за 2018 г. на международната организация „Репортери без граници“, която изследва свободата на медиите в 180 държави, България заема 111 място, Ирландия е на 16 място, Люксембург – на 17, Кипър – на 25, Франция – на 33, а Обединеното кралство – на 40 (<https://rsf.org/en/ranking/2018>).

¹² Член 9 от Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни, ОВ L 281, 23.11.1995, с. 31–50, Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 10, в сила до 24.5.2018 г., отменена.

¹³ Recommendation 1/97, Data protection law and the media. Adopted by the Article 29 Working Party on 25 February 1997 (XV/5012/97-EN/ WP1), p. 5.

¹⁴ Recommendation 1/97, Data protection law and the media. Adopted by the Article 29 Working Party on 25 February 1997 (XV/5012/97-EN/ WP1).

допускат за медии и журналисти, но единствено по отношението на обработваните от тях данни за журналистически цели, включително електронното публикуване. Всички други дейности на медиите и журналистите попадат в обхвата на общия правен режим за защита на личните данни¹⁵. Така например обработването на данните на получателите на електронно издание за целите на заплащането или за целите на директния маркетинг не попада в рамките на изключението, свързано с обработването на лични данни за журналистически цели.

Според насоките на Работната група по член 29, за да се направи преценка дали ограниченията от общия режим за защита на личните данни са пропорционални на целта за защита на свободата на изразяване и правото на информация, е необходимо да се преценят специфичните гаранции, на които могат да се позоват лицата по отношение на медиите и журналистите. Медийното право съдържа специални средства за защита на личната неприкосновеност на лицата, чрез които се обосновават изключенията от прилагането на правната рамка за защита на личните данни. Такива например са правото на отговор, правото да се иска поправка на невярна информация, както и професионалните задължения на журналистите и процедурите в рамките на саморегулирането, с които те са свързани. За гарантиране на личната неприкосновеност на лицата значение имат и предвидените граждански и наказателни процедури за защита на честта и доброто име, които също трябва да се вземат предвид, когато се преценява ограничаването на правилата за защита на личните данни по отношение на медиите. В този смисъл, според Препоръка 1/97, ограничаването на правото на достъп и поправка на личните данните преди публикуването е пропорционално единствено доколкото лицата разполагат с право на отговор или право да поискат поправка на невярната информация след публикуването¹⁶.

Работната група по член 29 подчертава, че изключенията от режима за защита на личните данни не трябва да се отнасят само до медиите, а до всеки, който обработва лична информация за журналистически цели. Освен това Съветът на ЕС счита, че не само журналистите трябва да могат да се възползват от изключението, но също така подпомагащия персонал и други лица, като например блогъри, активисти в социалните медии и защитници на правата на човека, които използват социалните медии, за да достигнат до по-широка аудитория¹⁷. Те трябва да получат предоставената защита, доколкото тяхната дейност може да се счита като част от „медийната екосистема“ и съдейства за осъществяването на функциите на медиите в едно

¹⁵ Recommendation 1/97, Data protection law and the media. Adopted by the Article 29 Working Party on 25 February 1997 (XV/5012/97-EN/ WP1), p. 8.

¹⁶ Recommendation 1/97, Data protection law and the media. Adopted by the Article 29 Working Party on 25 February 1997 (XV/5012/97-EN/ WP1), p. 9.

¹⁷ Council of the EU, EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, 12 May 2014, p. 2.

демократично общество¹⁸. В контекста на Препоръка 1/97 може да се направи заключението, че за да се ползва съответната защита, по отношение на тези лица трябва да се прилагат специалните правила за медиите, които са предпоставка за гарантиране на справедлив баланс между свободата на изразяване и правото на лична неприкосновеност на лицата.

2. Изключението за журналистически цели в Закона за защита на личните данни до влизането в сила на Регламент (ЕС) 2016/679

В България член 9 от Директива 95/46/ЕО е въведен чрез Закона за защита на личните данни, в който е предвидено, че обработването на лични данни е разрешено, в случаите, когато то се осъществява само за целите на журналистическото изразяване и доколкото то не нарушава правото на лична неприкосновеност на субекта на данните¹⁹. В текста не се дават допълнителни насоки как трябва да се приложи разпоредбата, а отговорността за намирането на правилния баланс между правото на лична неприкосновеност и свободата на информация е възложена върху администратора на обработването. След изменението на закона през 2005 г. предвидената глоба за нарушението на тази разпоредба се увеличава значително, като минималният размер е 10 000 лева, а максималният 100 000 лева²⁰.

Според информацията в годишни доклади на КЗЛД в периода от 2013 г. до 2017 г. до надзорния орган са подадени 55 жалби за незаконосъобразно обработване на лични данни от страна на медиите. Комисията отбелязва, че законът не предвижда специфични критерии, за да се определи дали дадено обработване се извършва за целите на журналистическата дейност, както и кога с обработването се нарушава баланса между правото на лична неприкосновеност и свободата на изразяване. В своята практика КЗЛД приема, че „журналистическата дейност“ е „дейност, насочена към събиране на необходимата информация по случаи от обществен интерес, проверката на нейната достоверност и информирането на обществото за нея“²¹.

При решаването на казуси, свързани с обработването на лични данни за журналистически цели, КЗЛД преценява, дали лицето, срещу което е подадена жалбата в действителност е администраторът на личните данни. В практиката си, КЗЛД приема, че администратор на обработването е медията, а не журналиста, който е работил по конкретния случай. КЗЛД приема, че изключението за журналистически цели се отнася не само до медиите, но така също например и до община, която обработва лични

¹⁸ Council of the EU, EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, 12 May 2014, p. 24.

¹⁹ Член 4, ал. 2 от Закона за защита на личните данни, в сила към 2005 г.

²⁰ ДВ, бр. 103 от 2005 г.

²¹ Напр. Решение № Ж -143/2017 г. от 5.9.2017 г. на КЗЛД; Това разбиране за понятието „журналистическа дейност“ е изложено и в Годишния доклад на КЗЛД за 2016 г., с. 22.

данни е с оглед на информационния бюлетин, който издава²². КЗЛД преценява дали обработваната информация попада в обхвата на правното понятие за лични данни, а именно дали чрез нея пряко или косвено може да бъде идентифицирано дадено физическо лице, и дали информацията се обработва за журналистически цели²³.

Според практиката на КЗЛД основното нарушение, което се допуска от администраторите при обработването на данни за журналистически цели, е публикуването на данни, които не са относими или пропорционални на целите, за които се обработват, като превишават техния обхват. Надзорният орган приема, че законосъобразността на обработването на личните данни за журналистически цели трябва да се преценява с оглед на принципите, относно обработването на данните, установени в Директива 95/46/ЕС и транспонирани в националното законодателство чрез ЗЗЛД²⁴. С оглед на това е незаконосъобразно обработването на лични данни, когато те превишават нуждите на конкретното журналистическото разследване и това води до административно-наказателна отговорност, поради нарушаването на принципите за обработване на личните данни²⁵. В този контекст КЗЛД приема, че публикуването само на двете имена или на снимката на лице, което не е публична личност не представлява достатъчна информация, за да може това лице да бъде идентифицирано и поради това не представлява нарушение на неговото право на лична неприкосновеност²⁶.

Друго нарушение от страна на медиите, което може да се установи от решенията на КЗЛД за последните години са случаите, в които медията не е предприела необходимите технически и организационни мерки, за да защити данните от случайно или незаконно унищожение или случайна загуба, незаконен достъп, промяна или разпространение или друг тип незаконно обработване. Независимо че задълженията за регистрация и предоставяне на информация и достъп на субекта на данните не се прила-

²² Решение № 3808/2011 г. гр. от 20.4.2012 г.

²³ Този вид информация е от частен интерес с оглед значението ѝ за правните субекти. Категоризирането ѝ има обективен характер и произтича от разпоредбата на чл. 15, параграф 3, изречение 2 от ДФЕС. Николова, Р. Административноправна същност на информацията. София: Дружество „Европейско право“, 2016, 62-63.

²⁴ Член 6 от Директива 95/46/ЕО и чл. 2, ал. 2 от Закона за защита на личните данни; Още за теоретичните аспекти на административния контрол в ЕС вж. Марчева, Д. Обща характеристика на административния контрол в Европейския съюз, Годишник 2014 на департамент „Право“ на НБУ, 2015, изд. НБУ, 205-223.

²⁵ Например при разследване относно участието в търговски дружества или притежаването на недвижима собственост не е необходимо да се разпространяват единен граждански номер, адрес, номер на лична карта и др., съдържащи се в съответните документи - Годишен доклад на КЗЛД за 2016 г., с. 23.

²⁶ Годишен доклад на КЗЛД за 2016 г., с. 23.

гат при обработването за журналистически цели, задълженията за гарантиране на сигурност на данните остават.

На базата на представения анализ може да се направи извода, че съгласно приетото законодателство на базата вече отменената Директива 95/46/ЕС в България надзорният орган за защита на личните данни запазва контролните си правомощия по отношение на обработването на лични данни за журналистически цели, без да е предвидена специална защита за медиите с оглед на специалната функция, която те изпълняват в едно демократично общество и защитата на журналистическата тайна. Във всеки конкретен случай КЗЛД преценява дали е нарушено правото на лична неприкосновеност с оглед на това дали са нарушени принципите за обработване на данните и по-специално принципа за пропорционалност. По отношение на медиите се запазват изискванията за осигуряването на сигурност при обработването на данните. В практиката си КЗЛД не взема предвид възможностите, които предоставя медийната регулация и саморегулация в България, както и другото относимо законодателство с оглед защитата на личната неприкосновеност на лицата, каквато е препоръката на Работната група по член 29.

3. Изключението за журналистически цели в Регламент (ЕС) 2016/679

В член 85 от Регламент (ЕС) 2016/679 е предвидено, че държавите членки трябва да приемат законодателство, с което да ограничат правния режим за защита на личните данни, за да го съгласуват с правото на свобода на изразяване и информация, заложен в член 11 от Хартата на ЕС на основните права²⁷. За да гарантират свободата на изразяване държавите членки могат да ограничат прилагането на общите принципи, правата на субекта на данните, задълженията за администратора и обработващия лични данни, предаването на лични данни на трети държави или международни организации, правомощията на надзорните органи, както и правилата за сътрудничеството и съгласуваност, предвидени в Регламент (ЕС) 2016/679. В преамбюла на регламента се подчертава, че в контекста на медийната свобода предвидените дерогации могат да се отнасят до обработване на данни, което е единствено за журналистически цели. Следователно обработването на данни от медии и журналисти за други цели попада в обхвата на общия режим за защита на личните данни. Също така се посочва предвид важността на свободата на изразяване и информация в едно демократично общество, журналистиката като понятие трябва да се тълкува разширително²⁸.

На основата на представените нотификации до Европейската комисия, по-надолу се разглежда законодателството във Франция, Обединеното кралство, Ирландия, Кипър и Люксембург, въвеждащо ограничения от общия режим за защита на личните данни по отношение на обработването за журналистически цели.

²⁷ Харта на основните права на Европейския съюз, ОВ С 326, 26.10.2012, с. 391-407.

²⁸ Съображение 153 от Преамбюла на Регламент (ЕС) 2016/679.

3.1. Франция

Във Франция задължението по член 85 от Регламент (ЕС) 2016/679 на държавите членки да въведат изключения от режима за обработване на лични данни по отношение обработването за журналистически цели се изпълнява чрез Закон 78-17 относно информационните технологии, файловете с данни и гражданските свободи²⁹. В нотификацията на Франция до ЕК, като относими разпоредби се посочват член 44, който дефинира правомощията на надзорния орган за проверки, и член 67, където се изброяват правните разпоредби, които не се прилагат в случаите, когато обработването се осъществява за журналистически цели³⁰.

Изключенията в член 67 от Закон № 78-17 са предвидени относно случаите на обработване на лични данни единствено за целите на професионалното упражняване на журналистическата дейност, в съответствие с етичните правила на тази професия. Изрично е предвидено, че предвидените ограничения не изключват прилагането на разпоредбите на Гражданския кодекс, законите, свързани с печатните и аудиовизуалните медии и Наказателния кодекс, които предвиждат условията за упражняване на правото на отговор и чрез които се предотвратяват, ограничават, поправят и, когато е уместно, наказват нарушенията на неприкосновеността на личния живот и репутацията на хората.

В съответствие с френския закон към обработването на лични данни за журналистически цели се прилагат всички принципи за обработване на данни с изключение на изискването данните да се съхраняват във форма, позволяваща идентифицирането на съответните лица за период, който не надвишава срока, необходим за целите, за които се събират и обработват³¹. В тези случаи не се прилага забраната за обработване на специални категории лични данни, както и данни, свързани с наказателни присъди, престъпления или мерки за сигурност³². Когато обработването се осъществява за журналистически цели не се изисква предварително информиране на субекта на данните³³. Също така се изключва правото на субекта на данните да иска информация относно обработваните за него

²⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (достъпен на https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=FF93EAA0323B85C3B28AE1B95D5D2129.tplgfr38s_1?cidTexte=JORFTEXT000000886460&dateTexte=20180705).

³⁰ Със Закон № 2018-495 от 20 юни 2018 г. свързан със защита на личните данни се изменят разпоредби от Закон 78-17 относно обработването на данни, файлове и относно свободите във връзка с прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679 (LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles - достъпен на https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=FF93EAA0323B85C3B28AE1B95D5D2129.tplgfr38s_1?cidTexte=JORFTEXT000037085952&dateTexte=29990101).

³¹ 5° от член 6 от Закон № 78-17 от 6 януари 1978 г.

³² Член 8 и 9 от Закон № 78-17 от 6 януари 1978 г.

³³ Член 32 от Закон № 78-17 от 6 януари 1978 г.

данни, както и неговото право да иска данните да бъдат поправени, допълнени, актуализирани, криптирани или изтрити, когато са неправилни, непълни, несигурни, остарели или чието събиране, използване, комуникация или съхранение е забранено³⁴. Според френското законодателство се изключва прилагането на изискванията свързани с международния трансфер на данни към държави извън ЕС³⁵.

Във Франция Националната комисия за обработването на данни и за свободите (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) е независимият административен орган, който упражнява надзорни правомощия в областта на защитата на личните данни³⁶. Надзорният орган запазва контролните си правомощия и в случаите, когато обработването се осъществява за журналистически цели, но те не могат да водят до разкриване на журналистическата тайна относно източниците на информация. Също така са предвидени значителни гаранции за осъществяване на съдебен контрол върху действията на Надзорния орган при осъществяване на проверки.

В съответствие с член 44 от Закон № 78-17 надзорният орган има право на достъп до помещенията, използвани за обработване на лични данни, като при предприемането на конкретни действия е необходимо предварително да бъде информиран компетентният прокурор. Освен това законът предвижда, че лицето, което отговаря за проверяваните помещения трябва да бъде информирано за правото си да се противопостави на посещението и ако то упражни това свое право, проверката може да бъде извършена единствено след разрешение от компетентния съд. Независимо че актът на съда подлежи на незабавно изпълнение, той може да бъде обжалван по всяко време пред по-горестояща съдебна инстанция за спиране или прекратяване на проверката. Когато спешността и сериозността на фактите или риска от унищожаване или укриване на документи оправдава това, посещението може да се осъществи, без да е било информирано от лицето, което отговаря за помещенията, при предварително разрешение от компетентния съд. В този случай, лицето, което отговаря за местата, не може да възрази срещу посещението.

Също така във връзка с прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679 Надзорният орган може да изиска информация относно всички документи, необходими за изпълнението неговата задача, както и да получи копие от тях. Той има право на достъп при условия, които запазват поверителността на трети лица, да компютърни програми и бази данни. При осъществяване на своите правомощия на надзорния орган може да се противопостави единствено професионалната тайна, включително, както беше посочено по-нагоре, журналистическата тайна.

³⁴ Член 40, параграф I от Закон № 78-17 от 6 януари 1978 г.

³⁵ Член 68 и 69 от Закон № 78-17 от 6 януари 1978 г.

³⁶ Официалната страница за интернет на CNIL е: www.cnil.fr

3.2. Обединеното кралство

С оглед прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679 в Обединеното кралство е приет Закона за защита на данните от 2018 г.³⁷. В закона са предвидени ограничения при прилагането на общия режим за защита на личните данни в случаите, когато данните се обработват за журналистически цели, както и специални разпоредби, свързани с правомощията на надзорния орган да упражнява контрол върху дейността на администраторите на личните данни в тези случаи.

Органът, който осъществява контрол върху изпълнението на разпоредбите, свързани с обработването на личните данни в Обединеното кралство, е Комисарят по информацията (Information commissioner)³⁸. Според Закона за защита на данни от 2018 г. обработването на лични данни за журналистически цели е вид обработване за специални цели, по отношение на което са предвидени изключения от общия режим за обработване на данните, подробно изброени в Приложение 2 (част 5) към закона³⁹. Предвидено е, че ограниченията се прилагат в случаите, когато личните данни се обработват от лице с цел да бъде публикуван журналистически материал и администраторът на данните обосновава вярва, че публикуването на тази информация е в обществен интерес. Изброените разпоредби не трябва да се прилагат в степената, в която администраторът основателно счита, че прилагането на тези разпоредби би било несъвместимо със специалните цели. При определяне дали публикуването би било в обществен интерес, администраторът трябва да вземе предвид особената значимост на обществения интерес относно свободата на изразяване и информация.

Законът предвижда, че за да определи дали е обосновавано да се смята, че публикуването на дадена информация е в обществен интерес, администраторът трябва да вземе предвид всеки един от посочените в закона практически кодекси за добри практики или насоки, който е относим към конкретната публикация. Практическите кодекси, които към момента са включени в Закона за защита на данните от 2018 г., са:

- Редакционни указания на BBC⁴⁰,
- Кодекс за радиоразпръскване на Ofcom⁴¹,
- Практически кодекс на редакторите⁴².

³⁷ Data Protection Act 2018 (достъпен на http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/pdfs/ukpga_20180012_en.pdf).

³⁸ Официалната страница за интернет на Information Commissioner Office (ICO) е: <https://ico.org.uk/>

³⁹ Section 15 (2) (e), Data Protection Act 2018 препраща към Schedule 2, part 5.

⁴⁰ BBC Editorial Guidelines (достъпни на <https://www.bbc.co.uk/editorialguidelines/>).

⁴¹ The Ofcom Broadcasting Code (достъпен на <https://www.ofcom.org.uk/tv-radio-and-on-demand/broadcast-codes/broadcast-code>).

⁴² Editors' Code of Practice (достъпен на <https://www.ipso.co.uk/editors-code-of-practice/#ThePublicInterest>).

В глава 7. 1. от Редакционните указания на ВВС например се посочва, че няма обща дефиниция за това какво представлява обществен интерес, но вниманието се насочва към случаите, които се отнасят до разкриване на престъпления, на значително антисоциално поведение, на корупция или несправедливост, на значителна некомпетентност или небрежност. Също така от обществен интерес ще бъде информация, която има значение за здравето и сигурността на лицата, както и информация, която не позволява хората да бъдат подведени от изявления на лица или организации, както и разкриването на информация, която да помогне на хората да разберат по-добре или да вземат решения по въпроси от обществен интерес. Подчертава се, че самата свобода на словото представлява обществен интерес.

В Редакционните указания на ВВС се посочва, че използването на обществен интерес, като обосноваване за навлизането в личната сфера на лицата, трябва да е подчинено на принципа на пропорционалността. В този смисъл колкото по-голямо е навлизането, толкова по-значим трябва да е общественият интерес, който го обосновава. Също така, когато се съобразява дали дадена информация е от обществен интерес, трябва да се има предвид информацията, която вече е публична или ще стане публична. Подобни разпоредби относно публичния интерес се съдържат и в другите два документа, към които насочва Закона за защита на данните от 2018 г.

Според Закона за защита на данните от 2018 г. по отношение на обработването на лични данни за журналистически цели може да бъде ограничено приложението на разпоредбите, установяващи принципите за законосъобразно обработване на лични данни, с изключение на принципа за цялостност и поверителност на данните. Могат да бъдат ограничени изискванията за предоставяне на съгласие, забраната за обработване на специални категории данни и на данни, свързани с присъди и нарушения. Могат да бъдат ограничени правата на субектите на данните, изискванията, свързани с трансфера на данните към трети страни, както и задължението за уведомяване на субекта на данните, когато има нарушение на сигурността на данните и задължението за консултиране с Комисаря по информация преди обработване на данни с повишен риск⁴³.

Контролните си правомощия на Комисаря по информацията са ограничени по отношение на обработването на данни за журналистически цели. Надзорният орган може да изисква информация от администратора, свързана с обработването за журналистически цели, в случаите, когато прецени, че данните не са обработвани само за журналистически цели или че информацията не се обработва за публикуването на журналистически материал, който преди това не е бил публикуван. В този случай Комисарят трябва да уведоми писмено администратора на данните за това свое становище, като посочи и правото на администратора за обжалване. Ако администраторът не се възползва от правото си да обжалва

⁴³ Schedule 2, part 5, 26 (9), Data Protection Act 2018.

или обжалването е приключило, като се потвърждава позицията на комисаря, тогава Комисарят по информацията може да поиска съответната информация⁴⁴. В съответствие със Закон за защита на данните от 2018 г. Комисарят по информацията няма право да изпраща на администратора или обработващия уведомление за проверка по отношение на обработване на данни за журналистически цели⁴⁵.

Въведената в Обединеното кралство правна рамка за ограничаване на режима за защита на личните данни по отношение на обработването за журналистически цели, гарантира независимостта на медиите и журналистите и насочва вниманието върху възприетите стандарти и гаранции в рамките на медийното регулиране и саморегулиране. Контролните правомощия на надзорния орган са ограничени и е въведена възможността за предварителен и последващ съдебен контрол. Предвидени са допълнителни гаранции, с които се гарантира възможността на защита на личната неприкосновеност на лицата по повод обработването на техните данни за журналистически цели. В Закон за защита на данните от 2018 г. е включена възможност за предоставянето на финансова помощ от страна на Комисаря по информацията за лицата, които са жалбоподатели в производства относно неправомерно обработване на данни за журналистически цели, когато това е свързано със значим обществен интерес⁴⁶. Също така е предвидено, че Комисарят по информацията трябва да приеме Насоки относно реда, по който да се търси обезщетение срещу медийни организации, които не са спазили изискванията на законодателството за защита на личните данни⁴⁷. Комисарят по информацията е задължен да изготвя и годишни доклади относно обработването на лични данни за журналистически цели, като преценява доколко то е съобразено със законодателството за защита на личните данни и добрите практики за обработване на лична информация за журналистически цели⁴⁸. Също така на Държавния секретар е възложено да подготвя доклад на всеки 3 години относно използването на алтернативни процедури за разрешаване на спорове с медийни организации и ефективността на тези процедури⁴⁹.

⁴⁴ Section 174, Data Protection Act 2018.

⁴⁵ Section 147 (5), Data Protection Act 2018.

⁴⁶ Section 175, Data Protection Act 2018.

⁴⁷ Section 177, Data Protection Act 2018.

⁴⁸ Section 178, Data Protection Act 2018.

⁴⁹ Section 179, Data Protection Act 2018.

3.3. Ирландия

В своята нотификация до Европейската комисия Ирландия декларира, че въвежда ограничения по отношение на общия режим за защита на личните данни с оглед осигуряване на баланс със свободата на словото и правото на информация в член 43 от Закона за защита на данните от 2018 г.⁵⁰ Законът предвижда, че когато това е несъвместимо с обработването на данни за журналистически цели, няма да се прилагат принципите за обработването с изключение на принципа за „цялостност и поверителност“, който изисква обработването на данните да се осъществява с подходящо ниво на сигурност⁵¹ и разпоредбите, свързани с правата на субектите на лични данни⁵². Няма да се прилагат също така разпоредбите от регламента, установяващи задължения за администраторите на лични данни и обработващите лични данни⁵³, разпоредбите, свързани с трансфер на лични данни към трети страни и международни организации⁵⁴, разпоредбите, установяващи правомощия на независимите надзорни органи⁵⁵ и разпоредбите, свързани с изискванията за сътрудничество и съгласуваност⁵⁶.

Всички въпроси относно това дали дадено обработване попада в обхвата на изключенията, както и относно приложението на изключенията надзорният орган може да отнася до Висшия съд (High Court), чието решение (determination) подлежи на обжалване пред Апелативния съд. Законът за защита на данните от 2018 г. съдържа изрична императивна разпоредба, че с оглед на важното значение на правото на свобода на изразяване и информация в едно демократично общество, правото трябва да бъде тълкувано разширително.

Прави впечатление, че независимостта на медиите и журналистите в Ирландия е гарантирана, като в националния закон за предвидени максимално възможните изключения от прилагането на общия режима за защита на личните данни по повод обработването на данни за журналистически цели. Акцентът се поставя върху гарантирането на свободата на изразяване и информация и е предвидена възможност за предварителен и последващ съдебен контрол върху действията на надзорния орган за защита на личните данни.

⁵⁰ Section 43 (Data processing and freedom of expression and information), Data Protection Act 2018.

⁵¹ Член 5(1)(f) от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁵² Глава III от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁵³ Глава IV от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁵⁴ Глава V от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁵⁵ Глава VI от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁵⁶ Глава VII от Регламент (ЕС) 2016/679.

3.4. Люксембург

В Люксембург на 1 август 2018 г. е приет Закон за организацията на надзорния орган за защитата на данните и прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679. В нотификацията на Люксембург, като относим към прилагането на чл. 85 от Регламент (ЕС) 2016/679 се посочва член 62 от закон. Съгласно приетата законова разпоредба когато обработването е единствено за журналистически цели, по отношение на него няма да се прилага забраната за обработване на специални категории данни и обработването на данни за присъди и нарушения, ако обработването се отнася до данни, които са направени явно публични от лицето, за което се отнасят или за данни, които са пряко свързани с обществения живот на съответното лице или със събитието, в което лицето участва доброволно.

Също така, когато обработването на данни се прави единствено за журналистически цели, няма да се прилагат разпоредбите, свързани с трансфер на лични данни към трети страни и международни организации⁵⁷. Отпада задължението за предоставяне на информация по член 13 от Регламент (ЕС) 2016/679, когато неговото прилагане би компрометирало събирането на данни от субекта на данните, както и задължението за предоставяне на информация по член 14 от Регламент (ЕС) 2016/679, когато прилагането му би застрашило или събирането на данни или планираното публикуване или предоставянето на обществеността по какъвто и да е начин или би предоставило индикации за идентифициране на източниците на информация. Правото на достъп на субекта на данните е ограничено и не може да се отнася до информация, свързана с произхода на данните и която би позволила да се идентифицира техния източник. При условията на тази резерва достъпът трябва да се осъществява чрез Националната комисия за защита на данните (CNPД)⁵⁸ в присъствието на председателя на Съвета за печата.

3.5. Кипър

В Кипър във връзка с прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679 е приет на Закон 125(1)/2018.⁵⁹ В него се предвижда, че обработването на лични данни, включително и на специални категории лични данни и лични данни, свързани с наказателни присъди или нарушения, което се прави за журналистически цели е позволено, ако тези цели са пропорционални на общата преследвана цел и защитата на правата, така както са защитени в Хартата на основните права на ЕС и Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, която Кипър е ратифицирала. Предвидено е разпоредбите на чл. 14 и чл. 15 от Регламента, свързани с

⁵⁷ Глава V от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁵⁸ Commission nationale pour la protection des données (CNPД), чийто официален сайт в интернет е: <https://cnpd.public.lu/fr.html>

⁵⁹ Law 125(1)/2018.

предоставянето на информация, когато тя се придобива от лице различно от субекта на данните и правото на достъп, ще се прилагат единствено до степен, че да не увредят правото на свобода на изразяване и информация или журналистическата тайна.

3.6. България

В България във връзка с прилагането на Регламент (ЕС) 2016/679 е предложен Проект за изменение и допълнение на действащия Закон за защита на личните данни (ЗИД на ЗЗЛД), който е представен за обществено обсъждане в периода от 30 април 2018 г. до 30 май 2018 г. По отношение на предложените разпоредби, свързани с въвеждането на изключения в случаите, когато обработването е за журналистически цели, становища представят Асоциацията на европейските журналисти – България, Асоциацията на българските радио- и телевизионни оператори – АБРО, както и други организации, чиято дейност е свързана със свободата на словото.

Основните проблеми, които се идентифицират в рамките на проекта за изменение и допълнение на ЗЗЛД, са свързани с въвеждането на прекалено висок минимум на имуществената санкция, което може да окаже негативен ефект върху медиите, необходимостта от въвеждане на разпоредба, която да гарантира журналистическата тайна, свързана с източника на информацията, както и общото (неясното) дефиниране на изключенията от общия режим за защита на личните данни. Във внесения в Народното събрание законопроект отпада минималния размер на предвидената имуществена санкция и е въведено ограничени във връзка с запазването на журналистическата тайна. Не е направена промяна обаче в предложените в § 26 от ЗИД на ЗЗЛД критерии относно обработването на лични данни за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване. Според представените мотиви в Указа на президента, с който приетият на 24 януари 2018 г. ЗИД на ЗЗЛД се връща за ново разглеждане, предложените критерии не създават справедлив баланс между правото на защита на личните данни и свободата на изразяване и информация, и представляват непропорционална и ненужна свръхрегулация.

В член 25з, алинея 1 от приетия на 24 януари 2019 г. ЗИД на ЗЗЛД се предвижда, че „обработването за журналистически цели е законосъобразно, когато се извършва за осъществяването на свободата на изразяване и правото на информация, при зачитане на неприкосновеността на личния живот“. Разпоредбата е доста обща, но предполага, че при обработването на данни за журналистически цели е необходимо да има баланс между свободата на изразяване и правото на лична неприкосновеност. Не е включена разпоредба, която да подчертава важното значение на правото на свобода на изразяване и информация, както и необходимостта то да бъде тълкувано разширително.

В член 25з, алинея 2⁶⁰ са изброени критериите, които трябва да бъдат взети предвид, с оглед законосъобразността на обработването за журналистически цели. Прави впечатление, че за разлика от правната регламентация в другите разгледани по-нагоре държави, където акцентът се поставя върху значимостта на свобода на изразяване и правото на информация в едно демократично общество с оглед защитата на обществения интерес, в българската правна рамка акцентът се поставя върху защитата на личната неприкосновеност на лицето, чиито данни се обработват. Например изисква се администраторът на лични данни да съобрази влиянието, което разкриването на личните данни би имало върху неприкосновеността на личния живот на субекта на данните и неговото добро име (т. 2), както и съответствието на неговото изявление с основните права на гражданите (т. 9).

Обработването на данни за журналистически цели има за цел информиране на обществото по въпроси от обществен интерес. В предложениите критерии не се съдържат насоки какво представлява информация от обществен интерес и в кои случаи тя има приоритет пред защитата на личната неприкосновеност на лицата. Значението на разкриване на личните данни за изясняване на въпрос от обществен интерес като критерии за законосъобразността на обработването е споменато единствено в точка 5 на член 24з. Спорно е дали при първоначалното обработване на лични данни за журналистически цели, администраторът на данните може да съобрази „целта, съдържанието, формата и последиците от изявлението“, посочени като критерии в точка 8 на член 24з. Общо и неясно е също така задължението за администратора при обработването на данни за журналистически цели да съобрази „характера и естеството на изявлението“ (точка 4 на член 24з). Предвидените критерии на практика променят насочеността и акцента в журналистическата дейност, а именно да информират обществото по въпроси, които представляват обществен интерес. Липсват насоки за начина, по който ще се съвместят и допълнят съществуващата в областта на медиите регулация и саморегулация с прилагането на режима за защита на личните данни.

В член 24з, алинея 3 от приетия на 24 януари 2019 г. ЗИД на ЗЛД са предвидени също така конкретните разпоредби, които не се прилагат при обработването на лични данни за журналистически цели. При обработването за журналистически цели не се прилагат:

- изискванията за законосъобразност на обработването⁶¹,
- изискванията за даване на съгласие от дете във връзка с услугите на информационното общество⁶²,
- забраната за обработване на специални категории личните данни

⁶⁰ В рамките на § 26 от ЗИД на ЗЛД, приет на 24.1.2019 г.

⁶¹ Член 6 от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶² Член 8 от Регламент (ЕС) 2016/679.

и забраната за обработване на данни, свързани с присъди и нарушения⁶³,

- изискването за водене на регистри за дейностите по обработването⁶⁴,
- задължението на администратора за съобщаване на субекта на данните за нарушение на сигурността на личните данни⁶⁵,
- правилата за предаване на лични данни на трети държави или международни организации⁶⁶,
- администраторът на личните данни може да откаже пълно или частично упражняването на правата на субектите на данните по чл. 12-21⁶⁷.

Надзорният орган запазва контролните си правомощия в случаите на обработване на лични данни за журналистически цели, като единственото ограничение е свързано със забраната за разкриване на тайната на източника на информация. Не е предвидена специална процедура с повече гаранции, които да гарантират свободата на медиите при обработването на данни за журналистически цели от намеса на публичната власт.

4. Заключение

Защита на личните данни първоначално възниква в рамките на правото за защита на личната неприкосновеност на лицата, а едва през 2007 г. се включва в Хартата на основните права на ЕС като самостоятелно право⁶⁸. То се възприема не само като конкуриращо се право по отношение на свободата на изразяване и информация, но също така и като необходима предпоставка, за нейното осъществяване. Чрез защитата на личните данни се гарантира независимостта на лицата в обществото, което от своя страна е условие за ефективното реализиране на правото на свобода на изразяване и информация. В този контекст намирането на справедлив баланс при регулирането на двете права е от особена значимост.

Общият Регламент на ЕС за защита на личните данни (Регламент (ЕС) 2016/679) поставя висок стандарт за защита на лицата с оглед автоматизираното обработване на техните данни, като предвижда разпоредби, които да отговорят на предизвикателствата на съвременното технологично развитие и да гарантират контрола на лицата върху обработваната за тях лична информация. В случаите, когато режимът за защита на личните данни, може да бъде пречка за осъществяването на журналистическата дейност, Регламент (ЕС) 2016/679 изисква въвеждането на национално за-

⁶³ Член 9 и 10 от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶⁴ Член 30 от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶⁵ Член 34 от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶⁶ Глава 5 от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶⁷ Членове 12-21 от Регламент (ЕС) 2016/679.

⁶⁸ Въпросите, отнасящи се до правата на данъкоплатците следва да се интерпретират в светлината на новите тенденции, свързани с прозрачност и защита на данните. Вж. Големинова, С. Challenges Facing Member States and Candidate Countries of the European Union in the Field of Taxation and Financial Law. С. Сиела, 2018, с. 42-43.

конодателство, което да предвиди необходими изключения. Разгледаните по-нагоре примери на национални правни рамки в тази област, независимо от различията си показват някои общи тенденции. Първо, акцентът се поставя върху значимостта на журналистическата дейност и медиите в едно демократично общество с оглед информиране на обществото и необходимостта от разширителното ѝ тълкуване в контекста на предвидените ограничения от режима за защита на личните данни. На второ място, дерогациите се предоставят по отношение на обработването на данни единствено за журналистически цели, като всяко друго обработване на данни от медиите попада в обхвата на общите правила на Регламент (ЕС) 2016/679. Дерогациите са обосновани с оглед на способите на защита на личната неприкосновеност, които произтичат от съществуващата медийна регулация и саморегулация, включително защитата, осигурена на честта и доброто име на лицата чрез гражданското и наказателното право. Трето, контролните правомощия на надзорните органи по отношение на обработването за журналистически цели, са силно ограничени. В случаите, когато осъществяването на контролните правомощия на надзорния орган може да доведе до неправомерна намеса на държавен орган в правото на свобода на изразяване и информация на лицата, е предвидена възможност за предварителен и последяващ съдебен контрол.

За съжаление приетият на 24 януари 2019 г. ЗИД на ЗЗЛД не отговаря на общите тенденции в другите национални законодателства на държавите-членки на ЕС. Акцентът на законодателството се поставя върху правото на лична неприкосновеност, като се измества централното значение на публичния интерес от свободата на изразяване и информация. Въвеждат се критерии за законосъобразност на обработването на данни за журналистически цели, които се неясни и трудно приложими, насочени в по-голяма степен към защитата на личната неприкосновеност на лицата, отколкото към защита на правото на обществото да бъде информирано по въпроси, които са обществено значими. Липсва съпоставяне и баланс между разпоредбите на ЗИД на ЗЗЛД и другите правни средства за защита на личната неприкосновеност на лицата. Правомощията на надзорния орган за контрол по отношение на обработването за журналистически цели, не са ограничени и няма предвидена допълнителна защита, като например предварителен контрол от независим съдебен орган. С оглед на гореизложеното може да се направи извода, че приетият в този си вид ЗИД на ЗЗЛД едва ли ще допринесе са развитието на демократичното общество в България, което е необходима предпоставка за конкурентно социално развитие. В контекста на различните добри практики в държавите-членки на ЕС и спецификите на национална ни регулация, е необходимо преосмисляне на правната регулация в тази област.

ТРУДОВИТЕ ПРАВА - МЕЖДУ ЕСТЕСТВЕНО-ПРАВНИТЕ И ЮРИДИКО-ПОЗИТИВИСТИЧНИТЕ ВЪЗГЛЕДИ ЗА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА

Ивайло Стайков¹,
Нов български университет

Резюме: Разглежда се мястото на трудовите и другите социални права в исторически възникналата и развила се система на правата на човека върху идейните концепции на естествено-правната школа и юридическия позитивизъм. Обосновава се общоцивилизационното значение и универсалността на трудовите и социалните права на човека.

Ключови думи: трудово право, права на човека, естествено-правна школа, юридически позитивизъм

LABOUR RIGHTS - BETWEEN NATURAL-LEGAL AND LEGAL-POSITIVIST VIEWS ABOUT HUMAN RIGHTS

Ivaylo Staykov,
New Bulgarian University

Abstract: Under consideration in the paper is the place of labour and other social human rights in the human rights' system that evolved historically upon the concepts of natural-law school and legal positivism. The author justifies the common civilised significance and the universal nature of labour and social human rights.

Keywords: Labour Law, Human Rights, Natural-Law School, Legal Positivism

¹ Доц. д-р Ивайло Стайков, имейл: istaikov@nbu.bg

Въведение

В теорията на правото е общоприето становището за трите поколения права на човека².

1. Първото поколение права на човека се свързва с признаването на традиционните либерални ценности за свобода и равенство, чието формиране става в хода на буржоазните революции. Това са личните (гражданските) и политическите права като основни естествени и неотчуждаеми права на човека. Тези права не зависят от държавата, като съвременната правова държава е длъжна да ги признае и гарантира, като ги уреди изрично в законодателството.

Второто поколение права на човека се формира в процеса на борбата на народите за повишаване на тяхното икономическо и социално положение, повишаване на културния и образователния статус, за което е

² За общотеоретичните виждания относно правата на човека вж. Неновски, Н. *Права на човека. Общотеоретични въпроси*. С.: ИК „Юриспрес“, 1994; от него: *Права на човека – историческа еволюция*. – *Правна мисъл*, 1994, № 2, 20–37; Друмева, Ем. *Още за основните права на гражданите*. – *Правна мисъл*, 1994, № 4, 3–12; Стайков, Ив. *Представите за човешкото достойнство и правата на личността във философската и правната мисъл на XIX век*. – *Правна мисъл*, 1996, № 2, 180–183; Сталев, Ж. *Поява, уредба и защита на основните права и свободи на човека*. – В: *Актуални проблеми на международното право*. Сборник от научни трудове посветен на проф. Владимир Кутиков. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2000, 34–46; *Основни права на човека*. Сборник. Авт. колектив. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2002; Радев, Д. *Правни основи на демокрацията*. С.: Сиела, 2009, 45–52 (гл. II, т. 2 – *Права на човека и тяхното преекспониране*); Стоилов, Я. *Основните права като принципи на правото*. – В: *Право и права*. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2016, 40–54; Чернева, Б. *Онтология на правата на човека*. *Релацията права на човека – основни права на гражданина*. – В: *Право и права*. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2016, 77–88. *Вж. и Права човека на кануне XXI века*. Под ред. Б. Гросс и др. М., 1994; *Общая теория прав человека*. Под ред. Е. А. Лукашевой. М., 1996; *Права человека как фактор стратегии устойчивого развития*. Под ред. Е. А. Лукашевой. М., 2000; *Рассказов, Л. П., И. Е. Упоров. Естественные права человека*. СПб., 2001; *Глухарева, Л. И. Права человека*. *Гуманитарный курс*. М., 2002; *Саидов А. Х. Общепризнанные права человека*. М., 2004.

необходима целенасочената дейност на държавата за позитивно-правно обезпечение и практическа реализация на тези права. Това са социалните, икономическите и културните права на човека или т. нар. „позитивни права на човека“. Исторически погледнато самата идея за социалните права е пряко свързана с идеята за социалната държава³.

Третото поколение права на човека започва да се формира след Втората световна война и се свързва с правото на развитие, правото на самоопределение, малцинствени права, право на здравословна околна среда, правото на народите на мир, правото на достъп до общото културно наследство, права на международния информационен ред (дигитални права). По повод на тяхното признаване и юридическо уреждане се приемат множество универсални и регионални международноправни актове, като се създават и съответните правни механизми за тяхното обезпечаване и реализация. Така се създава и международното хуманитарно право.

В последното десетилетие в доктрината се обсъжда съдържанието на четвърто и пето поколение права на човека, свързани с идеални явления като право на информация и комуникация, право на знание и др. по повод все по интензивното развитие на информационното общество⁴.

2. Погледнато от гледна точка на историческото развитие на идеята за правата на човека може да се отчете следната корелация между първото и второто поколение права.

Докато гражданските и политическите права (първото поколение права) се характеризират как способ за предпазване и защита на индивида от произвола на държавата, то социално-икономическите права (второто

³ Относно трудовите и социалните права на човека, както и за същността на социалната държава вж. Танчев, Евг. Проблеми на социалната държава в модерния конституционализъм. – Правна мисъл, 1994, № 2, 3-13; Маркова, Пл. Съответствие на българското законодателство с международните норми, уреждащи трудовите и икономическите права. – Правата на човека, 1997, № 1, 41-50; Йосифов, Н. Конституционното право на труд и неговото реализиране. – В: Конституционализъмът и съвременното развитие на България. 10 години от приемането на Конституцията на Република България от 12 юли 1991 г. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър“, 2002, 100-115; Друмева, Ем. Трудовите права са основни права (конституционноправни аспекти). – В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д. ю. н. Васил Мръчков. С.: ИК „Труд и право“, 2014, 57-70; Мръчков, В. Субективно право и субективни трудови права. С.: Сиби, 2017, 157-172; от него: За „социалното“ в българската конституция. – В: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. IX. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2017, 40-56 и цит. лит.; Никитинский, В. И., В. А. Вайпан. Социальная справедливость и трудовое право. – Советское государство и право, 1987, № 10, 60-68; Иваненко, В. А., В. С. Иваненко. Социальные права человека и социальные обязанности государства: международные и конституционные правовые аспекты. СПб., 2003.

⁴ Вж. и Кискинов, В. Субективните права в информационното общество. – В: Право и права. Сборник в памет на проф. д-р Росен Ташев. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2016, 33-54.

поколение права) се разглеждат в качеството им на своеобразно средство за получаване на помощ от държавата за нейните граждани.

Целта на първото поколение права на човека е установяване на равенство във възможностите за всички граждани. Второто поколение има като цел „изравняване на резултатите“ след реализацията на правата от първото поколение. Докато гражданските и политическите права се свързват с необходимостта да се осигурят юридически условия за свободна самореализация на личността, то социално-икономическите права се отъждествяват с възможностите за придобиване от индивида на социални блага, които блага да са в състояние да му обезпечат съществуване, което съответства на човешкото достойнство в рамките на достигнатото от обществото към даден исторически момент ниво на материално благосъстояние.

Тази корелация между първото и второто поколение права на човека по ясен и категоричен начин е позитивно-правно уредена в преамбюла на Международния пакт за икономическите, социалните и културните права на човека от 1966 г. – „идеалът за свободната човешка личност, освободена от страха и нуждата, може да бъде осъществен, само ако бъдат създадени такива условия, при които всеки може да се ползва от своите икономически, социални и културни права, така както и от своите граждански и политически права“⁵.

I.

1. По отношение на анализа относно смисъла, съдържанието и социално-правното предназначение на трудовите права, трябва да се подхожда посредством правно-историческия метод на научно изследване. Съвременните трудови права, които са уредени в международноправните актове, националните конституции и вътрешните законодателства на икономически развитите държави, както и в правото на Европейския съюз, са резултат на дълго историческо установяване и юридическо уреждане, като част от развитието на идеята за правата на човека изобщо.

Решаващ етап в развитието на идеята за правата на човека, и в частност на трудовите права, са буржоазно-демократичните революции през XVII-XVIII век, които прогласяват не само широк набор отделни права на човека, но и формулират принципите за свобода на човека и формалното равенство между хората, които стоят в основата на универсалността на правата на човека.

⁵ Вж. и Бахнев, Юл. Международните пактове за правата на човека. – Международни отношения, 1976, № 4, 30–40; Йотов, Й. Увод в международната защита на правата на човека. С.: Книгоизд. къща „Труд“, 2001; Форсайт, Д. Правата на човека в международните отношения. С.: Изд. „Слънце“, 2002; Петрова, П. Проблеми и перспективи на международноправната защита на социалните права. – В: Сборник с доклади от международна научна конференция на тема „Ролята и значението на международното и наднационалното право в съвременния свят“, организирана по повод 90-годишнината на проф. д-р Иван Владимиров, 27.10.2017 г. С.: Издателски комплекс – УНСС, 2018, 531–550.

За установяването на правата и свободите на човека, в т. ч. на трудовете и социалните права, огромно значение има тяхното идеологическо и доктринално обосноваване – учението за естествените и по рождение права на човека, от една страна, и юридико-позитивистичното учение за правата на човека, от друга.

2. В основата на естествено-правната концепция за правата на човека стоят принципите за свободното поведение на човека в отношенията му с държавата и другите хора; ограничаване на вмешателството на държавата и другите хора в частната сфера на отделния човек; определяне на границите на позволеното на отделния човек и на позволеното на другите в отношенията му с него.

Идеята за естествените и неотчуждаеми права на човека стават мощен фактор за самата Велика френска революция и за създаването на нейния най-значим исторически правен акт – Декларацията за правата на човека и гражданина от 1789 г. Така естествено-правната доктрина се явява революционен похват в общественото съзнание. Индивидът, който преди това е изцяло подчинен на държавата и зависим от нея, придобива автономия, както и правото на ненамеса на държавата в неговата свобода, която му е дадена от закона, получава гаранции за държавна защита при нарушаване на неговите права и свободи. Великата френска революция преминава под лозунга „Свобода, равенство, братство“. Именно противоречието между свободата и равенството става един от главните предмети на изследване за много социални науки, в т. ч. и за правната наука.

Едно от проявленията на икономическата свобода на човека става и свободата на труда. Тя е постулирана още в XVIII век от класиците на икономическата мисъл англичаните А. Смит, Р. Кантильон, Д. Рикардо, и французите А. Тюрго, Ф. Кене. В края на същия век френските социалисти Г. Бабоф и Ш. Фурие за първи път поставят въпроса за правото на човека на труд.

Г. Бабоф (1760-1797) отбелязва: „Обществото е длъжно да обезпечи на своите членове работа и определена работна заплата в съответствие с цените на всички стоки, така че работната заплата да бъде достатъчна за придобиване на продоволствие и за удовлетворяване на потребностите на всяко семейство“. Тази мисъл ясно определя връзката между правото на съществуване с правото на определена работна заплата на наемните работници. Ш. Фурие (1772-1837) изказва идеята, че правото на съществуване на човека в обществото трябва да бъде заменено с тези основни естествени права, които човекът е имал до образуването на обществото⁶.

Социал-реформаторът С. Сисмонди (1773-1842) в 1819 г. в своето класическо произведение „Новите начала на политическата икономия или за богатството и неговото отношение към народонаселението“ посочва, че работната заплата трябва да бъде повече от оскъдните средства за прежи-

⁶ Цит. по Миронов, В. И. Законодателство о труде: теория и практика. М., 2000, с. 16.

вяване и трябва да обезпечава работещия и в детството, и в старостта, и по време на почивка, и при временна загуба на трудоспособност. С. Сисмонди разглежда държавата като гарант за правото на съществуване на човека и предлага цял комплекс мерки за постигане на целта: забрана на детския труд; ограничаване на продължителността на работния ден; заплащане при болест и безработица, пенсии при старост, и др. По този начин той практически обосновава идеята, че правото на труд и правото на съществуване трябва да бъде обезпечено от социалното законодателство. По мнение на учения при провеждане на социалните реформи, държавата не трябва да пречи и да възпрепятства индивидуалната стопанска инициатива.

Проблемите на правото на труд и правото на съществуване в концентриран вид са представени от гледна точка на правото от австрийския юрист и философ А. Менгер (1841-1907) в неговото произведение „Право на пълния продукт на труда“. Естествено-правната теория служи като основание за извеждането от учените на трите взаимосвързани права на работника: на свобода на труда; свобода на произведения продукт; свободен обмен на продуктите на труда. Последното А. Менгер разбира по следния начин: „По силата на правото на труд всеки трудоспособен гражданин, който не може да си намери работа при частния производител, може да иска от държавата или от обществените съюзи (общини и други подобни) обикновена надничарска работа със заплащане на обичайната работна заплата“⁷. В тази част от учението му А. Менгер доразвива тезите на англичанина У. Томсън, който още в 20-те години на XIX век обосновава трите теоретични положения относно труда: на труда трябва да се предостави пълна свобода; целият продукт на труда трябва да се гарантира на производителя; обменът на продуктите на труда трябва да бъде свободен.

Немският юрист Г. Йелинек (1851-1911) последователно защитава идеята за самоограничаване на пълномощията на държавата по отношение на създаването от нея законодателство. В същото време той отстоява тезата за активната роля на държавата в социалната сфера, като обосновава разделението на субективните права на частни субективни и на публични субективни права. Последните включват в себе си правото на положителни услуги от страна на държавата, която теоретична теза полага основите за приемане на активната роля на държавата в обезпечаването и защитата на правата на човека, в т. ч. и на социалните права⁸.

Така осъзнаването, че работниците имат право на живот и на минимални здравословни условия на труд, стимулира началото на научното осмисляне на работническия въпрос. В 1795 г. гр. Манчестър (Англия) е орга-

⁷ Цит. по Глебов, А. Обществена работа (социално-политически очерк). СПб., 1906, с. 8.

⁸ Вж. Елинек, Г. Декларация прав човека и гражданина. М., 1905; Борьба старого права с новым. М., 1908; Право современного государства. СПб., 1908; Социально-этическое значение права, неправды и наказания. М., 1910.

низиран комитет за изследване на работническия въпрос, а в началото на следващата година, на едно от заседанията на комитета доктор А. Персивал прави доклад за влиянието на трудовата дейност върху здравето на децата. Показателно е, че преобладаваща част от инициаторите и защитниците на първите фабрични закони в Англия през 1802 и 1819 години, като Р. Пил, Р. Оуен, Р. Остлер и други, разработват своите тези именно върху идеята, че работниците притежават определени неотменими права, свързани преди всичко с тяхното здраве и живот. Английският историк и философ Т. Карлейл (1795–1881) пише във връзка с това: „Паричното възнаграждение, в размер, който е достатъчен, за да може работникът да живее и да се труди и в бъдеще, е необходимо, както за трудещия се с благородническо потекло, така и за този, който няма такова, ако вие смятате, че той трябва да остане жив“⁹. За разлика обаче от последователите на Д. Рикардо, Т. Карлейл счита, че работната заплата трябва да бъде не минималната, на нивото на физическото съществуване, а справедливата. Т. Карлейл провъзгласява трудът като висша социална ценност, а правото на труд определя като важно неотменимо право на човека. Именно в този контекст авторът разглежда исканията на работниците и тяхната борба за по-добри и справедливи условия на труд в своя най-значим труд „Чартизъм“ (1846 г.).

3. Доктрината обаче за естествените и неотчуждаемите права и свободи на човека не е единствената, която теоретично да разглежда взаимоотношенията между човека и държавата. Исторически на нея се противопоставя позитивистичният подход към природата на правата на човека и взаимоотношенията между държавата и човешката личност.

Съгласно този подход относно правата на човека, техният обем и съдържание се определят от държавата, което ги „подарява“ на човека, като така осъществява по отношение на него патерналистически функции. Противопоставянето в правната наука на естествено-правните и юридико-позитивистичните възгледи за правата на човека продължава повече от две столетия.

Неотчуждаемите права и свободи на човека, основните положения на Декларацията за правата на човека и гражданина от 1789 г., идеите за правовата държава, намират поддръжка и защита в трудовете на много учени. На свой ред други правници се противопоставят на идеите за човешката свобода, на наличието на естествени права, като отстояват възгледа за „законността“, разбирана като позитивно право и като антипод на естествените права. В борбата между застъпниците на естествено-правната школа и тези на юридическия позитивизъм се ражда идеята за нормативното закрепване на естествените права в действащото законодателство. Именно създаването на самостоятелна правна уредба на естествените права се разглежда като средството, чрез което социалният идеал да се преведе на конкретна правна плоскост.

⁹ Карлейль, Т. Теперь и прежде. М., 1994, с. 301.

Дореволюционните руски учени П. И. Новгородцев и А. Покровский подчертават юридическото значение на естественото право на човека на съществуване и пряко го свързват с „достойното възнаграждение“ за труд на ниво, не по-ниско от това, което е необходимо за преживяване¹⁰.

Въз основата на доктрината за естествените права на човека големият руски трудовоправник Лев С. Тал (1867–1933) пише, че „на работната сила, като предмет на задължение, са присъщи всички особености на личните блага. Те не могат да бъдат отчуждавани“. Л. С. Тал подчертава, че „съвременното правосъзнание явно е склонно към признаване на работната сила към личната правна сфера на човека и е необходима защитата ѝ от посягателства наравно с другите лична блага“¹¹.

Друг известен трудовоправник от времето на дореволюционна Русия – Павел И. Астров (1866–1919?), в своите изследвания пряко свързва законодателната охрана на хората на наемния труд с тяхното право на живот и здраве, които блага не могат да бъдат предмет на договор. Той изхожда от неразривната връзка между личността и наемния труд на работника, а правната защита на трудовите права на личността в процеса на полагане на наемен труд, определя като първостепенна задача на работническото право¹².

II.

В края на XIX век и в началото на XX век настъпва повсеместна легализация на правото на труд и на правото на социално осигуряване, обособяването на трудовото право, а впоследствие и на осигурителното право като самостоятелни правни отрасли¹³.

¹⁰ Новгородцев, П. И., И. А. Покровский. О праве на существование. Социально-философские этюды. СПб., М., 1911; Новгородцев, П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб., 2000 (по изд. 1909 г.), 272–274 и др. Вж. и Лушников, А. М. Право на существование как социально-правовая категория. – В: Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004, 78–87.

¹¹ Таль, Л. С. Очерки промышленного рабочего права. М., 1918, с. 125. Вж. и Лушников, А. М., М. В. Лушникова. Лев Семенович Таль – отец-основатель российской науки трудового права и ярославской школы ученых-трудоуков. – Вестник трудового права и права социального обеспечения. Вып. 1. Под ред. А. М. Лушниковой и М. В. Лушниковой. Ярославль, 2006, 24–48.

¹² Астров, П. И. Право на труд и право на здоровье. М., 1910; Русская фабричная медицина. Критика законопроекта Комиссии Государственной Думы по рабочему вопросу. М., 1911, 6–9; Юридические предпосылки рабочего права. II. Кодификации. М., 1911, 5–8 и др.

¹³ Радоилски, Л. Трудово право. Историческо развитие. С.: Наука и изкуство, 1957, 8–19; Средкова, Кр. Българското трудово законодателство – 100 години и след това. – В: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. II. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2007, 19–58 и цит. лит.; от нея: Трудово право. Обща част. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2010, 35–78.

1. В този исторически период започва и оценяването от много изследователи на труда като висша добродетел. Още в средата на XIX век французинът А. Моро-Кристоф пише: „Трудът – това е живата материя, от която е съставен животът; той е клетъчната тъкан на всеки социален строй; необходимото условие за жизнеспособността на отделния човек и на цели народи; единственият и правилен източник, от който води началото си и богатството на богатия, и подобряването на положението на бедния, и процъфтяването на цели народи и държави“¹⁴.

В края на XVIII век и в началото на XIX век са легализирани вече философски обосноваваните естествени права на човека, отнасящи се преди всичко до гражданските права. Формално равното право на всички хора се урежда в закона, но това положение не оправдава социалните очаквания. Това довежда до криза на естествено-правното учение и снижаване на неговото влияние в общественото правосъзнание. В същото време правото на съществуване на доктринално ниво започва все по-осезаемо да се свързва с правото на труд и с достойно възнаграждение за положения труд.

Така зараждането и правното нормиране на трудовите права става един от социално-политическите фактори, които в значителна степен обединяват и сближават двете основни теоретични учения за правата на човека – естественото право и правният позитивизъм. Още от самото начало на своето развитие трудовите права се обосновават теоретично и се уреждат в нормативни актове на границата на частните и публичните начала на правното регулиране на трудовите отношения. Този своеобразен синтез между основните постулати на естествено-правното учение и юридическия позитивизъм, от една страна, и на публичното и частното право, от друга страна, създава трудовите права като разновидност на социалните права.

2. Първите специални законодателни актове в сферата на регулирането на трудовите отношения са приети в началото на XIX век (в Англия през 1802 г.), но по-цялостното им публичноправно регулиране започва своето същинско развитие в последната третина на XIX век и в началото на XX век (Франция, Италия, Германия и др.). Това е исторически период, в който в правната уредба на трудовите отношения има съчетаване на частноправни и публичноправни начала в регулирането на труда, с отчетливо преимущество на първите. В едно или друго съотношение този синтез на публично и частно право в областта на правната уредба на трудовите от-

¹⁴ Тези принципни положения не загубват своето значение и актуалност през целия XX век, както и в началото на настоящия XXI век вж. Рийч, Р. Трудът на нациите. С., 1991; Джиарини, О., П. Лидке. Бъдещето на труда. Доклад на Римския клуб. С., 2001, 7, 13-35. – „Трудът определя облика на човека поради неразривната връзка между труда, човешкия потенциал и достойнство“. Blanpain, R. Work in the XXIst Century. – In: Law in Motion, World Law Conference, Kluwer Law International Law, 1997, 883-885; Hepple, B. Rights at work. – In: Decent Work: Objectives and Strategies. Geneva: ILO, 2006, 33-45; Fuchs, M., Fr. Marhold. Europäisches Arbeitsrecht. Wien-New York: Springer Verlag, 2001, 1-3, 8-10.

ношения съпътства цялостното историческо развитие на трудовото право в световен мащаб, и продължава и до днес.

Трудовото законодателство, т. е. легализацията на трудовите права, в повечето страни, се приема в следната последователност: регулиране на охраната на труда на децата и жените, преди всичко с въвеждане на минимална възраст за постъпване на работа; създаване на някои минимални изисквания в съдържанието на трудовия договор (максимална продължителност на работния ден, в началото за някои, а впоследствие за всички категории работници); в отделни случаи се въвежда минимален размер на работната заплата и периодичност на нейното изплащане; санитарно-хигиенни изисквания към условията на труд. Законодателното регулиране на трудовите права се свежда основно до защитата на наемния работник от прекомерната експлоатация, затова се легализират тези трудови права, които обезпечават преди всичко физическото съществуване на работника в епохата на първоначалното натрупване на капитала.

„Бащата“ на полицейското право Р. фон Мол е един от първите, които употребяват термина „работническо право“, като съвкупност от норми, които регулират обществените отношения, свързани с наемния труд¹⁵.

През 30-те години на XIX век се създават първите държавни органи за контрол за спазването на трудовото законодателство. Това са фабричните (трудовете) инспекции, чиито функции постепенно се разширяват – от контрол върху условията на труд на малолетните работници до общ контрол върху прилагането на трудовото законодателство.

Първата фабрична инспекция е създадена в Англия през 1834 г. Нейният ръководител доктор А. Редгрейв, както и други фабрични инспектори (Р. Кук-Тейлор, Л. Хорнер и др.) могат с основание да се определят като едни от първите изследователи на правното регулиране на трудовите отношения. В същото време започва и създаване на първите органи за разрешаване на трудови спорове с участието на държавата (помирителни камари, арбитражни съдилища и др.), като в някои държави техните решения имат задължителна сила.

По-нататъшното развитие на трудовите права през втората половина на XIX век е свързано със законодателното признаване на трудовите права на работника, които се реализират в колективна форма: право на сдружаване, право да се водят колективни преговори с работодателя, право на стачка. Правната уредба на правото на синдикално сдружаване и на правото на стачка извървява дълъг и труден път – от тяхното изрично забраняване в закона и наказателно преследване до тяхното официално признаване в законодателството.

По такъв начин, в течение на десетилетия, доктриналното обосноваване на намесата на държавата в регулирането на трудовите отношения, т. е. пряката държавна намеса в либералния пазар на труда чрез създаване

¹⁵ Вж. подробно Лушникова, М. В., А. М., Лушников. Очерки теории трудового права. СПб., 2006, 16-82.

на правни норми (легализацията на трудовите права), обслужва и е практическо приложение на юридико-позитивистичният подход към определяне на природата на правата на човека.

III.

В началото на XX век, въз основа на вече създаденото трудово законодателство, в теоретичните изследвания отчетливо се обосновава тезата за дуализма на трудовото право – частно трудово право и публично трудово право. Частното трудово право има две нива – първото е индивидуално-договорното регулиране, чиято реализация се осъществява чрез трудовия договор, а второто, колективно-договорното регулиране, което се реализира чрез колективния трудов договор.

Известният дореволюционен руски трудовоправник Лев С. Тал отнася към частноправните основи на трудовото право, освен горепосочените нива, и т. нар. работодателска власт. Този автор определя частното трудово право като трудово право в тесния смисъл на това понятие или още социално право¹⁶.

Публичното трудово право, което в правната литература от началото на XX век се нарича още работническо, фабрично или промишлено право, включва в себе си нормите относно държавните ограничения, забрани и предписания, които оказват влияние преди всичко върху договорната свобода на страните на трудовия договор, и преди всичко на работодателя. Тук се отнасят такива класически институти на трудовото право като държавния надзор и контрол за спазване на трудовото законодателство и разрешаването на трудовите спорове по установен от законодателството ред. Промишленото право, по думите на Л. С. Тал, „представлява неразделна смес от норми на публичното и частното право“¹⁷.

Така, в съответствие с юридико-позитивистичния подход към природата на правата на човека, обемът и съдържанието на трудовите права, се определят от държавата, която осъществява по отношение на работника патерналистични функции. Един от бащите-създатели на трудовото право в Западна Европа, немският трудовоправник проф. Хуго Зинцхаймер (1875–1945), в своето фундаментално изследване „Grundzüge des Arbeitsrechts“ (Основни положения на трудовото право), обосновава необходимостта да се обособи трудовото право като самостоятелен правен отрасъл, като за основна причина за това, той посочва не толкова особения предмет на правно регулиране – зависимият труд на наемния работник, колкото особеното социално предназначение на този правен отрасъл. Трудовото право се основава на принципа за защита на човешкия труд като възплъщение на човешката личност. Трудовото право в по-голяма степен отчита

¹⁶ Таль, Л. С. Очерки промышленного рабочего права. М., 1918, 1–3.

¹⁷ Таль, Л. С. Очерки промышленного права. М., 1916, с. 2.

потребностите на човека от свободен и достоен труд, в сравнение с правото на собственост и свободата на търговията¹⁸.

Обобщение

В продължение на целия XIX век поетапно започва легализацията на трудовите права. Така започва и теоретичното обосноваване, законодателното установяване и като краен резултат – началото на обособяването на трудовото право като самостоятелен правен отрасъл. Още от момента на своето възникване, трудовите права са основани на единството на частноправните и на публичноправните начала при правното регулиране на трудовите отношения. И към днешна дата частноправните и публичноправните елементи в правната уредба на трудовите отношения съществуват в единство и взаимодействие¹⁹. Това положение се отчита не само когато публичната власт пряко взема участие в едно правоотношение, но и тогава когато публичната власт заявява своя интерес и се намесва чрез създаденото от нея законодателство в правните отношения между частноправни субекти (в случая работодател и работник или служител като страни на трудовото правоотношение). Частно-публичната дихотомия в правото е тясно свързана с основните въпроси във философско-правното учение за държавата и нейното устройство и със философията на правото, и особено със философско-правните идеи за естественото право и правния позитивизъм.

Доктриналното обосноваване на правото на труд в исторически аспект се свързва с разрешаването на „основния въпрос“ на философията на държавата и на философията на правото – кои права на човека са първични – естествените или позитивните? Правото на труд, както и производните на него други трудови права са исторически резултат от диалектичното единство на естествените права на човека и на позитивните задължения на държавата за обезпечаването и гарантирането на тези права. Това означава, че трудовите права се основават на принципите за свобода на човека и равенство на всички хора, и поради това са неотчуждаеми и неотменими права на човека. В тази си своя правна характеристика трудовите права се причисляват към естествените права на човека („отбранителни“ или „негативни“ основни права). От друга страна, техният обем и съдържание се определят от волята на държавата, която чрез създаването от нея трудово законодателство ги урежда по позитивен начин („съпричастни“ или „позитивни“ основни права, или още „права на постигнатото“, както и „права-изисквания“). Именно така трябва да се разглеждат в единство естествено-правните и юридико-позитивистичните възгледи за трудовите и социалните права на човека в съвременната демократична и правова държава.

¹⁸ Цит. по The Making of Labour Law in Europe. Ed by V. Heppit. London, 1986, 8-9.

¹⁹ Вж. интересното изследване Петров, В. Публичноправни проблеми на трудовото право. С.: Сиела, 2015.

По отношение на съотношението между естествено и позитивно право в съвременната демократична, правова и социална държава, а такава по Конституция (преамбюла и чл. 4, ал. 1) е Република България, те не трябва да се противопоставят едно на друго, а следва да се съотнасят едно към друго като съдържание и форма. Както правилно отбелязва И. Ю. Козлихин, „нито един съвременен позитивист не отрича моралните страни в съдържанието на правата, но всичките те безусловно разделят либералните ценности. Следователно конфликт съществува не между различните типове праворазбиране, а между типовете светогледи“²⁰.

В нашето съвремие е общоприето базисното положение, че правата на човека са висша ценност и в качеството им на такава те се явяват определящият критерий за „човешкото измерение“ при оценката на противоречивите процеси, които протичат днес както в България, така и по целия свят.

²⁰ Козлихин, И. Ю. Позитивизм и естествено право. – Государство и право, 2000, № 3, с. 11.

БЪЛГАРСКИТЕ ЖЕНИ И ПРАВОТО ИМ НА ОБРАЗОВАНИЕ

Петя Неделева¹,
Нов български университет

Резюме: Въпросът за правото на образование на българските жените в исторически план противопоставя различни гледни точки. Това е обусловено до голяма степен от обичайното право, християнския морал, народните възгледи и традиции. В центъра на традиционното българско семейство, а и на обществото като цяло е мъжът, а жената има задължението да е подчинена и зависима, без право на самостоятелни изяви, като е поставена често наравно или дори по-ниско от децата. Традиционното отношение към жените в обществото води до естествен отказ те да получат достъп до образование. Българските просветни дейци и общественици влагат своите усилия за уеднаквяване срока и програмата на средното образование в мъжките и девическите училища, възможността за достъп на жените до висше образование, практикуване на различните професии и възможност за професионална реализация на образованите жени. При съпоставка на правото на жените за достъп до образование в световен, европейски и балкански мащаб, може да се направи изводът, че законодателните промени и реформи в образованието по отношение на жените в България са адекватни и навременни и българският законодател не изостава при въвеждане на модерните тенденции в областта на образованието.

Ключови думи: права на жените, образование, правна уредба на образованието, Конституция

¹ Петя Неделева е доктор по „История на държавата и правото“, доцент в Нов български университет и ПУ „Паисий Хилендарски“ с интереси в областта на история на държавата и правото, правна етика, правен режим на вероизповеданията, обичайно право, медиация. Имейл: pnedeleva@nbu.bg

BULGARIAN WOMEN AND THEIR RIGHT TO EDUCATION

Petya Nedeleva,
New Bulgarian University

Abstract: The issue of the right to education of Bulgarian women historically affects different points of view. This is largely instigated by customary law, Christian morality, popular beliefs and traditions. At the centre of the traditional Bulgarian family and society as a whole is the man, and the woman has the duty to be subordinate and dependent, without the right to stand alone, being often placed on the same level or even lower than the children. Traditional attitude towards women in society leads to a natural refusal to gain access to education. Bulgarian enlighteners and public figures make efforts to harmonize the term and program of secondary education in males and girls' schools, women's access to higher education, the practice of different professions and the opportunity for professional realization of educated women. Comparing the right of women to access education on a global, European and Balkan scale, it can be concluded that the legislative changes and reforms in education towards women in Bulgaria are adequate and timely and the Bulgarian legislator is not lagging behind in introducing the modern trends in the field of education.

Keywords: Rights of Women, Education, Legal Regulation of Education, Constitution

Въпросът за правото на образование на българските жени в исторически план предизвиква сериозни дискусии и противопоставя различни гледни точки. Това е обусловено до голяма степен от обичайното право, християнския морал, народните възгледи и традиции, като върху тях несъмнено се отразяват и ориенталските разбирания. В центъра на традиционното българско семейство, а и на обществото като цяло е мъжът, жената е възприемана като подчинена и зависима, без право на самостоятелни изяви и финансова самостоятелност, като е поставена често наравно или дори по-ниско от децата. Според традицията жената има своята роля като дъщеря, съпруга и майка и свое място в дома, конкретно в домакинството и отглеждането на деца, а най-подходящата брачна възраст е между 13 и 18 години². В исторически обусловения модел тя е непълноценна, без интелектуални възможности, греховна и трябва непрекъснато да бъде контролирана и дори наказвана, за да не нарушава правилата. Жената в средновековното българско общество е подчинена първо на своите родители и братя, по-късно на съпруга и неговото семейство. Тя няма наследствени права, освен по отношение на своята зестра, а нейното мнение в задругата е ирелевантно. Ограничените ѝ права рефлектират и върху участието ѝ в социалния живот. Стремещт към образование, необходимостта от по-добра подготовка на жената за съпруга и майка, както и за по-активно участие в обществения живот, разчупват консервативната традиция и създават условия за разширяване достъпът на момичета до образованието³.

Първи сведения за достъп до образование на български жени датират от края на 18 и началото на XIX век. Дотогава има данни за единични случаи на допускане на момичета в местата, където се обучават момчета – в манастирски училища в Шумен, в Котленското училище и пр.⁴. Първо-

² Пундева-Войникова, Ал. Българката през епохата на Възраждането-образователни и възпитателни проблеми. С., 1940, с. 9-10.

³ Заслуга за развитието на девическото образование имат не само видни деятелки на женското движение като Парашкева Нейкова, Анастасия Димитрова, Неделя Петкова, но и подкрепата на видни просветни деятели като Сава Доброплодни, теоретичната и финансова помощ на Петър Берон, Константин Фотинов и др.

⁴ Златоустова, Ек. Девическото образование в България преди Освобождението. –

то девическо училище е открито през 1840 г. в Плевен⁵. Други девически училища са открити в Панагюрище, София, Враца⁶, Сливен, Карлово, Пазарджик, Търново и др.⁷, като те се доближават повече до килийните училища, липсват преподаватели, учебни планове, литература. Тази стъпка в образованието на жените увеличава грамотността сред женското население и предизвиква обществен дебат за необходимостта от образование за жените. Този въпрос се обсъжда продължително, като много от участниците в дискусиите са водени от традиционното виждане за мястото на жената в обществото, но има и общественици, които защитават идеята за новите социални функции на жената.

Заедно с откриването на начални девически училища, през 1856 г. в Шумен е открито училище, което дава възможност на жените да получат основно образование – класно девическо училище. Открито с активната подкрепа на Сава Доброплодни, училището в Шумен започва с 12 ученички, но техният брой бързо се увеличава, а в него преподават възрожденски дейци като Тодор Икономов, Добри Войников, Анастасия Паскалева, Царевна Миладинова и др.⁸

Примерът е последван в Габрово⁹, Стара Загора¹⁰, Копривщица¹¹, Русе¹², Пловдив¹³, Казанлък. Класните девически училища дават широка общообразователна подготовка на българските жени, осигуряват обучение за учителки и са стъпка към придобиването на средно и висше образование.

Училищен преглед, 1930, с. 1405-1406.

⁵ Съществуват данни, според които първото държавно девическо училище във Франция „Сен Сир“ е открито през 1686 г. за обучение на жени от аристокрацията – Andersen, B. S. Q Zinsser, J. P. A History of Their Own. Women in Europe from Prehistory to the Present. London. 1988, p. 345.

⁶ По данни на Константин Фотинов, през 1844 г. Цвета Кръстенякова открива начално девическо училище, в което се обучават 130 ученички.

⁷ Назърска, Ж. Университетското образование и българските жени 1879-1944. С., 2003, с. 34.

⁸ Атанасов, Ж., Стоянов, Г., Пиронкова, М., Стефанов, Ст. История на педагогиката и българското образование. С., 2009, с. 151 и сл.

⁹ През 1862 г. е открито девическо класно училище в Габрово по проект, изработен от Тодор Бурмов през 1848 г. като естествено разширение на мъжкото класно училище.

¹⁰ През 1863 г. учителката Анастасия Тошева полага основите на класното девическо образование в Стара Загора. До края на 1870 г. полага успешни усилия за привличане и обучение на девойки в училището, подобряване на програмите и прилаганите обучителни методи. – Атанасов, Ж. и др. История на педагогиката..., с. 153.

¹¹ През 1864 г. в Копривщица е открито класно девическо училище, което продължава и разширява традицията в обучението на младежи.

¹² В Русе класно девическо училище е открито през 1865 г.

¹³ В Пловдив през 1866 г. е открито класно училище за обучение на девойки.

Тяхното създаване е пряка последица от развитие на мъжките училища и разширяване достъпа на момчета до взаимното образование. Броят на училищата, в които могат да бъдат обучавани девойки е малък с ограничение броя на учениците. Този брой се допълва с близо 120 български девойки завършили до Освобождение гимназии в Румъния, Сърбия, Русия и др., които се реализират главно като учителки. Осъзната е необходимостта от обучение на девойките, тъй като след Освобождението грамотността сред българските жени е ниска – в градовете тя е 2 %, а в селата – 0.1 %¹⁴.

До края на османския период в българските земи жените могат да получат основно образование в класни училища. Някои избират да получат образование в чужбина, а придобитите знания използват за практикуване на учителска професия. Въпреки това в България навлизат идеите на феминистките движения, които са своеобразен стимул за българските жени за по-високо образование и по-активно участие в обществения живот. Прокрадат се идеи за повишаване на тяхното образование чрез обучение в университети¹⁵.

Временното руско управление дава нов тласък в повишаване образованието на жените в българските земи. Според чл. 9 от Привременен устав за народните училища от 1878 г.¹⁶ учението в първоначалното училище става задължително за лица от двата пола. За да постъпят в училище съгласно чл. 4 от Привременния устав, момчетата трябва да са навършили 7 г., а момчетата 6 г. В общините, които нямат финансови възможности да открият отделни училища за момчета и момичета, те се обучават съвместно (до 12 г. възраст за момчетата и 11 г. възраст за момичетата). В продължение на започнатата политика по отношение на образованието, на 30.3.1880 г. влиза в сила Закон за обществените и частните училища¹⁷. Уеднаквени са учебните планове и началната възраст за двата пола, образованието се управлява централизирано и е задължително, без да се прави разграничение на полов принцип. Въпреки предвидените промени, провеждането на образователния процес показва, че продължава разделното обучение на младежи и девойки, както и разминаването в учебните програми като девическите гимназии все още не могат да се изравнят с мъжките¹⁸. Направените нормативни промени са недостатъчни и не се реализират на практика. Това положение се запазва до началото на XX век, като девическото образование продължава да догонва на практика обра-

¹⁴ Даскалова, Кр. Грамотност..., с. 62.

¹⁵ Идеята за обучение на български жени в университети се споменава от М. Дринов, Т. Икономов и др. Вж. Назърска, Ж. Университетското образование... с. 41; Пундева-Войникова, Ал., с. 103; Генчев, Н, с. 93.

¹⁶ Привременен устав за народните училища в Княжество България. Пл., 1878, с. 6.

¹⁷ ДВ, бр. 13/9.2.1885.

¹⁸ Назърска, Ж. Университетското образование..., с. 43; Златоустова, Ек. Девическото образование..., с. 152.

зованието в мъжките гимназии. Рапорти на училищни инспектори дават информация за действителното състояние на образованието, за нарушаване принципа на задължителност на началното образование и малкият процент деца, завършили последно отделение на началното училище¹⁹.

Търновската конституция не поставя дискриминационни ограничения по отношение правата на жените, включително и в областта на образованието, но те не са допуснати до участие в изборния процес и в социалния и политически живот въз основа на ограничения в изборното законодателство. Един от текстовете, посветен на образованието в ТК е чл. 78, съгласно който първоначалното учение е безплатно и задължително за всички поданици на българското Княжество. Един от принципите, заложен в ТК по отношение на образованието, е свързан с равнопоставеността и задължителността на образованието. Началното образование или както е записано „грамотността“, е условие за реализиране на пасивно изборно право (чл. 86 ТК), заедно с определена възраст (30 г.), наличие на граждански и политически права. И докато в ТК съществува изричното условие „грамотност“, за да може лице да се кандидатира за народен представител, в конституцията от 1947 г. споменатото ограничение отпада (чл. 3). В чисто практичен план с тази промяна в изискванията за кандидати за народни представители, се премахва една гаранция за адекватност на кандидатите, предвид високата отговорност на поста и възможност в Народното събрание да попаднат неподходящи лица²⁰.

Принципът на равнопоставеност на половете постепенно се въвеждат в образователното законодателство, по-трудно – в практиката. Следосвобожденският период е съпътстван с поредица от законодателни предложения и промени в областта на средното девическо образование, които предизвикват сериозни дискусии сред обществото за функциите на жената, като все още надделява мнението, че нейното обучение трябва да е съобразено с ролята ѝ на съпруга, майка и домакиня²¹. Законът за средното девическо образование от 1897 г.²² изравнява продължителността и програмите за обучение на двата пола. Законите промени не са достатъчни за преодоляване на обществената нагласа по отношение на женското образование. Все още пътят към свободен достъп до висше образование на жените е труден. Интересен е фактът, че в първия правилник на държавното висше училище – „Правилник на висшия педагогически курс в София“ от 1887 г., няма посочени ограничения за прием на жени, а условията за постъпване на студенти са определена възраст и придобита диплома за средно образование с положена матура²³.

¹⁹ Попов, К. Грамотност на населението в Княжество България. – Училищен преглед, 1905, кн. 1.

²⁰ Еничарова, Ем. Училищното законодателство. С., 2004, с. 75-77.

²¹ Училищен преглед, 1896, №2, с. 293.

²² ДВ, бр. 49/4 март 1897.

²³ ДВ, бр. 63/11 юни 1887.

Българските жени, които искат да получат висше образование, се насочват към обучение в чужди университети, тъй като във Висшето училище в София до 1901 г. са допускани единствено като слушатели²⁴ и поради малкият брой предлагани специалности. Законът за Висшето училище²⁵ поставя като условие за прием лицата да са завършили пълна реална или класическа гимназия. Девическите гимназии дълго време не съответстват по програма и продължителност на обучение на мъжките гимназии и това е основание жените да не бъдат допускани като редовни студенти, като през 1895 г. с решение на Академичния съвет на Висшето училище са допуснати първите жени за слушатели. След промени в образователното законодателство и унифициране на учебните програми за двата пола, от 1901 г. започва прием на жени във Висшето училище, като първите записани са в Историко-филологическия и Физико-математическия факултети. Приемът не е свободен, а са въведени квоти на полов признак, като изборът на специалности е ограничен, а обучението е приоритетно в областта на педагогиката.

Затрудненият прием във Висшето училище, липсата на специалности, които да осигурят успешна професионална реализация, отпусканите държавни стипендии за обучение в чужбина и възможностите за финансиране на обучението от заможни родители, получаването на добра чуждоезикова подготовка, мотивират българските жени да насочат образователните си търсения към чужди университети. Предпочитани са университетите в Германия, Швейцария, Франция, Русия, по-късно в Югославия, Чехословакия, Италия, Унгария и специалности като медицина, агрономство, фармация, музика, модерни езици, архитектура, право и др.²⁶

Желаещите да получат висше образование в България жени се сблъскват с политиката по отношение на квотния прием във Висшето училище в София – толерира се приемът на мъже за сметка на жени с по-висок ус-

²⁴ Първите колежи, в които жените могат да получат висше образование, са американските – 1833 г. в Бостън, 1853 г. в Охайо. В Европа Цюрихският университет е първият, който допуска жени – както чужденки, така и местни. През 1869 г. в Англия жените получават достъп до колежи и възможност за висше образование. В Холандия това става през 1873, в Белгия – през 1876 г. Франция изостава в този процес и първите жени, които се обучават във френски университети са допуснати след 1889 г. До 1918 г. германските жени не се допускат за обучение във висшите държавни училища, а прецедентите са свързани с изрично разрешение на ректорите на частни университети. На Балканите една от първите страни, дала право на жените да се обучават е Сърбия, включително и в университетите (1905 г.). В Гърция, въпреки че имат право да учат в Атинския университет, жените нямат достатъчно високо средно образование, като едва през 1926 г. са приети първите студентки в Солунския университет. – Назърска, Ж. Университетското образование..., с. 21–33. С оглед на тези данни, законодателните промени и реформи в образованието по отношение на жените в България са адекватни и навременни и България не изостава в модерните нововъведения в областта на образованието.

²⁵ ДВ. бр. 2/5 януари 1889.

²⁶ Назърска, Ж. Цит съч., с. 276; ЦДА, ф. 177к, оп. 1, а. е. 2134, л. 8–9.

пех. Тази тенденция се запазва до 40-те години на XX век като приемът на жени, обучавани в областта на правото, е ограничен до 3 %. Висок прием на жени има в Историко-философския факултет и Факултета по математика и информатика²⁷.

Свободният университет за политически и стопански науки, като частен университет, има по-либерална политика спрямо приемът на жени. Въпреки това наличните данни показват, че средно приетите през годините жени са около 7 %, като приемът варира през различните учебни години. С оглед възможната успешна реализация в професионален аспект, жените се ориентират приоритетно към търговско-стопанския отдел на Свободния университет. Поради различни причини едва около 10 % от приетите в университета жени се дипломират²⁸, което показва, че не само политиката на училището, но и други фактори влияят върху броя на жените, желаещи да се обучават.

Изборът на специалности в университетите безспорно е свързан с възможностите за професионална реализация на жените с висше образование – въпрос, който отново показва липсата на единомислие сред обществото по повод ролята на жената, практикуваните от нея професии и морално ли е да бъде независима. Обществената нагласа не е единственият фактор, затрудняващ професионалната реализация на българските жени. Съществуват нормативни пречки за реализирането им като магистрати, банкери, инженери, адвокати и пр., а в някои професии, които се смята, че жените могат „морално“ да практикуват, като учителската, се приемат ограничения, като забраната омъжени жени да продължат да работят като учителки и тяхното освобождаване от работа след сключване на брак, забрана учителки да преподават в мъжко главно училище²⁹ и др.

След придобиване на висше образование българските жени се реализират приоритетно в областта на педагогиката и изкуствата, някои в медицината и фармацията, хуманитарните науки и правото³⁰. По разбираеми причини особен интерес представляват жените, търсещи своята реализация в правната сфера. Първият випуск, в който са допуснати за обучение жени в областта на правото в България, е приет след промените в Закона за университета от 1904 г.³¹ След дипломирането им естествено се поставя въпросът за професионалната реализация на жените с юридическо образование. Съпротивата, който се среща е сериозна. Българските жени с юридическо образование не само не са допуснати да практикуват юридически професии, но не им е позволено да стажуват. В сравнение с тях, българските жени с висше педагогическо образование, намират много

²⁷ История на Софийския университет. С., 1988, с. 147; Женски глас, бр. 8-9/1940.

²⁸ Десетата годишнина на Свободния университет 1920-1930. С., 1930, с. 16-18.

²⁹ ДВ, бр. 13/9.2.1885: Закона за обществените и частните училища от 1885 г.

³⁰ Българският женски ..., с. 150 и сл.

³¹ ДВ, бр. 19/26 януари 1904.

по-бърза и сравнително успешна професионална реализация, което показва, че в обществените представи учителската професия се възприема като „подходяща“ за жените, тъй като се доближава до „основната“ им житейска роля като съпруги и майки. Подобни изводи могат да се направят и за българските жени в медицината, като данните показват, че в началото на XX век в България работят по специалността си около двадесет жени, завършили медицинско образование в чужди университети – в Лион, Нанси, Монпелие³². Девоичките, ползвали държавни стипендии за обучение в чужбина, биват назначавани на държавна служба по специалността, но не бележат професионално израстване, доходите им са ниски, а качествата им са оспорвани. Фармацевтките и стоматоложките, получили образование приоритетно в чужбина, практикуват сравнително успешно своите професии (с изключение на армията) както в държавната, така и в частната сфера.

Различно е отношението към възможността българските жени да бъдат допуснати до адвокатурата и магистратурата. Юридическите професии често се асоциират с власт и възможност за нейното реализиране. По време на дебатите в Народното събрание по повод предлагани промени в Закона за устройство на съдилищата, се обсъжда правото на жени да упражняват юридически професии. Изказват се различни, често противоречиви мнения, аргументирани чрез тълкувания на други закони. Така например се изказва мнение, че жените нямат политически права и това е мотив те да не бъдат допуснати в магистратурата и адвокатската професия³³.

Изтъкнатите аргументи на защитници на правата на жените, че те вече практикуват други свободни професии като лекарска, фармацевтична и др., не са взети предвид. Липсват изрични текстове в Търновската конституция и Закона за устройство на съдилищата, които да забраняват практикуването на юридически професии от жени. Още повече, че става въпрос за професионална реализация на жени, завършили юридическо образование и успешно положили държавни изпити³⁴. Липсата на реализация на завършилите Юридическия факултет жени, рефлектира върху броя на кандидат-студентки, желаещите да се обучават във факултета. За периода 1892 г. – 1912 г. в Държавния университет се дипломират три студентки по право³⁵, като в други извори се споменава още по-малък брой³⁶. Неуспешната професионална реализация на получилите правно образование жени, се отразява не само на малкия брой желаещи за обучение студент-

³² Женски глас, бр. 15-16/1 юни 1900: Положението на жените докторки у нас.

³³ Стенографски дневници на XIV ОНС, II РС, 1. 12. 1909, 1229-1232.

³⁴ Добчев, П. Българската адвокатура 1878-2000. С., 2003, с. 119; Йерусалимов, Б. Общ обзор на злободневните правни теми и въпроси: Жената в адвокатурата. Сп. Право, V, 1920, №36, с. 497 и сл.

³⁵ Георгов, И. Поглед върху развитието на университета. – Алманах на Софийския университет. С., 1929, с. 28.

³⁶ Манафова, Р. Интелигенция с европейски измерения. С., 1994, с. 27.

ки, но и на желанието на някои от тях да получат второ висше образование в други области, което да им осигури професионална реализация³⁷.

Въпреки трудностите, броят на завършилите студентки по право се увеличава, като с това нараства и необходимостта от професионалната им реализация. През учебната 1927/28 година студентките по право са 64 (общият брой записали ЮФ са 922), през учебната 1933/34 г. студентките по право са 320 от общо 2539 студенти в ЮФ, а през учебната 1935/36 г. в ЮФ са записани 400 студенти, от които 80 са жени³⁸. За сравнение в периода 1918 – 1946 г. в Медицинския факултет на Държавното училище се дипломират 516 жени, над 200 са легализираните дипломи от обучение в медицински специалности в чужбина. Българските жени, избрали медицината, специализират в областта на гинекологията, педиатрията и онкологията³⁹.

Първата стъпка за промяна по отношение на професионалната реализация на жените с юридическо образование в България е направена с приемане на Наредба-закон за избиране на народни представители за Обикновено народно събрание⁴⁰. С приетата наредба се дава активно избирателно право на жените, но не на всички, а само на навършилите 21-годишна възраст, ако са омъжени, разведени или вдовици. С пасивно избирателно право продължават да се ползват само мъжете.

Тази победа е крачка напред за практикуване на юридически професии от жени. Окончателното решаване на въпроса с професионалната реализация на студентките по право, е постигнато с Наредба-закон за изравняване правата на лицата от двата пола⁴¹. Наредбата дава равни права на представителите на двата пола и възможност на жените да практикуват различни професии, дотогава смятани само за мъжки.

Традиционно консервативното отношение към жените в българското общество води до определени ограничения и неравнопоставеност в достъпа им до образование. Под натиска на новите тенденции, обществените условия, нарастващите изисквания за по-активно участие на жената в културния живот, се разширява достъпът на жените до образование. Така се променя консервативната традиция, а жената получава достъп до образование не само с оглед нуждите на църквата – подготовка на монахини или църковни служители, а и за да се разчупят предразсъдъците и да се наложат новите социални функции на жената⁴². Тези тенденции изразяват специфичното отношение на обществото както в България, така и на Бал-

³⁷ Назърска, Ж. Университетското образование..., с. 94.

³⁸ Андреев, Н. Адвокатски права на жените у нас. Сп. Правна мисъл, I, 1935, №6, с. 452.

³⁹ Назърска, Ж. Университетското образование..., с. 195.

⁴⁰ ДВ, бр. 234/22 октомври 1937 г.

⁴¹ ДВ, бр. 227/16 октомври 1944 г.

⁴² Атанасов, Ж. и др. История на педагогиката..., с. 152. Даскалова, Кр. Грамотност, книжнина, читатели, четене в България на прехода към модерното време. С. 1999, с. 55.

каните, спрямо жените. Въпреки че българското законодателство не съдържа изрични дискриминационни разпоредби по отношение на жените, достъпът им до образование не винаги е възможен. Първите български жени, получили висше образование в чужди университети, се реализират основно в сферата на педагогиката и изкуствата, в Държавното училище (сега СУ) са допуснати първоначално като слушателки, а от 1901 г. като редовни студентки. Професионалната реализация на завършилите висше образование жени също е сериозно предизвикателство.

През призмата на образователните права, българската жена се сблъсква с редица предизвикателства, ограничения и неравнопоставеност, като това отношение не се различава от традиционното отношение към жената в световен мащаб, като усилията за справяне с него са отразени в редица международни актове. Според чл. 1 на Конвенцията за борба срещу дискриминация в областта на образованието на ЮНЕСКО (1960 г.) „дискриминация“ обхваща всяко различие, изключение, ограничение или предпочитане по признак на раса, цвят на кожата, пол, език, религия, политически или други убеждения, национален или социален произход, икономическо положение или рождение, което има за цел или резултат да унищожи или да наруши равенството в третирането в областта на образованието“⁴³.

Българските просветни дейци и общественици влагат своите усилия за уеднаквяване срока и програмата на средното образование в мъжките и девическите училища, възможността за достъп на жените до висше образование, практикуване на различните професии и възможност за професионална реализация на образованите жени. Често тези образователни промени се сблъскват с традиционната консервативност и религиозните предрасъдъци за греховността и непълноценността на жената, но дори и с известно забавяне, те биват реализирани и водят до разширяване на образователните възможности на жените, откриване на специални девически училища. Заслуга за развитието на девическото образование имат не само деятелки на женското движение като Парашкева Нейкова, Анастасия Димитрова, Неделя Петкова, но и подкрепата на видни просветни деятели като Сава Доброплодни, теоретичната и финансова помощ на Петър Берон, Константин Фотинов и др. При съпоставка на правото на жените за достъп до образование в световен, европейски и балкански мащаб, може да се направи изводът, че законодателните промени и реформи в образованието по отношение на жените в България са адекватни и навременни и българският законодател не изостава при въвеждане на модерните тенденции в областта на образованието.

⁴³ http://www.unesco-bg.org/file_store/konventsija_borba_srestu_diskriminatsiya.pdf (посетена на 30.3.2019 г.).

ПРЕДЕЛИ НА ОГРАНИЧАВАНЕТО НА ЧОВЕШКИТЕ ПРАВА СПОРЕД ЕВРОПЕЙСКАТА КОНВЕНЦИЯ ЗА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА

Снежана Ботушарова¹,
Нов български университет

Резюме: Правата на човека и основните свободи винаги са били противовес на държавното управление спрямо целта на хората да живеят в свобода или поне да са освободени от правителствения деспотизъм и действат като бариера за правителствените действия и държавната намеса.

Европейската конвенция за правата на човека (Конвенцията) бе приета през 1950 г. в рамките на Съвета на Европа, международна организация, създадена след Втората световна война, като първият следвоенен опит за обединение на Европа и се превърна в европейска Харта за правата, прилагана от правителства с „общо наследство от политически традиции, идеали, свобода и върховенство на закона“.

Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) бе създаден като механизъм за прилагане на Конвенцията и като гарант за приложимостта на стандартите, определени от Конвенцията и нейната съдебна практика.

Така Конвенцията и Съдът определят пределите за ограничаване на основните права и свободи на човека и предпазват от неоправдана и неоснователна намеса на националните власти при упражняването им.

При всички обстоятелства ограничителните клаузи на текстовете на Конвенцията и нейните Протоколи или пределите на ограничаване на правата на човека са строго изчерпателни и в съответствие с международните стандарти за защита правата на човека.

Ключови думи: права на човека, Европейска конвенция за правата на човека, предели

¹ Доц. д-р Снежана Ботушарова, имейл: snezhanadb@hotmail.com

LIMITS ON LIMITING OF HUMAN RIGHTS ACCORDING TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Снежана Ботушарова,
New Bulgarian University

Abstract: The human rights and fundamental freedoms have always been the counterbalance of the state governance vis-à-vis the aim of the people to live in freedom or at least free from governmental despotism. Once constitutionally and legally recognized they became political and legislative authority, legally binding and barrier to government acts and state interference.

The European Convention on Human Rights was adopted in 1950 as a response and reaction to the serious human rights violations in Europe during the Second World War. It evolved into being a European bill of rights with the European Court of Human Rights as the enforcement mechanism.

The Convention imposes on the contracting parties both positive and negative obligations, as well gives them the possibility to make a reservation in respect of any particular provision of the Convention.

Further, a state is enabled to derogate unilaterally from a substantive Convention obligation in exceptional circumstances under the monitoring of the ECtHR.

The limits on limiting of the rights under Articles 2, 3 and 4 of the Convention and Articles 8, 9, 10 and 11 being strictly exhaustive will be subject of detailed analysis.

Keywords: Human Rights, European Convention on Human Rights, Limits

*"[The] end of Law is not to abolish or restrain,
but to preserve and enlarge Freedom".*
Locke²

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and its Protocols are considered nowadays the most powerful and effective international instruments for protection of the human rights and fundamental freedoms.

They are "the foundation of justice and peace in the world"³ and are a common European and international heritage. In addition to the catalogue of civil and political rights and freedoms, the Convention introduces a mechanism for their enforcement through the European Court of Human Rights (ECtHR), thus establishing and promoting consolidated human rights standards through the Court's case law. The ECtHR itself calls the Convention "a constitutional instrument" of the European public law.⁴

Human rights and fundamental freedoms have always been the counterbalance of the state governance vis-à-vis the aim of the people to live in freedom or at least free from governmental despotism. Fundamental rights were first and foremost barriers to governmental action, "guaranteeing [...] a prohibition of state interference".⁵

Moreover, human rights and fundamental freedoms have been the core and the gist of the struggle of the human society for freedom, rule of law and democracy.⁶ It is worth mentioning the impressive human rights history and its historical milestones: the Magna Carta (1215), the Petition of Rights (1628), the Habeas Corpus Amendment Act (1679), the Bill of Rights (1689) and the Act of Settlement (1701), the Constitution of the United States of America (1787), the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen (1789), the American Bill of Rights (1791), the Universal Declaration of Human Rights (1948), the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000).

² J. Locke, *Two Treatises of Government*, P. Laslett (Cambridge University Press, 1988) 306.

³ Preamble, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁴ ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections, Application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995, para. 75/2/.

⁵ A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism* (Oxford University Press, 2017) 373.

⁶ See generally T. Bingham, *The Rule of Law*, A. Lane (Penguin Books, 2010); *Principles of European Constitutional Law*, Revised second edition, ed. Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hart Publishing, Verlag CH Beck, 2010).

Human rights and fundamental freedoms, being regulated by the legal Constitutionalism and international mechanisms, they offer a practical chance for the individuals to build their lives in liberty. Once constitutionally and legally recognized they became political and legislative authority, legally binding and barrier to government acts and state interference.⁷

The European Convention on Human Rights (the Convention) was adopted in 1950 within the Council of Europe, an international organization formed after the Second World War as the first post-war attempt to unify Europe. It was needed to elaborate on the obligations of the Council members as a response to current and past events in Europe, particularly as a remedy from communist subversion and as a reaction to the serious human rights violations in Europe during the Second World War.⁸

The Convention evolved into being a European bill of rights, implemented by governments of “a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law” according to the Convention Preamble. The European Court of Human Rights (ECtHR) was formed as an enforcement mechanism and a guarantor of the applicability of the standards set by the Convention and its case law, role with some similarities to that of a constitutional court in a national legal system.

The Convention in its Article 1 requires the contracting parties to “secure” the rights and freedoms included in it, imposing both positive and negative obligations upon the states.

On one hand, the positive obligations are the ones whereby a state must take action to secure human rights mainly associated with economic, social, and cultural rights, which have financial implications, as well rights in respect of civil and political ones, i.e. to respect, protect and fulfil human rights.

On the other hand, negative obligations are those that oblige the state to abstain from interference and therefore respect human rights. These obligations are typical for civil and political rights.

Further, the Convention (Article 57) allows a party on signature or ratification ‘to make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provisions.’⁹

For a reservation to be valid, it has to meet a number of specific requirements. According to Article 57(1) of the Convention, a reservation can be

⁷ *New Developments in Constitutional Law*, Essays in Honor of Andras Sajó (Eleven International Publishing, 2018).

⁸ See generally Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition (Oxford University Press, 2018); Jacobs, White, Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 7th Edition (Oxford University Press, 2017); Peter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fifth Edition (Intersentia, 2018).

⁹ See *supra* n. 7.

made for legislation in force at the time of signature or ratification that is not in conformity with a specific provision of the Convention.

There is a prohibition of general reservations. Reservations of a general nature are not permitted and, according to Article 57(2), any reservation made must contain a brief statement of the law concerned.

Although this is common principle and practice in the international law, the Court has set strict conditions for the validity of such reservations due to the human rights nature of the Convention. Such requests for reservations are frequently refused.

The Convention provides for derogation in time of emergency under Article 15 of the Convention. The text is tailored so that the derogation clause to provide for reconciling the interest in effectively meeting a crisis situation with the rights of the individuals and to put estoppels on any possible unjustified infringements of human rights.¹⁰

Article 15 can be seen as a specific limitation clause, allowing restrictions on Convention rights which would not normally be permissible, for example through the application of the common limitations of Article 8-11 or the guarantees of Article 5 and 6.

There are some substantive requirements for derogation of rights: the existence of a 'war' or 'other public emergency threatening the life of the nation'.¹¹ So far none of the member-states has invoked a status of 'war'. Article 15(2) sets forth a list of rights which cannot be derogated, not even in the exceptional circumstances in Article 15(1). The non-derogable rights are: the right to life, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war (Article 2); the prohibition of torture or degrading treatment or punishment (Article 3); the prohibition of slavery or servitude (Article 4(1) and the requirement that there is no punishment without law (Article 7). Other rights that cannot be derogated can be found in the Protocols to the Convention. For example, Article 4(3) of Protocol No. 7 stipulates that no derogation shall be made from the right not to be tried or punished twice or also Article 3 of Protocol No. 6 (abolition of death penalty).

There are also procedural requirements to be met in order the derogative measure to take place (Article 15(3)).

Therefore, the Convention and the Court guarantee a meaningful degree of human rights protection in emergency situations while leaving the margin to assess to the national authorities.

Since the Convention is subsidiary to the protection of human rights in national law, it is for the Strasbourg organs to find the delicate balance and proportionality between establishing and enhancing the standards of the Convention, and the respect for the choices which individual States make in specific situations. Many of the rights are subject to limitations. Setting the boundaries of those limitations has happened to be one of the most difficult and disputable

¹⁰ See *supra* n. 7.

¹¹ *Lawless v. Ireland* (No. 3), ECtHR 1 July 1961, application no. 332/57.

aspects of the Convention mechanism. There are authors that criticize the Court that it is ruling in favour of States readily; others accuse the Court of judicial activism and of not applying the principle of the margin of appreciation.¹²

Moreover, the rights set forth in the Convention are not absolute. There are exceptions concerning Articles 3, 4 and 9 (the right to freedom of thought, conscience and religion except its manifestation which is subject to some limitations according to paragraph 2 of Art. 9). The text of the Convention expressly provides for the possibility to restrict some rights, those that are non-absolute rights.

The second paragraphs of Articles 8–11 of the Convention and the third paragraph of Article 2 of Protocol No 4 are almost identical. Similar wording related to the limitations is found in the second sentence of Article 6(1) concerning the right to a public trial, and Article 1 of the Seventh Protocol. The latter guarantees the right of an alien residing lawfully on the territory of a member-state not to be expelled. All the words used to qualify the exercise of the Convention rights, such as ‘interference’ (Art. 8(2) of the Convention), ‘limitations’ (Art. 9(2) of the Convention), ‘restrictions’ (Art. 11(2) of the Convention and Art. 2(3) and (4) of the Fourth Protocol), ‘formalities, conditions, restrictions or penalties’ (Art. 10(2) of the Convention), ‘deprivation’ (Art. 1(1) of the First protocol), ‘control’ (Art. 1(2) of the First Protocol), they all represent ‘limitations’.

Related to the limitation clauses under Articles 8–11 of the Convention and Article 2 of the Fourth Protocol the same principles apply when assessing the interference of the State with the Convention provisions. The Court elaborates whether this interference is permissible under its provisions and further assesses whether such interference is to be justified.

There are three standards in the Convention and elaborated through its case law. The methodology established by the Court in its case law is to examine the three standards in sequence.¹³

The first standard requires the interference to be ‘in accordance with law’ or ‘prescribed by law’. The legality test requires the interference by the state to be in conformity with the domestic law. The case law of the Court has clarified and established that the domestic law has to be written law, either statutory or precedent (a judge-made law).¹⁴ In addition, the law has to be of such a quality to be accessible, foreseeable and sufficiently clear, with adequate safeguards against abuses, in compliance with the principle of the rule of law.¹⁵ The principle of legality can also be found in Articles 5(1) and Article 7 of the

¹² See Jacobs, White, Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 7th Edition, 667; M. Arden, *Human Rights and European Law* (Oxford University Press, 2015).

¹³ See Peter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fifth Edition, 309.

¹⁴ *Leyla Sahin v. Turkey*, ECtHR (GC) 10 November 2005, application no 44774/98.

¹⁵ See for example *The Sunday Times v. the United Kingdom (No 1)*, ECtHR (Plenary) 26 April 1979, application no. 6538/74; *Olsson v. Sweden (No. 1)*, ECtHR (Plenary) 24 March 1988, application no. 10465/83; *Rekvenyi v. Hungary*, ECtHR (GC) 20 May 1999, application no.

Convention. The test the Court applies is the foreseeability test in these provisions. Particularly Article 7 embodies the principle that only the law defines a crime and prescribes penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), encompassing the accessibility and foreseeability requirements.

The second standard for interference by a state requires such an interference to pursue legitimate aims that are exhaustively determined in the second paragraphs of Articles 8–11 of the Convention, as well in Article 2 of protocol No. 4.

They contain a catalogue of such legitimate aims such as: the interests of national security, the territorial integrity or public safety, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, the protection of the reputation or rights of others, the prevention of the disclosure of information received in confidence, and for maintaining the authority and impartiality of the judiciary. This list of legitimate aims is exhaustive. Similarly, the Court requires the state to pursue a legitimate aim while interfering with the right to access to court under Article 6(1) and Article 1–3 of Protocol No. 1, as well providing reasonable justification for a difference in treatment in similar situation under Article 14.¹⁶

The practice of the Court differs as far as where its enquiry to be placed – on the legitimate aim or on proportionality analyses at the later stage.

The third standard defines that the interference must be ‘necessary in a democratic society’. The Court places its main focus on the proportionality test when analysing the justification of the restriction of a right under Articles 8–11 and the third paragraph of Article 2 of protocol No. 4, Article 6(1) or Articles 1 and 2 of Protocol No. 1, Article 14 or Article 3 of Protocol No. 1. The analyses are made on the bases of the fair balance between the positive obligations of the state and their negative ones.

The relevance of the principle of proportionality/fair balance is of major importance for determining the justification of the interference. The Court has held that ‘inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights’¹⁷. This is an analytical and decision-making exercise to evaluate the balance between the necessities of the general/public interest and the requirement of the protection of the individual’s human rights.

Therefore, the states are obliged to refrain from interfering with the Convention rights of the individuals, unless such interference is justifiable under the relevant limitation requirements. This is the scope of the negative obligations of a state under the Convention provisions.

25390; *Al-Nashif v. Bulgaria*, ECtHR 20 June 2002, application no. 50963/99; *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, ECtHR (GC) 26 October 2000, application no. 30985.

¹⁶ See for example *Baka v. Hungary*, ECtHR (GC) 23 June 2016, application no. 20261/12; *Beyeler v. Italy*, ECtHR (GC) 5 January 2000, application no. 33202/96; *Leyla Sahin v. Turkey*, *supra* n. 8; *Konstantin Markin v. Russia*, ECtHR (GC) 22 March 2012, application no. 30078/06.

¹⁷ *N. v. the United Kingdom*, ECtHR (GC) 27 May 2008, application no. 26565/05, para. 44.

Particular attention needs the recent practice of the Court to recommend and require from the states to apply 'general measures' as a way to make them to avoid interference in violating rights of individuals. The Court clarified and hold that a general measure is 'a more feasible means of achieving the legitimate aim than a provision allowing a case-by-case examination, when the latter would give rise to a risk of significant uncertainty [...], of litigation, expense and delay [...] as well as of discrimination and arbitrariness.'¹⁸

Further the Court stated that 'in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it', the main question being 'whether, in adopting the general measure and striking the balance it did, the legislature acted within the margin of appreciation afforded to it'.¹⁹

The Court, therefore, in addition to rewarding compensation for the violations found for material and non-material damages, and when possible requiring individual measures for the specific case, encompassed the practice to require general measures from the states to remedy systemic violations and interferences leading to repetitive violations of the fundamental rights of the individuals, thus protecting the limits of the limitations of the human rights, *inter alia* through legislative measures by the respective state.

In addition to the negative obligations, the Convention also imposes positive obligations on the state to secure the rights safeguarded by it. The concept of positive obligations was firstly introduced in the case of *Marckx v. Belgium*²⁰ and since then the Court has found positive obligations related to every Convention right.²¹ The Court ruled out that a positive obligation 'is an obligation as to the measures to be taken and not as to results to be achieved.'

Although the Convention and the case law of the Court limit the interference of the state with the individual's fundamental rights, the Court considers that the member-states are primarily responsible for the protecting the human rights of the Convention. The Strasbourg mechanism intervenes when the violations of human rights have not been remedies within the state applying the principle of subsidiarity. The Court has stated explicitly that 'a margin of appreciation must, inevitably, be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions'.²²

¹⁸ *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, ECtHR (GC) 22 April 2013, application no. 48876, para. 106-107, 108.

¹⁹ *Ibid.*, para. 109-110.

²⁰ *Marckx v. Belgium*, ECtHR (Plenary) 13 June 1979, application no. 6833/74, para. 31

²¹ See A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2004).

²² *Chapman v. the United Kingdom*, ECtHR (GC) 18 January 2001, application no. 27238, para. 91.

Similarly to the limits set by the Convention to the mentioned articles, the respective remaining fundamental rights are also guaranteed from unjustified interference by the state authorities, just to mention: the right to life (Article 2), the absolutely limitless prohibition of torture (Article 3), prohibition of slavery and forced labour (Article 4), and all the rest fundamental rights in the Convention and its Protocols.

In all circumstances, the restrictive clauses of the mentioned Articles of the Conventions, or the limits on limiting the human rights, are strictly exhaustive and in compliance with the standards of enforcement of the Convention.

The centuries old fight to enlist, guarantee and enforce the human rights and fundamental freedoms has set limits for their limitation and interference by the states. Thus, has framed the limits against any unjustified interference with the human rights and freedoms.

ПРАВОТО НА НАСЛЕДЯВАНЕ ПО ЗАВЕЩАНИЕ В ДВЕ ПРОТИВОРЕЧИВИ РЕШЕНИЯ НА ВКС

Цветалина Петкова¹,
Нов български университет

Резюме: Докладът разглежда противоречива практика на Върховния касационен съд (ВКС) при тълкуването на клауза в завещанието, по силата на която завещателят изразява благодарност за положените от наследника грижи и очакване, че те ще продължат и занапред. Изразява се становище, че в този случай завещанието не е нищожно. Прави се извод, че правото на наследяване е основно конституционно право, а съдът трябва да тълкува завещанието по начин, че то да породи правен ефект.

Ключови думи: наследствено право, право на наследяване, наследник, завещание, благодарствен мотив на завещанието, противоречива съдебна практика, ВКС

THE RIGHT OF INHERITANCE BY WILL IN TWO CONTRADICTORY DECISIONS OF THE SUPREME COURT OF CASSATION

Tsvetalina Petkova,
New Bulgarian University

Abstract: This paper is provoked by the contradictory case-law of the Supreme Court of Cassation on the interpretation of a clause in a will by which the testator expresses gratitude for the care provided by the beneficiary so far and expresses expectation that it continues in the future. It is assumed that the aforementioned will should not be pronounced void. It is concluded that the right to inheritance is a fundamental constitutionally proclaimed right and the court must interpret the will in favorem validitatis.

Keywords: Succession Law, Right to Inheritance, Beneficiary, Will, Contradictory Case-law, Bulgarian Supreme Court of Cassation

¹ Доц. д-р Цветалина Петкова, имейл: cpetkova@nbu.bg

*„Правото на собственост и на наследяване
се гарантира и защитава от закона“.*
Чл. 17, ал. 1 от Конституцията на Република България

Правото на наследяване е субективно право, признато от основния ни закон². Според чл. 17, ал. 1 от Конституцията, правото на собственост и на наследяване се гарантира и защитава от закона. Същевременно, Законът за наследството (ЗН) признава на всеки³ правото да се разпорежда с цялото свое имущество за след смъртта си чрез завещание (чл. 13; чл. 14, ал. 1 ЗН).

Балансът между правото на наследяване и правото на разпореждане с личното имущество е намерен в правилото, че завещателните разпореждания във всички случаи не могат да накърняват запазената част от наследството (чл. 14, ал. 2 ЗН). Следователно, законът безусловно гарантира и защитава правото на наследяване до размера на запазената част от наследството, а тя е призната в полза на низходящите на наследодателя, неговите родители и преживял съпруг. Когато наследодателят приживе се е разпоредил с имуществото си с дарения или е направил завещателни разпореждания, които накърняват запазената част, в полза на изброените по-горе наследници възниква правото на искат намалението им до размера, необходим за допълване на тяхната запазена част (чл. 30 ЗН). То е едно преобразуващо наследимо⁴ субективно право, което се упражнява по съдебен ред и възниква в полза на наследник със запазена част, който е приел наследството. Възможно е обаче наследникът по завещание да се съобрази в последната воля на завещателя. В случай, че наследниците с право на запазена част са няколко и не всички предявят иска по чл. 30, ал. 1 ЗН, наследникът по завещание получава частите на неупражнилите правото си да искат възстановяването на запазената част⁵.

Правилата на ЗН относно наследствените дялове на наследниците по закон проявяват действие тогава, когато наследодателят не е оставил завещателно разпореждане. Щом при откриване на наследството се уста-

² Правото, което всеки наследник придобива в момента на откриване на наследството и преди да е изявил воля за приемане или отказ. Вж. Станева, А. Право на наследяване. – Държава и право, 1990, № 12, 23 и сл.

³ Лице, което е навършило 18 години и което не е поставено под пълно запрещение поради слабоумие и е способно да действа разумно.

⁴ Така ППВС 7/1973.

⁵ Решение № 85 от 7.3.2011 г. на ВКС по гр. д. № 1792/2009 г., I г. о., ГК.

нови, че завещателят приживе се е разпоредил със своето имущество за след смъртта си, тогава наследяването се разпределя според неговата последна воля. Завещанието е едностранна безадресна сделка. То е личен, формален, отменим акт на разпореждане с имущество и на имуществено облагодетелстване⁶, който поражда действие *post mortem*. Като основен правен признак на завещанието се сочи неговия безвъзмезден характер. Това е така, защото наследодателят не получава приживе насрещна престация, съответстваща на завещаното⁷. Нарушаването на безвъзмездния характер на завещанието води до неговата нищожност. Завещание, съдържащо завещателни разпореждания, с които се вменява задължение за осигуряване издръжка на завещателя от страна на лицето, в чиято полза е направено, или от трети лица, не поражда правни последици, защото противоречи на безвъзмездния характер на завещанието⁸.

Завещателното разпореждане може да съдържа модалитети – срок, условие и тежест. Възможно е допълнително усложняване на завещанието чрез въвеждане на т. нар. косвен завет: например, когато завещателят възложи на облагодетелстван със завещателно разпореждане да даде определена облага в полза на трето лице. Съдебната практика приема в този случай, че когато със завещателното разпореждане заветникът е задължен да извърши дарение с част от завещаните суми другиму или да изразходва част от тях за извършване на нещо, завещанието е направено под тежест, а заветникът в тези случаи не е изпълнител на завещанието⁹.

Нерядко завещателят изразява и мотив – личните съображения, подтикнали го да извърши завещанието. В повечето случаи се изразява благодарствен мотив, който обаче не противоречи на безвъзмездния характер на завещанието. Когато подобен мотив се основава на полагами грижи за завещателя, от значение е дали той вменява такива задължения и за в бъдеще. Дали такова изявление във всички случаи ще опорочи завещанието и какви са мислимите случаи?

Първо, възможно е завещанието да съдържа изявление, което задължава облагодетелствания да полага грижи за в бъдеще, напр. „завещавам имуществото си на Х, за да ме догледа“. Няма спор, че е налице отклоняване от едностранния характер на сделката завещание. Въвеждат се клаузи на алеаторен договор, който като двустранна сделка не може да бъде облечен във формата на завещание. Завещанието в този случай ще е нищожно. По този въпрос съдебната практика е единна: „завещателно разпореждане, при което волята да се възнагоди е „за да бъда гледан от него до края на живота ми и за грижите, които ще полага за мене в бъдеще“, е недействително“¹⁰.

⁶ Цанкова, Ц. Завещанието в българското наследствено право. С.: Сиби, 1994, с. 32-42.

⁷ Така Цанкова, Ц. Пак там, с. 42.

⁸ Решение № 1194 от 30.7.1984 г. по гр. д. № 483/84 г., I г. о.

⁹ Решение № 67 от 15.1.1980 г. по гр. д. № 1833/79 г., I г. о.

¹⁰ Решение № 438 от 19.5.1999 г. на ВКС по гр. д. № 110/99 г., I г. о.

Второ, възможно е завещанието да съдържа „чист“ благодарствен мотив: „завещavam на имуществото си на Х., защото се грижи за мен, подкрепя ме и откликва на всичките ми нужди“. Такова завещание не страда от порок. В подобни случаи съдът приема, че завещанието не е опорочено, ако е направено поради вече положени спрямо завещателя грижи¹¹.

Трето, възможна е „междинна“ форма – изразяване на благодарност с изявление за грижи и занаяд: „завещavam, за това, че се грижи за мен и за да продължи да се грижи и занаяд“. Как трябва да се тълкува подобно изявление – като мотив на завещанието или като тежест приживе, която опорочава завещанието? Безспорно е, че може да се уговаря тежест, която да се изпълни след смъртта на завещателя. Когато обаче в завещание е поставена тежест за гледане приживе на завещателя, тя е недействителна и затова е без значение дали е била изпълнявана от заветника или не¹². Ако приемем, че е налице мотив, завещанието е действително. Счетем ли обаче, че е тежест, завещанието ще е нищожно.

Как решава съдът поставения въпрос? Практиката на ВКС не е единна.

Едното становище е застъпено в определение № 1064 от 14.11.2011 г. на ВКС по гр. д. № 432/2011 г., I г. о., ГК. Фактите по делото са както следва: Починалата през 1998 г. М. съставя саморъчно завещание. Завещателката вписва в него, че то се прави заради всички грижи, които са вече положени за нея от облагодетелстваната, но и за тези, „които ще полага за мен“. Завещанието е прогласено за нищожно на основание чл. 42, б. „в“ от ЗН с решение на първата инстанция, а въззивната инстанция го потвърждава. ВКС не допуска до касационно обжалване решението със следните мотиви: „Въпросът как следва да се квалифицира уговорката за благодарност в едно завещание и по-конкретно – кога тя е благодарствен мотив и кога с нея се вменява задължение на надарения, е определящ за правилното разрешаване на спора по инцидентния установителен иск“. Съдът обаче прави извод, че въззивното решение не влиза в противоречие с посочените от жалбоподателите решения на ВКС. Цитира решение № 430 от 21.6.2004 г. по гр. д. № 84/04 г. на I ГО, според което завещанието не е опорочено, ако е направено поради вече положени спрямо завещателя грижи, но е нищожно, ако вменява задължение за полагане на грижи за завещателя в бъдеще време. ВКС прави извод: „В настоящия случай в завещанието на М. се съдържа именно такъв текст – че завещанието се прави не само заради всички грижи, които са вече положени за завещателката, но и за тези, „които ще полага за мен“ – т. е. за бъдещи грижи. Като е квалифицирал тази уговорка като вменяване на задължение, а не като благодарствен мотив, въззивният съд е действал в пълно съответствие с посоченото решение на ВКС. В решение № 373 от 17.10.2008 г. по гр. д. № 2272/07 г. на ВКС, I ГО е прието, че когато мотивът за извършване

¹¹ В решение № 430 от 21.6.2004 г. по гр. д. № 84/04 г. на I г. о.

¹² Така решение № 666 от 14.3.1968 г. по гр. д. № 162/68 г., I г. о.

на едно завещание, изразен категорично под формата на „условие“, не е да се надари лицето бенефициер, а да му се вмени едно задължение за издръжка, то завещанието е нищожно. Тук отново се прави разграничение между благодарствен мотив и вменяване на задължение. Няма противоречие между това решение на ВКС и обжалваното решение на въззивния съд, тъй като, макар и с различни формулировки, завещанията и по двете дела съдържат вменяване на задължение и това в двата случая е обусловило извод за тяхната нищожност“.

Другото становище е изразено в решение № 117 от 10. 11. 2015 г. на ВКС по гр. д. № 710/2015 г., II г. о., ГК. Производството е образувано по предявени установителен иск за собственост и иск за нищожност на саморъчно завещание. Имотът е бил собственост на завещателката С., починала през 1988 г. Със саморъчно завещание от 1986 г. тя завещава имота на П. В завещанието е посочено, че то се прави „поради добрите грижи, които полага сега и за в бъдеще до края на живота, за закупуване на облекло и храна, заплащане на текущи разходи, ремонти, данъци по жилището и всичко свързано с дома“. Първоинстанционният съд е уважил предявените искове. По иска по чл. 42, б. „в“ ЗН въззивният съдът е приел, че саморъчното завещание на С. И. е нищожно, тъй като нарушава основното изискване към завещателното разпореждане – да е безвъзмездно. Със завещанието е вменено „на срещно задължение за полагане на грижи за в бъдеще, поради което то не е израз на намерение да се облагодетелства заветника безвъзмездно, а мотивът му е да бъдат получени грижи от заветника до откриване на наследството“.

С определение № 59 от 24. 3. 2015 г. е допуснато касационно обжалване на решението на основание чл. 280, ал. 1, т. 3 ГПК по въпроса: „нищожно ли е на основание чл. 42, б. „в“ ЗН завещание, което е направено както заради вече положени грижи за завещателя, така и с оглед на бъдещи грижи, които ще бъдат полагани за него до края на живота му; може ли в такъв случай, при тълкуване волята на завещателя, да се приеме, че единственият мотив за съставяне на завещанието противоречи на закона, тъй като нарушава принципа за безвъзмездност на завещателното разпореждане“.

ВКС възприема следното становище: „Завещанието е едностранен акт на безвъзмездно разпореждане с имущество за след смъртта. Предвид този едностранен и безвъзмезден характер мотивите на завещанието имат важно значение за разкриване волята на завещателя и за преценка дали разпореждането е в границите на закона. А мотивите могат да са различни – да се отблагодари, да се възнагради, да се въздаде справедливост, да се поощри, да се прояви щедрост, да се осигури нуждаещия се, да се накаже безотговорния – това са съображения, които разкриват моралния интерес на завещателя от съставяне на завещанието, неговите цели и подбуди. Във всеки отделен случай мотивът на завещанието произтича от конкретните условия на живот и отразява моралните и материални потребности на личността на завещателя. Безвъзмездният характер, обаче не означава, че завещанието не може да има възнаградителен характер. Напротив, обичайният мотив за съставяне на завещание е именно благо-

дарствен и той съответства на закона и на добрите нрави. Едно завещание може да е обусловено от няколко свързани или отделни мотива, които заедно предопределят волята на завещателя. Разпоредбата на чл. 42, б. „в“ ЗН предвижда нищожност на завещателното разпореждане когато то или единственият мотив, поради който е направено, са противни на закона, на обществения ред и на добрите нрави. При буквално тълкуване на нормата е видно, че хипотезата изисква завещанието да е съставено поради един (единствен) мотив и този мотив да противоречи на закона, морала или обществения ред. Ако в завещанието са изразени няколко мотива, то е достатъчно един от тях да съответства на закона и морала, за да породи завещанието действие. Пороците в нерешаващите, допълнителни мотиви, не се отразяват на действителността на завещанието. Затова, когато в завещанието, наред с благодарствен мотив за положени добри грижи към завещателя, е изразено и очакване за в бъдеще тези грижи да продължават, това не означава, че завещанието има възмезден характер и че по тази причина противоречи на закона, съответно, че е нищожно на основание чл. 42, б. „в“ ЗН.

Подобен извод е приет в *Решение № 2277 от 11. 11. 2013 г. на ОС - Варна по в. гр. д. № 2528/2013 г.*¹³ Наследодателят е оставил саморъчно завещание, в което е вписан текст: „Правя това завещание от благодарност за грижите, които същата полага и ще продължи да полага единствено само тя за мен“. Съдът прави извод, че текстът следва да се възприема като мотив на завещанието, а не като вменяване на задължение на obligatorния да полага грижи за завещателя. Изследван е начинът на формулиране на изречението, „в което липсва повелителната форма, която би навела съда на извода, че е вменено задължение за полагане в бъдеще на грижи и което би довело до недействителност на завещанието. Волята на завещателя е била мотивирана от благодарността му към въззиваемата, която с поведението си е изградила убеждението, че тя ще се грижи за него и в бъдеще, за което завещателят предварително и благодари“.

Това разбиране, изразено в двете последни съдебни решения, трябва да бъде изцяло подкрепено. Да се приеме, че в завещанието са изразени два мотива, единият от които без съмнение не е противен на закона, на обществения ред и на добрите нрави, почива на точното прилагане на разпоредбата на чл. 42, б. „в“ ЗН. Трябва да се подчертае и особена отговорност, с която е натоварен съда в тези дела – да тълкува волята на лице, което вече не е между живите и което не може да „поправи“ пропуските в завещанието или несъответствията му със закона. Нерядко завещанието – като всички сделки – трябва да се подложи на тълкуване, с цел разкриване на действителна воля на наследодателя. То може да се тълкува от съда въз основа на съдържащите се в него завещателни разпо-

¹³ Допуснато до касационно обжалване с Определение № 280 от 9.5.2014 г. на ВКС по гр. д. № 1073/2014 г., I г. о., ГК.

реждания¹⁴. Това тълкуване не бива да е насочено към търсене на пороци, а трябва да е интерпретирано на клаузите в завещанието по такъв начин, че по възможност то да породи действие – *in favorem validitatis*¹⁵.

Съдът трябва да бъде гарант за субективното право на наследяване като разглежда и решава делата според точния смисъл на законите (чл. 5 ГПК), а при тълкуването на завещанието търси действителната воля на завещателя. Ако завещанието се състои от няколко завещателни разпореждания, както и от факултативни елементи, те трябва да се тълкуват във връзка едни с други и всяко да се схваща в смисъла, който произтича от цялото завещание, с оглед целта на завещанието, обичаите в практиката и добросъвестността (чл. 20 ЗЗД във връзка с чл. 44 ЗЗД). Щом едно лице състави завещание, очевидно неговата воля е да извърши определено разместване на облагодетелстването, предвидено в закона. Възможно е това разместване да се осъществи в полза на наследник по закон, който освен дела си да получи и разполагаемата част на наследодателя. Възможно е също така наследодателят да възнагради с определено имущество лице, попадащо извън кръга на наследниците по закон, мотивиран от грижите, които то полага за него. Най-сетне, може наследодателят да предостави цялото си имущество в полза такова лице. В този случай, ако завещателят е оставил наследници със запазена част, те могат или да се съобразят с последната му воля, или да предявят иска по чл. 30, ал. 1 ЗН. Общото в тези случаи е волята на наследодателя да извърши промяна в определените от закона наследници или техните дялове, а понякога – и в двете.

¹⁴ Така Решение № 301 от 9.5.1995 г. по гр. д. № 23/95 г., I г. о.

¹⁵ За нормативната основа на това тълкуване вж. Александров, В. Бележки по някои въпроси на завещанието в практиката на ВКС. <http://gramada.org/%d0%b2%d1%8a% d0%bf%d1%80%d0%be%d1%81%d0%b8-%d0%bd%d0%b0-%d0%b7%d0%b0%d0%b2% d0%b5%d1%89%d0%b0%d0%bd%d0%b8%d0%b5%d1%82%d0%be/>

ПРИНЦИПЪТ ЗА РАВЕНСТВО В ПРАВАТА И ПРЕКИТЕ ДАНЪЦИ В ЕС

Гинка Симеонова¹,
Нов български университет

Резюме: Докладът разглежда връзката между принципа на равенство и прякото данъчно облагане в рамките на Европейския съюз в контекста на държавния и данъчен суверенитет на отделните членове на Съюза, от една страна, и функциониращия вътрешен пазар, основан на четирите свободи на движение в ЕС – движение на стоки, услуги, капитали и хора. Принципът на равенство гарантира, че данъчното законодателство трябва да се прилага изцяло и безпристрастно, независимо от статута на лицето, без изключение за всички онези, които попадат в едни и същи обстоятелства, като трансграничните правоотношения предизвикват особен интерес. Равенството не означава идентичност, а равенство между лица, които са в подобна ситуация. Този принцип узаконява данъчното облагане на държавата и задължението на гражданите да финансират държавните разходи. Той обаче също ограничава данъчните органи на администрацията, където няма реалност или ефективност на данъчното облагане, основано на пропорционалност или реална икономическа способност и платежоспособност. Макар да е вярно, че няма система или политика, която не може да бъде подобрена, ще бъде трудно да се намерят такива решения, които да съгласуват интересите на държавата и интересите на данъкоплатците, същата система и мерки в повечето случаи ще се тълкуват различно от активни и пасивни данъчни субекти.

Ключови думи: данъчно право, преки данъци, принцип на равенство, ЕС

¹ Гл. ас. д-р Гинка Симеонова, имейл: guinkasimeonova@abv.bg

THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF RIGHTS AND DIRECT TAXES IN THE EU

Ginka Simeonova,
New Bulgarian University

Abstract: The report examines the link between the principle of equality and direct taxation within the European Union in the context of the state and tax sovereignty of the individual members of the Union on the one hand and the functioning internal market based on the four freedoms of movement in the EU - movement of goods, services, capital and people. The principle of equality ensures that tax legislation must be applied in full and impartially, irrespective of the status of the person, without exception for all those who fall under the same circumstances, with cross-border legal relationships being of interest. Equality does not mean identity but equality between persons who are in a similar situation. This principle legitimizes the taxation of the state and the citizen's obligation to finance government expenditures. However, it also limits the tax authorities of the administration, where there is no reality or efficiency of taxation based on proportionality or real economic capacity and ability to pay. While it is true that there is no system or policy that cannot be improved, it will be difficult to find such solutions that reconcile the interests of the state and the interests of taxpayers, the same system and measures will in most cases be interpreted differently from active and passive tax entities

Keywords: Tax Law, Direct Taxes, Principle of Equality, EU

Данъчното облагане е основно направление в усилията на Европейския съюз (ЕС) за изграждане на по-силна, по-конкурентоспособна и по-справедлива икономика с ясно социално измерение при съблюдаване на един от основополагащите принципи на международното право в областта на правата на човека, а именно равенство пред закона и защита от всички форми на дискриминация. Принципът за равенство се разглежда същевременно като принцип и основно право, „като едно необходимо допълнение към съвременното разбиране за свободата – свободата като ползване на права; ако не всички имат права в равна мяра, тогава те просто няма да имат и няма да могат да упражняват своята свобода“². Гарантирането на равенството на всички граждани пред закона може да се разглежда и като предпоставка за наличието на правова и демократична държава³.

От една страна, данъчното облагане следва да осигури стабилни постъпления в подкрепа на публичните инвестиции и благоприятстващите растежа политики, но следва да направи това чрез гарантиране, че всички данъчни субекти се ползват от равнопоставени условия на конкуренция и правна сигурност и срещат минимални препятствия при трансграничната си дейност. То следва да бъде част от една по-широка данъчна система, на която гражданите се доверяват, защото е справедлива и посреща социално-икономическите потребности на обществото като цяло.

В контекста на споделената компетентност на ЕС, всички области, които не са от изрична компетентност на Съюза, могат да бъдат включени в споделената компетентност с държавите чл⁴ да бъде постигнато чрез изрична разпоредба на договорите, независимо от факта, че конкретната област не е упомената в член 4 и член 5 Договор за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС)⁴. Такъв подход се използва по отношение на данъчно облагане. Съгласно член 110 ДФЕС, нито една държава членка не може да налага, пряко или косвено, каквито и да било вътрешни данъци върху стоките на други държави членки, които

² Друмева, Е. Конституционно право. Сиела. 2008. с. 690 и сл.

³ Михайлова, Е., Парламентаризъм и правова държава в България, 2012, изд. НБУ, с. 17.

⁴ <http://www.stanislvkostov.eu/Download/books/1/Kompetentnostta%20na%20ES.pdf>. Достъпен на 8.2.2019 г.

надвишават наложените пряко или косвено върху подобните местни стоки. Освен това никоя държава членка не може да налага върху стоките от други държави членки вътрешни данъци от такъв характер, че да дава косвена закрила на други стоки. Принципът за „свободното движение на лица (хора), стоки, услуги и капитали“ е основополагащ при създаването на първичното и вторичното право на ЕС. Целта на член 110 ДФЕС е именно да се осигури чрез директния ефект на правилото гарантиране изпълнението на основните свободи на движение в рамките на ЕС, които стоят в основата на създаването на вътрешния пазар и да се постигне хармонизация на националните правни системи, насочена към гарантиране на основните свободи, съответно правата на гражданите в рамките на Съюза. Основна цел на държавите членки при създаването на Съюза е да го поддържат и развиват като пространство на свобода, сигурност и правосъдие, в което се осигурява свободното движение на лица, стоки, услуги и капитали. Съгласно ДФЕС Съюзът предоставя на своите граждани пространство на свобода, сигурност и правосъдие без вътрешни граници, в което е гарантирано свободното движение на хора в съчетание с подходящи мерки по отношение на контрола на външните граници, убежището, имиграцията, както и предотвратяването и борбата с престъпността⁵. Основните свободи на движение следва да се отличават от основните права, кодифицирани в Хартата на основните права на ЕС, и от правата на гражданите на ЕС, като последните две следва да се разбират като граница на свободите и освен това основните свободи на движение ще се прилагат само при налични презгранични ситуации. Във връзка с това мерките, които ЕС предприема, за да се хармонизират правните системи на държавите членки (член 114 и сл. ДФЕС) считам, че могат да бъдат възприемани като възможност за правно обосноваване на по-широка защита на правата и свободите на отделния гражданин на Съюза, подчинен на въздействието на конкретните правни норми. В полето на данъчното облагане с косвени данъци, такава хармонизация е постигната напълно по отношение на ДДС⁶ и акци-

⁵ В областта на противодействието на престъпността чрез наказателното право на ЕС вж. Костадинова, Р. Директива (ЕС) 2017/541 на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2017 година относно борбата с тероризма и промените в българското наказателно законодателство“. В: Асиметрични заплахи, хибридни войни и влиянието им върху националната сигурност. Сборник научни трудове. София, 2018, с. 338-347 и Кузманова, Н. „Тенденции в тълкувателната дейност на ОСНК на ВКС след 1991 г.“, „Научни четения в памет на Венелин Ганев и Никола Долапчиев“, сборник доклади, Университетско издателство, С., 2017 г., с. 239-247. и Кузманова, Н. „За принципите на наказателното право в тълкувателно решение №3/2015 г. на ОСНК на ВКС“, „Научни четения на тема „Правни норми и правни принципи“, сборник доклади, Университетско издателство, С., 2017 г., с. 296-314.

⁶ ДДС - Директива 2006/112/ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност. Данък добавена стойност е въведен в Общността през 1967 г. През 1977 г. този данък се хармонизира с Директива 77/388/ЕЕС (Шеста директива), която регламентира основните принципи, правила и дефиниции при облагането с ДДС. Акцизи - Директива 2008/118/ЕО относно общия режим на облагане с акциз. В областта на акцизите *acquis* съдържа хармонизирано законодателство

зи⁷. Съгласно член 113 ДФЕС Съветът, с единодушие, в съответствие със специална законодателна процедура и след консултация с Европейския парламент и с Икономическия и социален комитет, приема разпоредби за хармонизиране на законодателството относно данъците върху оборота, акцизите и другите форми на косвено данъчно облагане, в степента, в която такава хармонизация е необходима за осигуряване създаването и функционирането на вътрешния пазар и за предотвратяване на нарушаването на конкуренцията. Що се отнася до преките данъци обаче, ДФЕС не съдържа разпоредби, които да предоставят компетентност на ЕС в тази

по отношение на енергийните продукти и електрическата енергия, тютюневите изделия и алкохола и алкохолните напитки. Правото на ЕС в областта на акцизите регламентира: 1. Хармонизирана структура на акциза/дефиниции на видовете акцизни стоки, случаи на освобождаване от акциз при потребление на акцизни стоки за освободени от акциз цели;/ 2. Минимален размер на акцизната ставка за всяка една отделна група продукти. Държавите членки могат да прилагат акцизни ставки не по-ниски от посочените минимални; 3. Производството, движението, складирането и контрола на акцизните стоки под режим отложено плащане на акциз и с платен акциз. Основен принцип е принципът на облагане с акциз в държавата членка по местоназначение на акцизните стоки. Промените на Директивата за акцизите и на Директивата за ДДС са резултат от промените на Регламент (ЕС) № 952/2013 за създаване на Митнически кодекс на Съюза.

Повече за режима на ДДС вж. Димитрова, Е. Специални режими на облагане с ДДС и освободени доставки. Просвета, С., 2012., Димитрова, Е. Сравнителноправни аспекти на облагането с ДДС. Просвета, С., 2011. 287 с. И Димитрова, Е. Правен режим на данъка върху добавената стойност. Просвета, С., 2010. 182 с. и Димитрова, Е. „Обърнатото начисляване“ на ДДС като концепция и специфичен механизъм на облагане. Съвременен право, брой 3, 2011.

⁷ ДДС - Директива 2006/112/ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност. Данък добавена стойност е въведен в Общността през 1967 г. През 1977 г. този данък се хармонизира с Директива 77/388/ЕЕС (Шеста директива), която регламентира основните принципи, правила и дефиниции при облагането с ДДС. Акцизи - Директива 2008/118/ЕО относно общия режим на облагане с акциз. В областта на акцизите *acquis* съдържа хармонизирано законодателство по отношение на енергийните продукти и електрическата енергия, тютюневите изделия и алкохола и алкохолните напитки. Правото на ЕС в областта на акцизите регламентира: 1. Хармонизирана структура на акциза/дефиниции на видовете акцизни стоки, случаи на освобождаване от акциз при потребление на акцизни стоки за освободени от акциз цели;/ 2. Минимален размер на акцизната ставка за всяка една отделна група продукти. Държавите членки могат да прилагат акцизни ставки не по-ниски от посочените минимални; 3. Производството, движението, складирането и контрола на акцизните стоки под режим отложено плащане на акциз и с платен акциз. Основен принцип е принципът на облагане с акциз в държавата членка по местоназначение на акцизните стоки. Промените на Директивата за акцизите и на Директивата за ДДС са резултат от промените на Регламент (ЕС) № 952/2013 за създаване на Митнически кодекс на Съюза.

Повече за режима на ДДС вж. Димитрова, Е. Специални режими на облагане с ДДС и освободени доставки. Просвета, С., 2012., Димитрова, Е. Сравнителноправни аспекти на облагането с ДДС. Просвета, С., 2011. 287 с. И Димитрова, Е. Правен режим на данъка върху добавената стойност. Просвета, С., 2010. 182 с. и Димитрова, Е. „Обърнатото начисляване“ на ДДС като концепция и специфичен механизъм на облагане. Съвременен право, брой 3, 2011.

област. Следователно, прякото данъчно облагане остава в изключителната компетентност (данъчен суверенитет) на държавите членки.

Битката между националното и наднационалното по отношение на данъчната политика в ЕС е доста стара. Тя обаче отново влезе в ползрение то на европейските институции по време на кризата в еврозоната⁸. Дори обаче и тежката дългова криза в еврозоната не беше достатъчна, за да се постигне споразумение по най-смелото данъчно предложение на ЕК към този момент за общата консолидирана основа на корпоративния данък⁹. Идеята на предложението е компаниите, които функционират в няколко страни от ЕС, да могат да изчисляват данъчните си задължения по обща методика, която определя както размера им, така и разпределението между отделните страни. Във формулата, предложена от Европейската комисия (ЕК), участват с равна тежест три фактора – продажби, труд (заплати и брой служители) и активи. Тъй като директивата не предвижда хармонизация на

⁸ <http://www.euinside.eu/bg/news/in-eu-a-taxation-revolution-is-boiling-up>. Достъпен на 8.2.2019 г.

⁹ През 1991 г. се създава комитетът от независими експерти „Рудинг“. В доклада си той препоръчва програма за действие за премахване на двойното данъчно облагане, за хармонизиране на ставките на корпоративния данък и за осигуряване на пълна прозрачност на различните данъчни облекчения, предоставяни от държавите членки с цел насърчаване на инвестициите. Комисията внася редица предложения, които впоследствие са оттеглени. През 1996 г. Комисията определя нов подход към данъчното облагане. В областта на корпоративния данък основният резултат е Кодексът за поведение при данъчното облагане на дружествата, приет като резолюция на Съвета през 1998 г. През 2004 г. се създава работна група, като резултатите от нейната дейност са включени в предложението на Комисията (COM(2011)0121). Предложената „обща консолидирана основа за облагане с корпоративен данък“ означава, че дружествата, наред с другото, ще разполагат със система с централизиран достъп, в която ще могат да подават заявления за възстановяване на платен данък. Те ще могат също да консолидират печалбите и загубите си в ЕС. Държавите членки ще запазят напълно правомощията си да определят самостоятелно ставките на корпоративните си данъци. През април 2012 г. Европейският парламент приема законодателна резолюция на Европейския парламент относно това предложение. За да поднови преговорите в Съвета, Комисията представя през юни 2015 г. стратегия за възобновяване на предложението за обща консолидирана основа за облагане с корпоративен данък през 2016 г. Комисията избира двуетапен процес, при който общата основа се отделя от елементите на консолидация, с две взаимосвързани законодателни предложения: относно обща основа за облагане с корпоративен данък и относно обща консолидирана основа за облагане с корпоративен данък (ОКООКД). Това преработено предложение, съобразено с дейностите на ОИСР, би могло да спомогне и за предотвратяване на избягването на данъци, като премахне нормативните разминавания между националните системи и по този начин сложи край на обичайните практики за избягване на данъци. През март 2018 г. Комисията предложи две директиви на Съвета с цел гарантиране на справедливо облагане на дружества, предлагащи цифрови услуги.

ставките, всяка страна прилага върху своя дял от националните си ставки¹⁰. Доколко тази идея е осмислена с оглед справедлив дял на всяка страна членка от дохода от данък, който постъпва в националния ѝ бюджет, предстои да стане ясно. През 2015 г. Комисията публикува план за действие за справедлива и ефикасна система за корпоративно данъчно облагане в ЕС, който предвижда реформа на рамката за данъчно облагане на корпоративните печалби в ЕС (COM(2015)0302), за да се води борба с данъчните злоупотреби, да се гарантират устойчиви данъчни постъпления и да се спомогне за подобряване на стопанската среда на вътрешния пазар. През януари 2016 г. ЕК предложи пакет от мерки за борба с практиките за избягване на данъци, включващ наред с другото предложението за директива на Съвета за определяне на правила срещу практиките за избягване на данъци, които пряко засягат функционирането на вътрешния пазар (приема се през юли 2016 г.). През април 2016 г. Комисията предложи и изменение на Директива 2013/24/ЕС по отношение на оповестяването на информация за корпоративния данък от страна на някои предприятия и клонове. Предложението изисква от мултинационалните предприятия да оповестят публично определени части от информацията, представяна на данъчните органи. През юни 2017 г. последваха нови правила за прозрачност по отношение на посредниците (консултантски дружества, банки, адвокати, данъчни консултанти и др.), които проектират или продават потенциално вредни данъчни схеми, вследствие на искане за законодателно предложение в резолюция на Парламента (TAXE 2). Това предложение беше прието от Съвета през май 2018 г.¹¹.

Европейският и глобалният политически контекст в наши дни никога не са били толкова благоприятни, като новите европейски институции трябва да се борят с борбата с данъчните убежища, хармонизирането на корпоративното данъчно облагане, подобряването на данъчната прозрачност и осигуряването на по-голямо данъчно сътрудничество.

В Съобщение на ЕК за координацията на системите на държавите членки за пряко данъчно облагане в рамките на вътрешния пазар¹² се очертава като основна цел на националните данъчни системи да осигурят адекватно ниво на приходи за финансиране на публичните разходи, като се подчертава, че глобализацията на бизнеса и частните дейности поставя конкурентоспособността на данъчните системи под натиск, а справянето с взаимодействието на множество данъчни системи представлява предизвикател-

¹⁰ <http://www.euinside.eu/bg/news/in-eu-a-taxation-revolution-is-boiling-up>. Достъпен на 8.2.2019 г.

¹¹ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/80/direct-taxation-personal-and-company-taxation>. Достъпен на 8.2.2019 г.

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/?uri=COM:2006:0823:FIN>. Достъпен на 8.2.2019 г.

ство за вътрешния пазар. Данъчните системи също представляват основно проявление на националния суверенитет, политически и икономически избор за това как всяка държава членка управлява публичните си финанси в стремеж да осъществи вътрешнонационалните си приоритети. Въпреки това националните данъчни правила, предназначени единствено или предимно с оглед на вътрешното положение, могат да доведат до непоследователно данъчно третиране, когато се прилагат в трансграничен контекст.

Дадено физическо или юридическо лице, което е в трансгранична ситуация, може да бъде подложено на дискриминация или двойно данъчно облагане или да се сблъска с допълнителни разходи за привеждане в съответствие¹³. Това създава пречка за хората, които желаят да работят или да инвестират в други държави членки. Тя също така представлява пречка за трансграничното установяване, дейност и инвестиции от страна на дружествата, като ги възпира да не се възползват изцяло от вътрешния пазар. Тези проблеми се решават само частично чрез едностранни действия на държавите членки или чрез съществуващите двустранни данъчни споразумения. Фискалните бариери пред трансграничната дейност и инвестиции остават и са били обект на продължителни съдебни спорове през последните няколко години, тъй като данъкоплатците се опитват да оспорят правилата на държавите членки въз основа на свободите по Договора. Ще разгледам два примера по-подробно, въпреки че подобни има по отношение на всички свободи, основополагащи за правото на ЕС, тъй като като цяло за интеграцията в областта на прякото данъчно облагане на физически лица способстват по-скоро решенията на Съда на ЕС, отколкото законодателните предложения. Първият - Finanzamt Köln Altstadt/Schumacker (1995) C-279/93 - е дело на Съюза относно свободното движение на работници в Европейския съюз. Г-н Роланд Шумакар твърди, че трябва да получи допълнителни данъчни облекчения в Германия. Той е белгиец, местно лице на Белгия, но работи в Германия. Той е платил германския данък върху доходите, но са му отказани привилегиите, които местните данъкоплатци са получили, именно поради факта, че е местно лице на друга държава. Германия твърди, че е трудно да се определи доходът, получен от нерезиденти в държавата на пребиваване, за да се оценят приспаданията. Съдът на Европейските общности постановява, че данъчнозадължено лице, което не е местно лице на държавата и е получило почти всички доходи в състояние на заетост в тази държава, е било обективно сравнимо с лице, което е извършило същата работа там, бидейки местно такова. Следователно г-н Schumacker следва да има право на данъчни облекчения. Съдът изтъква, че национални правила от този вид, при които се прави разграничение по отношение на местни лица - полагащи труд и други които не са местни за страната, но също полагат труд

¹³ Димитрова, Е. **Кодификация на данъчното законодателство в духа на приложимите правни принципи**, Общество и право, брой 4, 2017, с. 88-94, Пенев, С. Правото на Европейския съюз и преките данъци на държавите членки. Сиби. 2011, с. 180-220.

в нея и въпреки това са лишени от определени обезщетения, които се предоставят на местните лица, могат да действат главно в ущърб на граждани на други държави членки. При тези обстоятелства данъчните облекчения, предоставени само на жители на държава членка, могат да представляват непряка дискриминация поради гражданство. В т. 38 на решението съдът изследва източника на дохода и стига до извод, че случай на чуждестранно лице, което получава по-голямата част от доходите си и почти всичките си семейни доходи в държава членка, различна от тази на неговото местопребиваване, дискриминацията произтича от факта, че личните и семейните му обстоятелства не са взети предвид в държавата по местопребиваване или в държавата на заетост. Общностният принцип на равно третиране изисква в държавата на заетост да се вземат предвид личните и семейните обстоятелства на чуждестранно лице по същия начин като тези на местните граждани и че трябва да му се предоставят същите данъчни облекчения. Разсъжденията на съдиите стигат дори по-далеч, тъй като не вземат предвид дори обективните административни пречки, с които държавите се сблъскват при определянето на реално придобития доход на лице, което не е местно за данъчни цели на съответната страна. В съдебното заседание белгийската администрация изтъква довод изтъква, че административните затруднения пречат на държавата на заетост да установи дохода, който чуждестранните лица, работещи на нейна територия, получават в държавата по местопребиваване, но съдът решава, че Директива 77/799/ЕИО на Съвета от 19 декември 1977 година относно взаимопомощта между компетентните органи на държавите членки в областта на прякото данъчно облагане предвижда начини за получаване на информация, сравнима с тази, която съществува между националните данъчни органи и следователно няма административна пречка за отчитане в държавата на заетост на личните и семейни обстоятелства на чуждестранно лице. Подобен подход поставя и въпроса за правото на добра администрация в цялостната процедура по администриране на публичните вземания, основно такива с трансгранични измерения. В този смисъл правото на добро управление (администрация) се свежда до технологията на административното обслужване, очертана като принципи и изисквания в член 41 от Хартата на основните права на ЕС.

Вторият пример е свързан с преюдициално запитване¹⁴, отправено от Cour de Cassation (Франция) – **Дело C-451/05 Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (Elisa) срещу Directeur général des impôts и Ministère public**. Основната цел на преюдициалното запитване е да определи дали национално законодателство като френското, което предвижда данък от 3 % върху пазарната стойност на недвижими имоти е съвместимо с общностното право, по специално с разпоредбите на Договора за ЕО относно свободата на установяване и свободното движение

¹⁴<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/BG/TXT/?qid=1549017834447&uri=CELEX:62005CC0451>. Достъпен на 8.2.2019 г.

на капитали, както и да разреши някои други въпроси при тълкуването, които се поставят в този контекст. Националното законодателство дава право на чуждестранните юридически лица да бъдат освободени от 3 % данък, при условие че е налице спогодба за административно сътрудничество или за недопускане на дискриминация в данъчната област с държавата членка, където се намира седалището на ефективното управление на юридическото лице. Обявената в националното законодателство цел е осигуряване на ефикасен контрол и борба с данъчните измами, както и избягването на данъци във връзка с налагания във Франция данък върху имуществото. Понятието „данък върху имуществото“ е познато на Съда, който го описва като пряк данък, създаден в зависимост от възможността на данъкоплатеца да плаща, като данъка върху общия доход, и Съдът посочва, че данъкът върху имуществото често се счита за допълнение към данъка върху общия доход, свързан по-конкретно с капитала¹⁵. До преюдициалното запитване се стига, тъй като на холдингово дружество – *Société Européenne et Luxembourgeoise d’Investissements SA* е отказано освобождаване от данъка върху недвижимите имоти, съгласно разпоредби, приложими във Франция. Дружеството е учредено по люксембургското право съгласно Закона от 31 юли 1929 г. за данъчния режим на дружествата с финансово участие, като притежава непряко недвижими имоти на френска територия и следователно попада под действието на френските разпоредбите, съобразно които се облага пазарната стойност на притежаваните от юридически лица недвижими имоти във Франция. Въпросът, който касационният френски съд поставя и иска да установи е дали разпоредбите на Договора, свързани с правото на установяване (член 43 и сл.)¹⁶ и свободното движение на капитали (член 56 и сл.) допускат в дадена държава членка да има данък върху пазарната стойност на недвижимите имоти, от които са освободени установените за данъчни цели във Франция юридически лица, докато за юридическите лица, които са установени за данъчни цели в друга държава членка, освобождаването е поставено в зависимост от наличието на двустранна спогодба, съдържаща или клауза за административна помощ в борбата с данъчните измами и избягването на данъци, или клауза за недопускане на дискриминация с оглед на нацио-

¹⁵ Вж. Решение от 13 април 2000 г. по дело *Vaars* (C-251/98, Recueil, с. I-2787, точка 4 и сл.) и Решение от 5 юли 2005 г. по дело *D.* (C-376/03, Recueil, с. I-5821, точка 32).

¹⁶ Решение от 14 септември 2006 г. по дело *Centro di Musicologia Stauffer* (C-386/04, Recueil, с. I-8203, точка 15). Според практиката на Съда понятието за установяване по смисъла на Договора е много широко понятие, което включва възможността за гражданин на Общността да участва трайно и продължително в икономическия живот на държава членка, различна от държавата по произхода му, и да извлече полза от това и което допринася по този начин за взаимното икономическо и социално взаимно обвързване в рамките на Общността в областта на дейностите, осъществявани от самостоятелно заети лица.

За прилагане на разпоредбите относно правото на установяване обаче е необходимо

налността, по силата на която чуждестранните юридически лица не могат да понесат по-голяма данъчна тежест от юридическите лица с място на действително управление във Франция. Отговорът е отрицателен – националните данъчноправни норми не могат да съдържат подобни разпоредби, които да третират различно чуждестранните юридически лица в сравнение с местните и ползването на данъчни облекчения при първите да е обвързано единствено от наличие на спогодба между двете държави.

На фона на тези примери следва да бъде отбелязано, че Хартата на основните права на ЕС (член 6, § 1 ДЕС изрично придава на Хартата правната сила на Учредителните договори¹⁷), изрично закрепява принципа на недискриминация във всички нейни форми¹⁸, включително и в областта на прякото данъчно облагане. Необходимостта от изключване на всички форми на фискална дискриминация е основно изискване на правото на ЕС и трансгранични ситуации не бива да бъдат третирани различно от националните правни системи. Съществуват многобройни аспекти на правилата на държавите членки, които са в противоречие с правилата на ЕС, например данъчно облагане на дивидентите (данъци, удържани при източника), данъчно облагане на клоновете и правила за борба с избягването. Съдебната практика се отнася до конкретни данъчни разпоредби на отделните държави членки. Налице е необходимост от насоки относно принципите, произтичащи от съдебната практика и как те се прилагат за основните области на прякото данъчно облагане. Тези насоки ще насърчат по-голяма правна сигурност в полза на данъкоплатците, данъчните органи и националните съдилища, като целта е да се осигури съгласувано трансгранично данъчно третиране, като се отчита фактът, че принципът на недискриминация не е панацея в условията на едностранно предприети мерки от отделните държави членки. Подобен подход би могъл да резултира в противоречия с принципите на вътрешния пазар и да застраши конкурентоспособността на икономиките на отделните държави членки. Изходът би бил в намирането на съгласувани решения, които ще позволят да се постигнат целите на националните данъчни политики при съблюдаване изискванията на правото на Съюза.

по принцип да се осигури постоянно присъствие в приемната държава членка, а в случай на придобиване и притежаване на недвижими имоти – последните да бъдат активно управлявани.

¹⁷ Подробно за правното действие на Хартата вж. в Йочева, К. Хартата на основните права на Европейския съюз в съдебната практика на Съда на ЕС (2009-2014 г.) В: УНСС, Юридически факултет, Годишна научна конференция 2012 Европейското бъдеще на България. Правни аспекти, с. 90-91.

¹⁸ <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.sac.government.bg%2Fhome.nsf%2F0%2FAAE1409DA52FBCB942257DB10046299B%2F%24FILE%2FPrincip%2520na%2520nediskriminacia.doc>. Достъпен на 8.2.2019 г. Принципът на недискриминация в правото на ЕС (доктринални и практически аспекти) проф. Ерик ВАНДЕНОТ, доц. д. ю. н. Атанас СЕМОВ.

Принципът на равенството гарантира, че данъчното законодателство трябва да се прилага изцяло и безпристрастно, независимо от статута на лицето, без изключение за всички онези, попадащи при същите обстоятелства¹⁹. Равенството не означава идентичност, но равнопоставеност между лица, които са в сходно положение²⁰. Този принцип легитимира данъчното облагане от страна на държавата и задължението на гражданина за финансиране на държавните разходи. Въпреки това, той също така ограничава данъчните правомощията на администрацията, в които не присъства действителност или ефективност на данъчно облагане, основавани на пропорционалност или реален икономически капацитет и възможност за плащане. Макар да е вярно, че не съществува система или политика, която не може да бъде подобрена, ще е трудно да се намерят такива решения, които да съгласуват интересите на държавата и интересите на данъкоплатците, т. е. една и съща система и мерки в повечето случаи ще се тълкуват по различен начин от активни и пасивни данъчни субекти.

Ако изхождаме от оценъчните характеристики на справедливостта (равнопоставеността и недискриминацията) като мяра, данъчната справедливост и равнопоставеност може да се използват за внасянето на един морален елемент в данъчното поле, а именно идеята за чувството и необходимостта за правда от гледна точка на данъчните субекти. Правомощието да се налагат и събират данъци се основава на няколко вида правни ограничения. Техните източници включват конституционна установеност, международни споразумения, тълкуване на данъчните закони от съда, общата рамка на гражданското и публичното право, политическата структура на страната като централизирана или федерална държава. Безспорен факт във всяка демократична държава е, че всеки данък трябва да има солидна основа в закона. В отношенията данъкоплатец-държава, първият е определено в по-слаба позиция. Обхватът на правата и задълженията му зависи от решенията на законодателите органи, с други думи от държавата. Данъчното правоотношение се характеризира с липса на равнопоставеност между двете страни. Съответно, е много важно да се вземат всички възможни мерки, за да се балансират тези отношения. В съзнанието на данъкоплатците плащането на данъка не е доброволен акт. Поради тази причина често в личностното съзнание на отделния субект данъци-справедливост се изкривява. Успешното функциониране на данъчната система предполага необходимо съгласие и чувство за справедливост у данъкоплатеца по отношение на уреждането на данъчните му задълже-

¹⁹ Димитрова, Е. Данъчното облагане като Общностна политика. Списание „De Jure“, кн. 2, 2011., De Jure, брой 2, 2011.

²⁰ Повече за равнопоставеността като основа на концепцията за справедливост може да бъде намерено в Топчийска, Деница, Понятие за справедливост в правото. Сп. Правна мисъл (2016), книжка 3, ISSN 1310-7348, с. 3-19 и Топчийска, Деница, Върховенство на правото. Теоретични аспекти. София, Авангард Прима (2016) ISBN 978-619-160-673-3; с. 161 и сл.

ния, основани на върховенството на правото.

Както бе споменато, В Договора за ЕС няма изрична разпоредба за законодателните правомощия в областта на прякото данъчно облагане, което остава в изключителния суверенитет на държавите членки²¹. Законодателството за данъчното облагане на доходите на юридически лица обикновено се основава на член 115 ДФЕС, в който се предвижда приемането на директиви относно сближаването на онези разпоредби, предвидени в закони, подзаконови или административни разпоредби на държавите членки, които пряко засягат вътрешния пазар²². Членове 110-113 от ДФЕС изискват от държавите членки да започнат преговори помежду си за премахване на двойното данъчно облагане в рамките на ЕС. Член 55 от ДФЕС забранява дискриминацията на гражданите на държавите членки при участието в капитала на дружествата.

Повечето споразумения в областта на прякото данъчно облагане обаче са извън областта на правото на ЕС. Широка мрежа от двустранни данъчни спогодби, които включват както държави членки, така и трети държави, обхваща облагането на трансграничните потоци на доход²³. Много често в подобни ситуации възникват и чисто процедурни проблеми, например

²¹ Обратно е изразено становище по отношение на косвеното данъчно облагане, по-специално по отношение на митата в Симеонов, А. Тарифно класиране и произход на стоките съгласно митническото законодателство на ЕС, Сиби, София, 2014, с. 90, където авторът изтъква, че „Държавното финансово вземане под формата на мита представлява субективно публично право на държавата, но същевременно то принадлежи на ЕС като обединение на държавите членки. Това означава, че всяка от държавите членки се явява защитник и проводник на интересите на ЕС, т. е. в качеството си на суверен по отношение на този вид публични вземания тя е носител на суверенитета на ЕС“. Вж. още за разликите между преки данъци и мита като публични държавни вземания в Симеонов, А. Източници на митническото право. Правна характеристика на „митните борове. Мита и такси с равностоен ефект. Възникване на митническото задължение. Длъжник по митническото правоотношение. Бюлетин на асоциацията на прокурорите в България, брой 2, 2011, с. 41-87, Симеонов, А. Митнически съюз и обща митническа администрация на ЕС, 10 години в Европейския съюз - въздействие върху развитието на публичните политики и законодателството, издателство: Нов български университет, 2018, с. 182-189, Ref IF/IR (2018) и Симеонов, А. Заявление на заинтересуваното лице за издаване на решения, свързани с прилагане на митническото законодателство на Европейския съюз, IUS ROMANUM, брой 1, 2018, Ref IF (236 -).

²² Член 65 от ДФЕС (свободно движение на капитали) позволява на държавите членки да третират по различен начин данъчно задължените лица, чието място на пребиваване е различно от мястото на инвестиране на капитала. През 1995 г., обаче, Съдът на ЕС постановява решение (Дело C-279/93), според което член 45 от ДФЕС се прилага пряко в областта на данъчното облагане и социалната сигурност: съгласно този член свободата на движение на работниците „налага премахването на всякаква дискриминация, основаваща се на гражданство, междуработниците от държавите членки, що се отнася до заетост, възнаграждение и други условия на труд“.

²³ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/bg/sheet/80>. Достъпен на 8.2.2019 г.

при възникнали спорове във връзка с данъчното облагане. Възможно е различните държави членки да тълкуват или прилагат по различен начин разпоредбите на двустранни данъчни спогодби и конвенции, включително Конвенцията за премахване на двойното данъчно облагане във връзка с корекцията на печалби на свързани предприятия (90/436/ЕИО)²⁴ („Арбитражната конвенция на Съюза“), могат да създадат сериозни данъчни пречки за предприятията, които извършват трансгранична дейност. Тези пречки създават прекомерна данъчна тежест и могат да доведат до неефективност и изкривяване на икономическата среда и да окажат отрицателно въздействие върху трансграничните инвестиции и растежа. Поради тази причина е необходимо в Съюза да съществуват механизми, които да гарантират ефективното разрешаване на спорове, респ. защита на правата и свободите на отделните граждани на Съюза²⁵. С оглед създаването на по-справедлива данъчна среда, базирана на основните права на човека, е необходимо правилата относно прозрачността да бъдат подобро и мерките за борба с избягването на данъци да бъдат засилени. Същевременно в контекста на една справедлива данъчна система е необходимо да се гарантира, че механизмите за разрешаване на спорове са всеобхватни, ефективни, устойчиви и адекватно отговарят на развитието на обществените отношения в областта на данъчното облагане. Като пример може да се посочи Регламент (ЕС) № 1286/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2013 година за създаване на програма за действие за подобряване на функционирането на системите за данъчно облагане в Европейския съюз за периода 2014–2020 г., с който се приема програма Фискалис 2020, която по същество представлява програма за сътрудничество на ЕС за този период, която надгражда предходни многогодишни програми за действие в областта на данъчното облагане²⁶.

²⁴ ОВ L 225, 20.8.1990 г., с. 10.

²⁵ Директива (ЕС) 2017/1852 на Съвета от 10 октомври 2017 година относно механизми за разрешаване на спорове във връзка с данъчното облагане в Европейския съюз. Тази директива установява правила във връзка с механизъм за разрешаване на спорове между държавите членки, когато тези спорове произтичат от тълкуването и прилагането на спогодби и конвенции, които предвиждат премахване на двойното данъчно облагане на доходите и, ако е приложимо, капитала. Тя установява също правата и задълженията на засегнатите лица при възникването на такива спорове. Всяко засегнато лице има право да подаде жалба по спорен въпрос до всеки от компетентните органи на всяка от засегнатите държави членки, с която да изиска неговото разрешаване. Жалбата се подава в срок от три години, считано от получаването на първото уведомление за действието, което води или което ще доведе до спорния въпрос, независимо дали засегнатото лице използва наличните в националното право на всяка от засегнатите държави членки средства за правна защита. Засегнатото лице подава жалбата, която съдържа една и съща информация, едновременно до всички компетентни органи и посочва в жалбата кои други държави членки са засегнати.

²⁶ На 2 май 2018 г. Комисията прие пакет от мерки за следващата многогодишна фи-

Нейната основна цел е да подпомага функционирането на системите за данъчно облагане в ЕС чрез увеличаване на сътрудничество между участващите държави, техните данъчни органи и техните власти²⁷. Чрез нея се дава възможност за съгласувано прилагане на законодателството на ЕС в областта на данъчното облагане с оглед на текущите предизвикателства чрез осигуряване на обмен на информация; подпомагане на административното сътрудничество; подпомагане на участващите държави, когато е необходимо и целесъобразно, за ограничаване на бюрокрацията за данъчните органи и за намаляване на разходите за данъкоплатците, свързани с изпълнение на данъчните задължения. Очевидно европейските и национални компетентни органи ясно идентифицират потребността от сигурен и бърз обмен на информация, сътрудничество между данъчните администрации и повишаване на административния капацитет. Тези потребности произтичат от нарастващия обхват на законодателството и инициативите на ЕС, презграничния характер на проблемите и постоянната необходимост от съгласуваност между държавите в контекста на защитата правата и свободите на отделните граждани на Съюза²⁸.

Защитата правата на гражданите и справедливото (равнопоставено и недискриминационно) данъчно облагане не винаги е така лесно, дори на национално ниво. Но се превръща в истинско предизвикателство обаче, когато става въпрос за трансгранични дейности. Данъчните закони не бива да предоставят от една страна неоправдано предимство на дадени данъчни субекти спрямо други, но от друга страна данъчните закони на една страна не следва да позволяват на субектите на облагане да избягват неправомерно данъчното облагане в друга държава членка, единствено основавайки се на принципите за защита на основните права. В хода на

нансова рамка за периода 2021–2027 г. Комисията предложи нов, съвременен дългосрочен бюджет, който е строго насочен към постигането на политическите приоритети на Съюза с 27 държави. Предложеният бюджет съчетава нови инструменти с осъвременени програми за ефикасно реализиране на приоритетите на Съюза. Надграждайки върху тези основи, Комисията предлага нова програма „Фискалис“ по бюджетна функция „Единен пазар, иновации и цифрова икономика“. С тази програма ще се допринесе за подобряване на провеждането на данъчната политика, в т. ч. административното сътрудничество, и ще се оказва подкрепа на данъчните органи. Това предложение се предвижда начална дата на прилагане 1 януари 2021 г., като същото се представя с оглед на Съюз с 27 държави членки в съответствие с уведомлението от страна на Обединеното кралство за намерението на държавата да се оттегли от ЕС.

²⁷ По-конкретно, програмата има за цел да подкрепи борбата с данъчните измами, укриването и неплащането на данъци, както и прилагането на данъчното законодателство на ЕС

²⁸ https://www.parliament.bg/pub/ECD/3326961_BG_ACT_part1_v2.docx. Достъпен на 8.2.2019г. Вж. още Марчева, Д. Правата на човека като конституционен принцип в правото на Европейския съюз, В: сб. „10 години България в Европейския съюз – въздействие върху развитието на публичните политики“, изд. НБУ, 152–161.

глобализацията, все повече компании и физически лица са активни в няколко страни, което прави потенциално по-лесно да се стремят да използват законни средства, за да плащат възможно най-малко данъци или да не плащат дължими данъци изобщо. Ето защо през последните години страните от ЕС имат и работят усилено за ефективно справяне с проблемите на данъчното облагане, избягване на данъчното облагане и укриване на данъци и за гарантиране справедливостта на отделните национални данъчни системи. Функционирането на вътрешния пазар позволява на хората и предприятията да се движат, търгуват свободно и съжителстват в 27-членната група. Оказва се обаче, че именно съжителството, но съжителството на различните данъчни системи е истинското предизвикателство, което стои пред Съюза.

ПРАВОТО ДА ИМАШ ПРАВА

Деяна Марчева¹,
Нов български университет

Резюме: Известната фраза на Хана Аренд „правото да имаш права“ общава скептицизма към теорията и практиката на човешките права. Хана Аренд е бежанец без гражданство в продължение на осемнадесет години – от 1933 г., когато бяга от нацистка Германия, до 1951 г., когато получава гражданство на САЩ. Тя лично преживява това, че нейните човешки права не са гарантирани от човешката природа сама по себе си, а тя трябва да е член на политическа общност, за да упражнява своите права.

За древните гърци е било немислимо който и да е въвн от полиса да се счита за човек. По-късно християнството се заявява като аполитично и от-тук нататък човек се разглежда не само като политическо същество, а преди всичко като социално същество. Структурното християнство на модерната демократична държава е основата за критиката на Карл Маркс, насочена срещу демокрацията и понятието за Човек в неговия анализ на френската Декларация за правата на човека и гражданина от 1789 г. в неговия кратък текст „За еврейския въпрос“ (1844 г.). Диагнозата на Маркс, че човешките права са мислими само в националните закони се оказва злополучно вяр-на век по-късно по време на Втората световна война и е засилена от Хана Аренд в „Произходът на тоталитаризма“ (1951 г.). Хана Аренд илюстрира множеството парадокси, вътрешно присъщи на концепцията за човешките права, и обосновава своята идея за „право да имаш права“.

Ключови думи: човешки права, правото да имаш права, човек и граж-данин, Хана Аренд, Карл Маркс, лица без гражданство, бежанци

¹ Гл. ас. д-р Деяна Марчева, имейл: deyana.marcheva@gmail.com

THE RIGHT TO HAVE RIGHTS

Deyana Marcheva,
New Bulgarian University

Abstract: The famous phrase of Hannah Arendt “the right to have rights” sums up the scepticism about the theory and practice of human rights. Hannah Arendt was a stateless refugee for eighteen years, from the time she fled Nazi Germany, in 1933, until she was naturalized as a United States citizen, in 1951. She personally experienced that her human rights were not guaranteed by humanity itself, but she had to be a member of a political community to enjoy her rights.

For the ancient Greeks it was inconceivable that anyone outside of the polis could be a human. Later on, Christianity declared itself apolitical and the human was henceforth seen not only as a political being, but, moreover, and above all, as a social being. The structural Christianity of the modern democratic state is the basis of Karl Marx’s criticism directed against democracy and the concept of Man in his analysis of the French Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789 in his brief text “On the Jewish Question” (1844). Marx’s diagnosis that human rights were conceived only in national laws proved disastrously correct a century later during the Second World War and was sharpened by Hannah Arendt in “The Origins of Totalitarianism” (1951). Hannah Arendt illustrated the many perplexities inherent in the concept of human rights and substantiated her idea of “the right to have rights”.

Keywords: Human Rights, the Right to Have Rights, Man and Citizen, Hannah Arendt, Karl Marx, Stateless Persons, Refugees

Въведение

Правото да имаш права“ е една от най-известните фрази на Хана Аренд, с която тя обобщава личния си опит, че на практика не е достатъчно индивидът да е човешко същество, за да има права. През 1933 г. Хана Аренд бяга от хитлеристка Германия и търси убежище в Париж. Две години тя, наред с останалите немски евреи, е лишена от немско гражданство по силата на новоприети закони в Райха. След избухването на Втората световна война през 1939 г. френското правителство интернира Хана Аренд и други „национални врагове“ в лагер в южна Франция. На следващата година в хаоса на немската окупация на Франция Аренд успява да избяга от лагера и се отправя към неокупираната част от страната. Същевременно тя усилено търси път вън от Европа, подава молба до дипломати на Съединените щати, но по това време директивите на Държавния департамент са да не се издават визи на хилядите бежанци от нацистите. Благодарение на чист късмет, бърза мисъл и помощта на няколко човека, Аренд успява да си осигури френски паспорт и виза за излизане, испанска и португалска транзитна виза, и спешна виза за САЩ. Тези документи ѝ позволяват да пътува до САЩ през 1941 г., където тя получава първоначално убежище като бежанец, десет години по-късно придобива американско гражданство². Същата 1951 г. Хана Аренд публикува и своята първа книга на английски език „Произход на тоталитаризма“³. В една от централните глави на книгата тя разсъждава за това какво нейните преживявания като бежанец без гражданство в продължение на 18 години са я научили за начините, по които индивидите губят и получават права.

В отговор на същите тези събития от Втората световна война е приета на 10 декември 1948 г. от Общото събрание на ООН Всеобщата декларация за правата на човека, която прогласява, че човешките същества се раждат свободни и равни по достойнство и права и имплицитно съдържа разбирането, че те имат права само защото са човеци⁴. Хана Аренд обаче

² Young-Bruehl, E. Hannah Arendt: For Love of the World, New Haven: Yale University Press, 1982.

³ Arendt, H. The Origins of Totalitarianism, Harcourt Brace and Company, Cleveland: Meridian, 1973, 296-297.

⁴ Всеобща декларация за правата на човека, приета от Общото събрание на ООН на 10 декември 1948 г., Преамбул: „Като взе предвид, че признаването на достойнството,

от първа ръка знае, че съвсем не е достатъчно да си човек, за да ти бъдат признати права. Без гражданство, т. е. без членство в политическа общност, човек се оказва безправен. Фактът, че тя успява да напусне обхваната от война Европа няма нищо общо с нейната човешка природа или с признаването на неотменимите ѝ права от което и да е политическо правителство, а се дължи на лични контакти и случайно стечение на обстоятелствата. В средата на ХХ век е ясно, че само като гражданин на държава едно лице може да има юридически защитени права. Оттук Хана Аренд формулира и фундаменталния проблем, че преди да има конкретни граждански, политически или социални права човек трябва да има „правото да има права“. Нейната прочута фраза се ражда като критика на човешките права и неадекватността на институционалните механизми за тяхното практическо осъществяване и ефективна реализация⁵. С нея Хана Аренд не търси някаква нова и подобрена версия на човешките права, а обосновава недостатъчността и липсата на кохерентност на човешките права като теоретичната концепция⁶, а оттам и невъзможността те самостоятелно да бъдат основа на която и да е демократична политика.

Разделяне на политическата и социалната същност на човека

За древните гърци е било немислимо който и да е вън от полиса да има права. Човекът би могъл да бъде човек само в общество, което е трайно установено и вътрешно устойчиво. Прочутата дефиниция на Аристотел за човека като „политическо животно“ обаче се разклаща и проблематизира впоследствие с експанзията на християнската религия.

В своята „Апология“ Тертулиан (160-220 г), който е известен като първият автор на християнска литература на латински език, подчертава, че нищо не е по-чуждо на християните от публичните дела на империята⁷. В тази сентенция е заключена, от една страна, заявката на християнството да се развива като аполитична религия, която се самоопределя като без-

присъщо на всички членове на човешкия род, на техните равни и неотменими права представлява основа на свободата, справедливостта и мира в света [...]“. За ролята на преамбюла вж. Йочева, К. За ролята на преамбюла в международното, европейското и националното право, Годишник на департамент „Право“ на Нов български университет, 2012 г., изд. „НБУ“ 2013, 159-197.

⁵ За сравнение публичните механизми за практическо осъществяване и ефективна реализация на задълженията на индивидите към държавата, например, плащането на данъци, са непоклатими. Вж. Симеонова, Г. Права на данъкоплатците при изпълнението на основното им конституционно задължение за заплащане на данък. В: сб. „25 години Конституция на Република България в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права“, Издателство на Народно събрание, 2016, 131-139.

⁶ Вж. допълнително за доктрината за правата на човека Топчийска, Д. Върховенство на правото. Теоретични аспекти, Авангард Прима, 2016, 229-231.

⁷ На латински сентенцията е: *Nobis nulla magis res aliena quam publica*. Вж. Tertullian, *Apologeticum*, trans. Alex Souter, Cambridge: Cambridge University Press, 1917, 38.

различна, дезинтересирана и структурно неутрална към политическото. От друга страна, обаче, тази позиция на християнството е и претенция за независимост от прерогативите на политическата сфера, за разделяне на *res publica* от *res intima* с акцент върху вътрешния свят на човека, за поставяне на разграничителна линия между политическа общност и общност на вярата⁸. От възникването си християнството се представя не като религията на един народ в една държава, а за религия на хората изобщо. Неслучайно думата „католикос“, която е с гръцки произход, означава „всеобщ, вселенски“ и акцентира върху стремежа на християнската религия да обхване всички хора и народи независимо от тяхната етническа, езикова или национална принадлежност. Претенцията на християнството за универсалност всъщност и до ново измерение на определението какво е човекът, който оттук нататък се дефинира не само като политическо същество, но преди всичко като социално същество⁹. Човекът като социално същество започва да се идентифицира не толкова с полиса и държавата, в която живее, колкото със своята божествена или духовна същност, която има всеки човек, независимо къде живее.

Разграничението между политическата и социалната или духовна същност на човека в християнската религия се оказва източник на постоянно напрежение за отношението между човек и държава в европейската култура и политика. Същевременно това напрежение дава тласък както на протестантската Реформация през XVI век, така и за развитието на теориите за обществения договор през XVI век и XVII век¹⁰. Именно християнският универсализъм и акцент върху вътрешния свят на човека правят възможно „изобретяването на човешките права“, които, според Лин Хънт¹¹, се генерират в културните практики от средата на XVIII век и впоследствие заразяват с хуманистично мислене политическите и правните системи на модерните държави на Запада¹².

След Средновековието публичната сфера е немислима без християнството, а в епохата на модерността идеята за суверенността на индивида се превръща в основа на теорията на политическия либерализъм¹³.

⁸ Не игнорираме факта, че самата християнска църква в последващите векове са организира по политически властови модел, но целта на настоящият анализ е да подчертае как и какво християнството променя в разбирането за човека.

⁹ Hamacher, W. The Right to Have Rights (Four-and-a-Half Remarks), The South Atlantic Quarterly, 2004, Vol. 103, Issue 2/3, Duke University Press, 343-356.

¹⁰ Хобс, Т. Левиатан (за човека, за държавата), 2017, изд. „Лист“; Лок, Д. Два трактата за управлението, 1996, Изд. „ГАЛ-ИКО“; Русо, Ж-Ж. За обществения договор, 1996, София - Лик.

¹¹ Hunt, L. Inventing Human Rights. A History, W. W. Norton & Company, 2007.

¹² Марчева, Д. Към изобретяването на човешките права, Годишник на департамент „Право“ на Нов български университет, 2017 г., изд. „НБУ“ 2018, 310-331.

¹³ Лок, Д. Два трактата за управлението, 1996, Изд. „ГАЛ-ИКО“

И в Новото време продължава разделянето между политическата и социалната същност на човека, което намира израз и в противопоставянето между политическата държава и гражданското общество¹⁴. Акцент върху това напрежение поставя Карл Маркс в своето съчинение „За еврейския въпрос“¹⁵:

„[...] Основата на тази [демократичната] държава не е християнството, а човешката основа на християнството [...] Членовете на политическата държава са религиозни заради дуализма между живот на индивида и живота на рода, между живота на гражданското общество и политическия живот. Те са религиозни в смисъл, че човек се отнася към политическия живот, който е отдалечен от неговото собствено индивидуално съществуване, все едно е неговия истински живот; и в смисъл, че религията тук е духа на гражданското общество и изразява разделянето и оттеглянето на човека от човека. Политическата демокрация е християнска доколкото в нея човекът – не просто един човек, а всеки човек – се счита за суверенно и висше същество; но това е необразован, несоциален човек, човек такъв какъвто е в неговото случайно съществуване, развален, загубил себе си, подвластен на нечовешки условия и елементи заради цялостната организация на нашето общество – накратко, човек, който все още не е действително същество от рода. Като творение на фантазията, мечта, постулат на християнството, суверенността на човека – но на човека като чуждо същество, разграничено от истинския човек – се превръща в светска максима на демокрацията [...]“ (превод мой – Д. М.)¹⁶.

Маркс обобщава, че в тази държава надмощие има не човекът, а отчуждението¹⁷. Тази гледна точка предопределя и неговото отношение към правата на човека, изобретени в контекста на демокрацията, разглеждана от него като политическа форма *par excellence* на християнството¹⁸. Според Маркс, това е държава, която признава себе си просто като държава и игнорира религията на своите членове¹⁹. По този начин в демокрацията става възможна свободата на вероизповедание, с което и самото християнство започва да губи позицията си на привилегирована държавна религия.

¹⁴ Marx, K. On the Jewish Question (1843), In: The Marx-Engels Reader. Edited by Robert Tucker, New York: Norton & Company, 1978. p. 26–46, 39.

¹⁵ „За еврейския въпрос“ е рецензия на Карл Маркс за два философски текста на младохегелианеца Бруно Бауер, публикувана в сп. „Дойч-Францозише Ярбюхер“ през 1844 г.

¹⁶ Marx, K. On the Jewish Question (1843), Цит. съч., 39.

¹⁷ Пак там, 38.

¹⁸ Пак там, 36. „Всъщност идеалната християнска държава не е т. нар. християнска държава, която признава християнството като своя основа, като държавна религия, и така изключва останалите религии; а по-скоро е атеистичната държава, демократичната държава, държавата, която запраща религията към останалите елементи на гражданското общество“ (превод мой – Д. М.).

¹⁹ Пак там, 39–40.

От друга страна, еманципацията на държавата от религията не е равнозначна на еманципация на човека от религията²⁰. Политическата еманципация на човек се осъществява, когато религията е изключена от сферата на публичното право и „запратена“ в сферата на частното право²¹ и към гражданското общество²². След като е извадена от публичната сфера, религията спира да обединява хората и да бъде основа на общността, а започва да ги разделя, да бъде основа за тяхното разграничение. Като пример за това Карл Маркс сочи безкрайната фрагментация на религиите в Северна Америка, където те са „стриктно частна сфера“, „запратена измежду множество частни интереси и изгонена от живота на общността“ (превод мой – Д. М.)²³. Именно в този контекст Маркс вижда „консумирането“ или завършека на политическата еманципация, която в същината си представлява разделяне на човека на частно лице и публично лице, „разлагане“ на човека на евреин и гражданин, протестант и гражданин, религиозен човек и гражданин²⁴.

Във времена, „когато хората се борят, за да се освободят чрез политическа еманципация, държавата може и трябва да забрани и унищожи религията по същия начин, по който забранява частната собственост (чрез максимален размер, конфискация или прогресивно данъчно облагане), или по който забранява живота (чрез гилотина)“ (превод мой – Д. М.)²⁵. В контекста на тази препратка към Френската революция 1789 г. Карл Маркс подчертава, че това е време, в което „политическият живот се стреми да задуши своите собствени предпоставки – гражданското общество, и елементи, и да установи като истински и хармоничен живот на човешкия род“. Парадоксално той стига до извода, че това е възможно чрез обявяване на т. нар. „перманентна революция“, която поставя държавата в насилствено противоречие с условията за нейното съществуване²⁶. Така идва и краят на политическата драма непременно с възстановяването на религията, частната собственост и всички елементи на гражданското общество, както краят на войната идва със сключването на мир.

Въпреки дългия период на насилие обаче Френската революция не се превръща в „перманентна“. Като нейно постижение в историята остава не „гилотината“, а Декларацията за правата на човека и граждани-

²⁰ Пак там, 40.

²¹ Пак там, 35.

²² Карл Маркс определя гражданското общество като „сфера на егоизма“ и говори за него, като заема известната фраза на Томас Хобс „война на всеки срещу всеки (*bellum omnium contra omnes*)“.

²³ Marx, K. On the Jewish Question (1843), Цит. съч., 35.

²⁴ Пак там, 35-36.

²⁵ Пак там, 36.

²⁶ Пак там.

на от 27 август 1789 г. Според Карл Маркс обаче, в анализа на френската Декларация за правата на човека и гражданина и на американските конституции на Пенсилвания от 1791 г. и на Ню Хемпшир от 1793 г, понятието за „човек“ се пропуква:

„Направено е разграничение между правата на човека и правата на гражданина. Кой е този човек отграничен от гражданина? Никой друг освен член на гражданското общество. Защо членът на гражданското общество е наречен „човек“, просто човек, и защо неговите права са обозначени „права на човека“? Как се обяснява този факт? С отношението между политическата държава и гражданското общество и със същността на политическата еманципация“ (превод мой – Д. М.)²⁷.

И френската декларация от 1789 г., и американските конституции от 1791 г. и 1793 г. признават свободата на съвестта и религията, както и свободата на изразяване като права на човека. Същевременно това са права, признати на член на съответното политическо общество, поради което двойната употреба „права на човека и гражданина“ е излишна, защото дефинира едното понятие (човек) чрез другото понятие (гражданин). С други думи човек е дефиниран не в собствен човешки или общочовешки смисъл, а в политически смисъл. Тази диагноза на Маркс за човешките права сто години по-късно е засилена от Хана Аренд²⁸.

Парадоксите и краят на „правата на човека“

В правата на човека се крие един фундаментален и неразрешим парадокс, който Хана Аренд обозначава като „заплетеностите на правата на човека“ (*the perplexities of the rights of man*)²⁹. Тя определя френската Декларация за правата на човека и гражданина от XVIII век като повратен момент в историята, защото от този момент нататък Човекът, а не Божиите заповеди или обичаите, започва да се считат за основа и първоначално на правото³⁰. Отхвърлени са привилегиите на определени слоеве от обществото и е обявена еманципацията на човека. Нещо повече, според Аренд, зад прокламирането на правата на човека стои и един по-дълбок исторически и социален пласт, свързан с належащата необходимост от защита на индивидите в новата ера, в която те не могат да черпят сигурност нито от съсловията си, нито от своето равенство пред Бог като християни³¹. В новото секуларизирано и еманципирано човешко общество, човек търси нова „котва“, около която да стабилизира своя социален статус, и то в политическия ред, гарантиран от конституцията, ограниченото публично управление и „правата на човека“.

²⁷ Пак там, 41–42.

²⁸ Hamacher, W. The Right to Have Rights (Four-and-a-Half Remarks), Цит. съч., 349.

²⁹ Arendt, H. The Origins of Totalitarianism, Цит. съч., 290.

³⁰ Пак там.

³¹ Пак там, 291.

След това през целия XIX век на „правата на човека“ се позовава и то по „един доста повърхностен начин“³² онзи, който има нужда от защита срещу суверена, държавата или произвола на обществото. След това „правата на човека“ получават и една нова конотация – утвърждават се като стандартен девиз на защитниците на онеправданите, „право на изключение, необходимо за онези, които нямат нищо по-добро, на което да разчитат“³³.

Хана Аренд подчертава, че в края на XVIII век правата на човека не само се прогласяват за „неотменими“, но и за такива, които не се свеждат до други права или закони, нито се извеждат от други права или закони³⁴. В този смисъл правата на човека не следва да се разглеждат като творение на нито една власт. Техен източник и крайна цел е единствено Човекът. Не би трябвало да е необходим и никакъв специален закон за защита на човешките права, защото се предполага, че всички закони следва да се основават на тях. Народният суверенитет е прогласен в името на Човека и изглежда съвсем естествено, че „неотменимите“ права на човека ще намерят своята гаранция и ще станат неотменима част от правото на народа на суверенно самоуправление. С други думи, не може да се каже, че човек се явява като напълно еманципирано и изолирано същество, което носи своето достойнство в самия себе си без съотнасяне към един по-широк заобикалящ го ред, т. е. „човек отново изчезва, като се превръща в член на един народ“ (превод мой – Д. М.)³⁵.

Така от самото начало във Френската декларация за неотменимите човешки права е заложен парадокса, че тя се отнася за някакво „абстрактно“ човешко същество, извадено от обществото, което изглежда никъде не съществува³⁶. Дори диваците живеят в някакъв, макар и примитивен, племенен обществен ред, в който отсъства идея за човешки права, защото те все още не са достигнали този етап на цивилизованост, „етапът на народния и националния суверенитет“. Следователно, в своя зародиш въпросът за човешки права се оказва бързо и неразрешимо заплетен във въпроса за националната еманципация, тъй като „само еманципираният суверенитет на народа, на собствения народ, изглежда, че може да ги гарантира“³⁷.

Тъй като след Френската революция човечеството се възприема в обрара на семейство от нации, постепенно става ясно, че народът, а не инди-

³² Пак там, 293.

³³ Пак там.

³⁴ Пак там, 291.

³⁵ Пак там.

³⁶ Пак там. Аренд подчертава, че дори диваците живеят в някакъв макар и примитивен обществен ред и ако в изостаналите племенни общности отсъства идея за човешки права, то това очевидно се дължи на факта, че те не са достигнали този етап на своята цивилизация, „етапът на народния и националния суверенитет“, а вместо това са потиснати от чужди и местни деспоти.

³⁷ Пак там.

видът стои в образа на човека. Според Хана Аренд, последиците от тази идентификация на правата на човека с правата на народите в системата на европейските национални държави се осветяват в пълна степен едва след като огромен брой хора и народи изведнъж се оказват без минимална защита на техните елементарни права в сърцето на Европа, по същия начин както би било и в сърцето на Африка. Парадоксът е в това, че:

„правата на човека се определят като „неотменими“, защото би трябвало да са независими от политическото управление където и да било, ала се оказва, че останат ли човешките същества без свое собствено политическо управление и започнат ли да разчитат на своите минимални права, нито една власт не остава да ги защити, нито една институция не желае да ги гарантира [...]

[...] Хората без гражданство бяха убедени както и малцинствата, че загубата на национални права е идентична със загубата на човешки права, че предходното неизбежно влече след себе си последното. Колкото повече те са изключени от право в каквато и да е форма, толкова повече те се стремят към реинтеграция в национална, собствена национална общност“ (превод мой – Д. М.)³⁸.

Аренд обръща внимание върху факта, че всички опити да се постигне наднационален правен ред на човешките права по това време са дело на маргинални фигури – няколко международни юристи без политически опит или професионални филантропи, но не и на държавници или значими политици, така че тези инициативи да се вземат насериозно³⁹.

³⁸ Пак там, 291-292.

³⁹ Този контекст се коментира от друг ъгъл от Самюъл Мойн в „Последната утопия: човешките права в историята“ (2010). Мойн акцентира върху Атлантическата харта от 14 август 1941 г., подписана между президента на САЩ Франклин Рузвелт и министър-председателя на Великобритания Уинстън Чърчил преди САЩ да влезе във войната. Този програмен документ отразява политическото виждане на САЩ и Великобритания защо се води Втората световна война и за света след нея, вкл. за Организацията на обединените нации, макар и американците да не участват във война преди да бъдат бомбардирани. В т. 6 от Атлантическата харта е записано: „След окончателното унищожаване на нацистката тирания те се надяват да се установи мир, който ще даде възможност на всички страни да живеят в безопасност на територията си, а също да осигурят такова положение, при което всички хора във всички страни биха могли да живеят без страх и лишения“. Във връзка с това Самюъл Мойн подчертава, че през 40-те години американският президент Франклин Рузвелт започва да говори за човешките права като част от един списък. Това въодушевява експертите по международно право да започнат да изготвят проекти на списъци за международен бил на правата през 1942 и 1943 г., а през 1944 г. в прочутата си реч пред Конгреса (State of the Union) Рузвелт обявява т. нар. Втори бил на правата, включвайки социални и икономически права. Въпреки това обаче Самюъл Мойн подчертава, че по това време разбирането е било, че държавата е тази, която оформя защитата на правата, и американският президент не е узрял по това време за международноправна защита на човешките права. Вж. Moyn, S. The Last Utopia:

„Неотменимите“ човешки права на хартия се оказват напълно зависими de facto от външна власт, за да ги гарантира, а оттам са изложени на производната воля и специалните интереси на тази власт. В това се крие и фундаменталния и неразрешим парадокс на човешките права – парадокс, който позволява на Аренд да стигне и по-далече и да говори за „края на правата на човека“⁴⁰. Неизбежната последица от това е, че загубата на граждански права става идентична със загубата на човешки права. Това се превръща в масов политически феномен след Първата световна война, когато в много европейски държави се приемат закони за денатурализация и денационализация, за отнемане на граждански права, за принудително депортиране и т. н.⁴¹. По този начин суверенни национални държави, които преди това са записали в своите конституции, че ще защитават правата на човека, ефективно разкъсват политико-правната връзка на много хора с техните държави, превръщат ги в лица без гражданство, без граждански права, а оттам и без човешки права. И това е направено в съответствие със съответни юридически процедури, които се развиват независимо от това, че конституциите с техните каталози от човешки права са основен и върховен закон в правната система. Тази „перверзия“⁴² се оказва възможна заради вътрешната структура на самите човешки права, които признават колективното право на самоуправление на всеки народ и правото на защита срещу всяка нападение (вкл. предполагаемо нападение) срещу неприкосновеността на личността или държавата. Хана Аренд обяснява този катастрофален обрат на националните държави срещу универсализма на човешките права с това, че липсва глобална и наднационална власт, която да гарантира човешките права⁴³. „Самоубийственото“ съдържание на човешките права се (само)манифестира в концентрационните лагери по време на Втората световна война, които

Human Rights in History, Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

⁴⁰ Arendt, H. The Origins of Totalitarianism, Цит. съч., 267.

⁴¹ Аренд анализира приетата в тази насока нормативна уредба във Франция през 1915 г. и по-късно през 1927 г., в Португалия през 1916 г., в Русия през 1921 г., в Белгия през 1922 г., в Италия през 1926 г., в Египет и Турция през 1926 г., в Германия през 1933 г.

⁴² Namacher, W. The Right to Have Rights (Four-and-a-Half Remarks), Цит. съч., 350–351.

Интересно е, че авторите на Всеобщата декларация за правата на човека на ООН от 1948 г. са били първите техници на международното право, които са били наясно с тази ужасяващ парадокс, и даже „структурна перверзия“ на правата на човека. Последният член 30 гласи: „Нищо в тази Декларация не може да бъде тълкувано като предоставящо право на дадена държава, група или лице да се занимават с каквато и да е дейност или да извършват действия, насочени към унищожаване на правата и свободите, провъзгласени в нея“. Следователно, изрично се допуска, че всяко отделно човешко право може да се използва за унищожаване на човешките права. Човешките права сами по себе си не могат да предотвратят тяхната собствена употреба към разрушаване, „самоубийство“ на точно същите човешки права.

⁴³ Arendt, H. The Origins of Totalitarianism, Цит. съч., 279.

слага край не само на човешките права, но и край на възможността „човек“ да се ограничава в рамките на юридически понятия.

Хана Аренд смята, че именно в парадокса на човешките права се крие причината, поради която концепцията за човешки права остава нещо като „доведено дете“ на политическата мисъл на XIX век, и поради която нито една либерална или радикална партия от XX век не ги включва в своята програма. След като „правата на човека“ са вечни и неотменими и независимо от гражданство и националност, то тяхното материализиране във формата на закони се оказва проблематично. Ако законите на съответната държава не съответстват на изискванията на правата на човека, то ще е необходима промяна – по законодателен път в демократичните държави или по пътя на революцията в деспотичните държави. Така в крайна сметка се оказва, че „неотменимите“ права на човека са всъщност неприложими или неизпълними в държавите, чиито конституции се основават върху тях, за хората, които вече не са граждани на нито една суверенна държава⁴⁴. Към това се добавя и объркването около опитите да се създадат каталози на човешките права, особено когато трябва да бъдат отграничени от правата на гражданите.

Хората, които нямат гражданство на нито една държава, се оказват в ситуация, в която са загубили своите човешки права. Хана Аренд подчертава, че става дума за две големи загуби на тези обезправени. Първата е загубата на техните домове, както и целия социален контекст, в който са родени и в който са установили своето място в света. Втората е загубата на държавна защита и на правен статус при това не само в тяхната собствена държава, но и във всички държави. И макар цивилизованите държави да дават изключително право на убежище на преследваните, по време на Втората световна война става ясно, че тази практика е неприложима към новата категория преследвани, които са далеч по-многобройни отколкото се предполага за изключенията.

Парадоксът е в това, че колкото повече нараства броя на обезправените преследвани, толкова по-малко внимание се обръща на делата на преследващите власти. Хана Аренд дава пример с това, че няколко хиляди съветски граждани, които доброволно напускат Съветския съюз след Втората световна война и намират убежище в западните държави, нанасят много по-голяма вреда на престижа на Съветския съюз от милионите бежанци през 20-те години, които принадлежат на неправилната класа. Когато лишаването от права е свързано със загубата на политически статус на определена група хора заради техния произход, раса, религия и т. н., формалната правна система се оказва неспособна да разпознае и да компенсира дефицита на права⁴⁵. По думите на Аренд „юристите са толкова

⁴⁴ Arendt, H. *The Origins of Totalitarianism*, Цит. съч., 293.

⁴⁵ Аспекти на този феномен са анализирани и в български контекст Вж. Михайлова, Е. *Тоталитарната държава и право в България 1944–1989*, Нов български университет, С., 2016.

привикнали да мислят правото през наказанието, което винаги ни лишава от определени права, че за тях е по-трудно отколкото за неспециалиста да оценят това, че лишаването от правен статус, т. е. от всички и всякакви права, може и да няма никаква връзка с конкретни престъпления“ (превод мой – Д. М.)⁴⁶. Оказва се, че в правните системи е по-лесно да лишиш напълно невинен човек от правен статус отколкото някой, който е извършил престъпление⁴⁷. Това положение, според Хана Аренд, илюстрира парадоксите, вътрешно присъщи на концепцията за човешки права:

„Независимо как някога са били дефинирани (живот, свобода и стремеж към щастие, според американската формула, или равенство пред закона, свобода, защита на собствеността и национален суверенитет, според френската); независимо как се опитват да подобрят двусмислена формулировка като стремеж към щастие, или остарялата формулировка като некавалифицирано право на собственост; реалната ситуация на онези, които двадесети веки изважда извън пределите на правото, показва, че става дума за права на гражданите, чиято загуба няма за последица абсолютно безправие [...] Бедствието на обезправените не е в това, че са лишени от живот, свобода и стремеж към щастие, или равенство пред закона и свобода на мнение – формули, създадени, за да решават проблем в дадени общества, а в това, че те вече не принадлежат на каквато и да е общност. Тяхното тежко положение не е в това, че те не са равни пред закона, а че нито един закон не съществува за тях; не че са потиснати, а че никой не иска дори да ги потиска. Едва в последната фаза на един доста дълъг процес е застрашено правото им на живот; само ако останат напълно „излишни“, ако не се намери никой, който да изяви „претенция“ за тях, тогава техният живот е в опасност. Дори нацистите започват да изстребват евреите след като първо ги лишават изцяло от правен статус [...] и ги отрязват от света на живота като ги подкарват към гета и концентрационни лагери; и преди да задействат газовите камери те внимателно тестват почват и откриват със задоволство, че нито една държава няма претенции към тези хора. Работата е там, че е създадено положение на пълно безправие преди да бъде оспорено правото на живот [...]“ (превод мой – Д. М.)⁴⁸.

По тази линия на аргументация Хана Аренд обявява „края на човешките права“, заедно с което стига до извода, че съществува едно друго право, което не е вписано в нито един от каталозите на човешките права в декларации или конституции, но което е безусловното и неотменимо условие за всички права. Аренд го обозначава като „правото да имаш права (а това

⁴⁶ Пак там, 295.

⁴⁷ Относно системата на престъпленията и наказателната политика вж. Костадинова, Р. Системата на престъпления и наказателната политика на Република България. В: Модели за система на престъпления според наказателното право, съст. проф. д-р Йордан Айдаров. Унив. изд. „Паисий Хилендарски“, Пловдив, 2013, 131-146.

⁴⁸ Пак там, 295-296.

означава да живееш в рамка, в която човек се преценява според своите действия и мнения)⁴⁹. Необходимостта от това безусловно и първично право е осъзната, едва след като милиони хора през първата половина на XX век го загубват и не могат да го възстановят. Тяхната обезправеност се превръща в бедствие, което не се дължи на изостаналост, нецивилизованост или чиста тирания, а именно, защото не е останало нито едно „нецивилизовано“ място на земята: „Само в едно напълно организирано човечество загубата на дом и политически статус би могла да стане идентична с изгонване напълно от човечеството“⁵⁰.

Хана Аренд демонстрира своята теза и като сравнява лишаването от правен статус чрез изключване от политическата общност по време на Втората световна война с робството. Робството не просто отнема свободата на човек, което може да се случи и в редица други ситуации, но изключва дори неговата възможност да се бори за свобода. Аренд подчертава, че робството като престъпление срещу човечеството започва не когато хората побеждават във война и поробват своите врагове, а когато робството се превръща в институция, така че едни хора се „раждат“ свободни, а други – роби. С други думи, когато е забравено, че поробването е човешко действие, че човекът е този, който е лишил другия човек от сво-

⁴⁹ Пак там, 296-297.

Хана Аренд за първи път говори за „правото да имаш права“ в статия, озаглавена „Правата на човека: Какво са те?“, публикувана през лятото на 1949 г. Вж. Arendt, H. *The Rights of Man: What Are They?* In: *Modern Review* 3:1, Summer 1949, 24-37, 30. Две години по-късно Хана Аренд включва съществена част от тази статия, включително пасажа, в която се появява фразата „правото да имаш права“ в книгата „Произхода на тоталитаризма“, глава 9 „Упадъкът на националната държава и краят на правата на човека“. Тук Хана Аренд подробно анализира начините, по които идеята за човешки права е изпитана в десетилетията след Първата световна война, когато милиони хора, които живеят в европейски страни, загубва своето гражданство и спират да принадлежат на която и да е от тях. Тези хора попадат в две, често припокриващи се групи: „национални малцинства“ и „апатриди“. Първите най-вече се срещат в новите източни и южни европейски страни, формирани след разпадането на големи мултиетнически империи в края на Първата световна война. Сред тях са словациите в Чехословакия (наследник на Австро-унгарската империя), литовците в Полша (в предишния Германски Райх). И докато тези хора са били по принцип граждани на страната, в която са живели, те не могли, като отделни малцинства в доминиращата национална култура, да разчитат на своето правителство да им гарантира стандартната правна защита, на която на практика се радват другите граждани. Апатридите от втората група са функционално и формално без гражданство от която и да е държава, защото със закони са лишени от всякакво гражданство, което са имали. Засегнати са хора от Испания, Турция, Унгария и Германия, вкл. Самата Аренд. Аренд твърди, че трудностите, които споделят малцинствата и апатридите, са в това, че след като загубят своето гражданство, и двете групи се трансформират в нещо различно от членове на една политическа общност. След като вече не принадлежат на нито една държава тези хора са „хора и нищо друго освен хора“.

⁵⁰ Пак там.

бода, а вместо това робството се приписва на природата, като природно състояние. Сравнението на робите с обезправените по време на Втората световна война разкрива, че дори робите запазват своята принадлежност към някакъв вид човешка общност – техният труд е бил необходим, използван, експлоатиран и с това те са оставали в границите на човечеството. Оказва се, че да бъдеш роб означава да имаш някакво определено място в човешкото общество и това е повече от „абстрактната голота на това да бъдеш човек и нищо друго освен човек“⁵¹. Не загубата на конкретни права, а загубата на общност, която желае и може да гарантира някакви права въобще, се оказва бедствието, което връхлита огромен брой хора по време на Втората световна война. Оказва се, че човек може да загуби всички т. нар. права на човека, без да загуби своето същностно качество като човек, своето човешко достойнство.

Заклучение

Голямо е изкушението фразата на Хана Аренд „правото да имаш права“ да се асимилира рефлексивно в парадигмата на човешките права и да се предлага някаква нова и подобрена версия на правата. Тя самата обаче би оборила такъв подход и опростяване на нейната идея, която следва да се интерпретира в контекста на големият ѝ труд „Произход на тоталитаризма“ (1951 г.), в който тя резонира⁵². Концепцията за „правото да имаш права“ се ражда като критика, насочена както към дефицитите и парадоксите на теорията за правата на човека, така и към неадекватността на институционалните механизми, от които се очаква да осигурят осъществяването на тези права. Тя е все по-актуална днес в епохата на бежанските кризи, в която все повече нараства броят на хората, които напускат своя дом, принудени от военни конфликти или климатични промени, и прекосяват държавни граници, без да могат да си осигурят смислено членство в която и да е политическа общност.

⁵¹ Пак там.

⁵² DeGooyer, S., Hunt, A., Maxwell, L., Moyn S. *The Right to Have Rights*, Verso, 2018.

Именно такива цели си поставя тази най-нова книга с интерпретационни текстове по фразата и книгата на Хана Аренд. Четирите глави разглеждат подробно всички части на конструкцията „правото да имаш права“ – двете съществителни „правото“ и „права“, глаголят „да имаш“, както и скрития субект на правото (чие е това право да има права). В първата глава Стефани Дегуйер осмисля критично дали въобще това единично „право“ да имаш права наистина е някакъв вид основа. Във втората глава Лида Максвел изследва импликациите на глагола „да имаш“. В третата глава Самюъл Мойн разглежда „права“, които имаме, според фразата, и които често се пренебрегват. В четвъртата глава Аласдър Хънт изследва подразбиращия се, но ненаименуван, носител на „правото да имаш права“. Послеписът на Астра Тейлър отива съвсем отвъд самата фраза, към нейната относимост към условията на това, което тя нарича „транснационална олигархия“, която застрашава всички хора, дори гражданите, с лишаване от собственост и права.

РАВЕНСТВО НА ГРАЖДАНИТЕ И РАВНИ ПРОЦЕСУАЛНИ ПРАВА НА СТРАНИТЕ В БЪЛГАРСКОТО НАКАЗАТЕЛНО ПРОИЗВОДСТВО

Елена Недялкова¹,
Нов български университет

Резюме: Според наказателно-процесуалния кодекс равенството на гражданите се изразява главно в недопускането на никакви ограничения относно техните права и привилегии, които са основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, религия, образование, убеждения, политическа принадлежност, лично и обществено положение или имуществено състояние.

Участвайки в качеството на вещи лица, свидетели, преводачи, тълковници, поемни лица и др., гражданите притежават определени процесуални права в българското наказателно производство.

Ключови думи: равенство на гражданите, права на страните, наказателно производство

EQUALITY OF CITIZENS AND EQUAL PROCEDURAL RIGHTS OF THE PARTIES IN THE BULGARIAN CRIMINAL PROCEEDINGS

Elena Nedyalkova,
New Bulgarian University

Abstract: According to the Criminal Procedure Code, the equality of citizens is mainly expressed in the absence of any restrictions on their rights and privileges based on race, nationality, ethnicity, sex, origin, religion, education, beliefs, political affiliation, personal and social status or property status.

By participating as expert witnesses, witnesses, translators, interpreters, witnesses of investigation, etc., citizens have certain procedural rights in the Bulgarian criminal proceedings.

Keywords: Equality of Citizens, Rights of the Parties, Criminal Proceedings

¹ Гл. ас. д-р Елена Недялкова, имейл: enedialkova@nbu.bg

Равенството на гражданите представлява един от основните принципи, визирани в Част първа, Глава втора на българския Наказателно-процесуален кодекс (НПК)². Съдържанието му е постановено в разпоредбите на чл. 11, ал. 1 и ал. 2 от НПК, според които всички граждани, участващи в досъдебната и съдебна фаза на наказателното производство, са равни пред закона. Спрямо тях не се допускат никакви ограничения в правата, както и привилегии, основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, религия, образование, убеждения, политическа принадлежност, лично и обществено положение или имуществено състояние.

Компетентните държавни органи (съдът, прокурорът и разследващите органи) са длъжни да прилагат законите точно и еднакво спрямо всички граждани, които участват в наказателните дела, независимо от процесуалното им качество.

Осъществявайки непосредствената си задача, свързана с разкриването на престъпленията, разобличаването на виновните и правилното прилагане на закона, НПК „осигурява защитата от престъпни посегателства срещу Република България (РБ), срещу живота, свободата, честта, правата и законните интереси на гражданите, както и срещу правата и законните интереси на юридическите лица, и съдейства за предотвратяване на престъпленията и укрепване на законността“ (чл. 1, ал. 1 и ал. 2 от НПК).

Традиционно правната уредба на наказателното производство отдава централно място на т. нар. „основни начала“, върху които се изгражда цялостната организация по разглеждането и решаването на наказателни дела. Главната задача, която стои пред процеса, обуславя и основните принципи, чието проявление от своя страна оказва обективно, всеотранно и пълно съдействие за реализиране изискванията на наказателното правораздаване³. Ето защо законодателят систематизира като отпавна точка предписанията на всички основополагащи правни норми към разпоредбите на Част първа, Глава втора – чл. 6 до чл. 22 вкл., т. е. в самото начало от действащия НПК. Въпреки характерната си равноп-

² Обнародван в ДВ, бр. 86 от 28.10.2005 г., в сила от 29.4.2006 г. Последни изм. и доп. в ДВ, бр. 16 от 22.2.2019 г.

³ Вж. Павлов, Наказателен процес на Народна република България, Държавно издателство „Наука и изкуство“, София, 1971, с. 88.

оставеност и тясното взаимодействие помежду си, тези фундаментални ръководни положения биват диференцирани в правната доктрина съобразно специфичните си процесуално-правни особености, които обособяват основните начала на наказателния процес в две отделни групи – с преобладаващ съдоустройствен или функционален характер⁴.

Наказателно-процесуалните принципи са изградени въз основа на Конституцията на Република България (КРБ)⁵ и Закона за съдебната власт (ЗСВ)⁶, чийто регламент включва редица общи правила, функциониращи и като ръководни правни положения в производството по наказателни дела, поради което са установени съответно и от НПК.

Равенството на гражданите в наказателното производство има преобладаващ съдоустройствен характер, наред с още три основни принципа:

– Участие на съдебни заседатели в съдебния състав (чл. 123 от КРБ; чл. 8, ал. 1 и ал. 2 от НПК). Съдиите и съдебните заседатели имат еднакви права.;

– Назначаемост и несменяемост на органите на съдебната власт, участващи в наказателното производство (чл. 129, ал. 1 и ал. 3 от КРБ⁷; чл. 30, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗСВ; чл. 9 от НПК);

– Независимост на съдебната власт и подчинението на съдиите, съдебните заседатели, прокурорите и разследващите органи само на закона (чл. 117, ал. 2 от КРБ; чл. 1а, ал. 2, чл. 3 и чл. 7, ал. 1 от ЗСВ; чл. 10 от НПК).

⁴ Вж. Манев, Наказателно-процесуално право; ръководство за студенти, „Ромина“, София, 2006, с. 26 и сл.

⁵ Обнародвана в ДВ, бр. 56 от 13.7.1991 г., в сила от 13.7.1991 г., изм. и доп., бр. 85 от 26.9.2003 г., бр. 18 от 25.2.2005 г., бр. 27 от 31.3.2006 г.; Решение № 7 на КС на Република България от 13.9.2006 г. – бр. 78 от 26.9.2006 г.; изм. и доп., бр. 12 от 6.2.2007 г. Посл. изм. и доп. в ДВ, бр. 100 от 18.12.2015 г.

⁶ Обнародван в ДВ, бр. 64 от 7.8.2007 г. Последно изм. и доп. с Решение № 2 от 21.2.2019 г. на Конституционния съд на Република България – бр. 19 от 5.3.2019 г.

⁷ Съдиите, прокурорите и следователите се назначават, повишават, понижават, преместват и освобождават от длъжност от съдийската, съответно прокурорската колегия на Висшия съдебен съвет (ВСС).

С навършване на петгодишен стаж като съдия, прокурор или следовател и след атестиране, с решение на съдийската, съответно прокурорската колегия на ВСС, съдиите, прокурорите и следователите стават несменяеми. Те се освобождават от длъжност само при:

1. навършване на 65-годишна възраст;
2. подаване на оставка;
3. влизане в сила на присъда, с която е наложено наказание лишаване от свобода за умишлено престъпление;
4. трайна фактическа невъзможност да изпълняват задълженията си за повече от една година;
5. тежко нарушение или системно неизпълнение на служебните задължения, както и действия, които накърняват престижа на съдебната власт.

Конституционният фундамент, установяващ равенството на гражданите, се съдържа в разпоредбата на чл. 6 от КРБ⁸. Принципът за равенство е приложен и в ЗСВ по отношение на дейността в съдебната система. Органите на съдебната власт са длъжни да прилагат законите точно и еднакво спрямо всички лица и случаи, за които се отнасят. При осъществяването на функциите, както и при заемането на длъжности в органите на съдебната власт, не се допускат никакви ограничения на правата или привилегии, основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, религия, образование, убеждения, политическа принадлежност, лично и обществено положение или имуществено състояние (чл. 8, ал. 1 и ал. 2 от ЗСВ).

Като участници в наказателното производство, гражданите могат да имат различно процесуално качество и статут: обвиняем, респ. подсъдим; пострадад, респ. частен тъжител, частен обвинител и граждански ищец; граждански ответник; защитник; повереник; свидетел; вещо лице; преводач; тълковник; специалист – технически помощник; психолог; педагог; поемно лице. Всеки един от посочените субекти на наказателно-процесуални отношения имат специфични права и задължения, осъществяват различна по съдържание и цел функция. В същото време те са поставени при отделен, повече или по-малко благоприятен процесуален режим, определен от обективни, законови основания.

Различните процесуални възможности на гражданите произтичат най-вече от диференцирането на наказателното производство на общ и частен характер. Така например по отношение на делата от общ характер обвиняемият може да се защитава срещу повдигнатото му обвинение не само в съдебната, но и в досъдебната фаза на процеса, докато по дела от частен характер той има възможност да реализира правата си само в съдебното производство.

Разделянето на наказателните дела на производства от общ и частен характер е поставено в зависимост от характера и обществената опасност на извършеното престъпление. То е регламентирано от законодателя в Наказателния кодекс (НК)⁹ и не води до ограничение на равенството на гражданите.

Въпреки всичко следва да бъдат отбелязани основните процесуално-правни положения, спазването на които гарантира равенството на гражданите в наказателния процес:

- По отношение на всички участници в наказателното производство се прилагат едни и същи, общи за тях закони;
- Точното и еднакво приложение на съответните наказателно-процесуални и материално-правни норми от страна на съда и органите на досъдебното производство спрямо всички граждани;

⁸ Според нормата на чл. 6, ал. 1 от КРБ „Всички хора се раждат свободни и равни по достойнство и права“.

⁹ Обнародван в ДВ, бр. 26 от 2.4.1968 г., в сила от 1.5.1968 г. Последни изм. и доп. в бр. 16 от 22.2.2019 г.

- Наказателното законодателство се реализира от единни и компетентни за всички граждани държавни органи – съдилища, прокуратури и разследващи органи;

- Производството по наказателни дела се провежда на официалния в Република България български език. Поради тази причина е задължително назначаването на преводач за всички участващи в процеса лица, които не владеят български език и могат да ползват родния си или друг чужд език (чл. 3 от КРБ и чл. 21, ал. 1 и ал. 2 от НПК)¹⁰.

Равни процесуални права на страните

Равенството в процесуалните права и възможности на страните е най-същественят и безусловно необходим елемент от принципа на състезателността в наказателния процес. Именно то осигурява активността и състезателността на страните, които се разгръщат в пълен обем само в съдебната фаза на производството¹¹.

Като основно начало, процесуално-правното равенство и условията на състезателност на страните в съдебното производство имат преобладаващ функционален характер в процеса. Конституционната му основа е установена в разпоредбата на чл. 121, ал. 1 от КРБ, според която „съдилищата осигуряват равенство и условия за състезателност на страните в съдебния процес“.

Следователно, не цялото наказателно производство е състезателно, а само съдебното, още повече, че в досъдебната фаза няма и обособени процесуални страни. Те се установяват от момента на предаването на обвиняемия на съд по дела от общ характер, а по дела от частен характер – с даването на ход на подадената частна тѣжба, когато трите основни наказателно-процесуални функции се поверяват на различни субекти.

Обвинителната функция е свързана с повдигането и обосноваването на обвинение срещу дадено лице за определено престъпление. В съдебното наказателно производство тя се осъществява от прокурора и частния обвинител по дела от общ, и от частния тѣжител по дела от частен характер. Функцията по защитата включва цялата наказателно-процесуална дейност, която е насочена към пълно или частично опровергаване на обвинението, т. е. към доказване невинността на обвиняемия, респ. подсъдимия или неговата по-ниска степен на наказателна отговорност. Тази дейност се реализира от подсъдимия и неговия защитник. Самото процесуално ръководство и решаването на всички текущи и окончателни въпроси в хода на висящото дело, се извършва само от съда в съдебна-

¹⁰ Вж. Манев, Наказателно-процесуално право; ръководство за студенти, „Ромина“, София, 2006, с. 39-41.

¹¹ Съдебното наказателно производство е състезателно и страните в него имат равни процесуални права (чл. 12, ал. 1 и ал. 2 от НПК). Съгласно чл. 253, т. 1-т. 4 от НПК страните в съдебното производство са: прокурорът; подсъдимият и защитникът; частният тѣжител и частният обвинител; гражданският ищец и гражданският ответник.

та фаза на производството. Пред него се повдига, доказва, поддържа и оборва обвинението от съответните страни. Като активен участник в процесуалната дейност, съдът предприема служебно изясняването на всички фактически и правни въпроси по делото, осигурява поправянето на пропуските и нарушенията, допуснати от страна на обвинението и защитата. По този начин той съдейства за пълноценното разгръщане и на двете процесуални функции, както и за пълноценното осъществяване на правата и задълженията на страните в наказателното производство.

Равенството в процесуалните права на страните не означава и не изисква еднакви права, най-вече поради това, че субектите изпълняват различни процесуални функции. Например правомощието на прокурора да подаде протест срещу първоинстанционната присъда има съдържание, различно от правото на подсъдимия, респ. на неговия защитник да обжалва същия съдебен акт. В този случай и двете страни разполагат с една и съща процесуална възможност и право да предизвикат по съответния законен ред въззивна проверка на невлязлата в сила присъда. Следователно, страните биха могли да имат равни процесуални права, въпреки, че изпълняват дейността си в различно качество и съответно се отличават и в правното си положение¹².

Равните процесуални възможности на страните биват упражнявани главно при противопоставянето между обвинението и защитата в наказателното производство, когато се разкрива и наличието на фактическо неравенство в тяхното положение. Така например Ст. Павлов излага правилно голяма част от причините, водещи до това неравенство: „[...] страните по обвинението и страните по защитата не могат да се считат в едно и също положение от морална, психологическа и практическа гледна точка. Прокурорът има и необходимата юридическа подготовка, и необходимото спокойствие, и необходимите правомощия и органи, за да изпълни своята задача. Подсъдимият обаче е най-често потиснат психически, смутен, лишен от правна подготовка, необходима за ориентиране по всички въпроси на делото, и крайно затруднен при решаването на различните практически задачи на защитата. При това положение абсолютното равенство в процесуалните права би подронило сериозно състезателността“¹³.

Права на обвиняемия

Съгласно НПК на обвиняемия, респ. подсъдимия са предоставени всички процесуални средства, необходими за защита на неговите права и законни интереси. Освен правото на защита, обвиняемият и подсъдимият имат право да препятстват прекратяването на образувано наказателно производство като поискат продължаването му в определени от законодателя случаи.

¹² Вж. Павлов, Наказателен процес на Република България; Обща част; под редакцията на проф. Димитър Михайлов и доц. Михаил Лулев, изд. Сиби, 1996, с. 127-129.

¹³ Вж. Павлов, Наказателен процес на Народна република България, Държавно издателство „Наука и изкуство“, София, 1989, с. 134.

Такива са хипотезите, при които наказателната им отговорност е погасена поради изтичане на предвидената в закона давност или настъпила амнистия. Във връзка с това следва да се отбележи, че делата, чието разглеждане е било продължено, биха могли да бъдат и възобновявани, ако осъденият направи искане за това или прокурорът внесе предложение за оправдателна присъда, въпреки настъпилата амнистия или давност.

Обвиняемият и подсъдимият могат да поискат разглеждането на наказателното дело да бъде продължено, въпреки правото на пострадалия или ощетеното юридическо лице да направи искане за прекратяване на наказателното производство. Това е възможно единствено в предвидените в особената част на НК случаи¹⁴ и само до започването на съдебното следствие пред първоинстанционния съд.

Посочената хипотеза обхваща престъпните състави на следните две деяния:

- допускането на причиняване по непредпазливост на телесна повреда или смърт на друго лице чрез нарушаване правилата за движение при управяване на подвижен железопътен състав, въздухоплавателно средство, моторно превозно средство, плавателен съд, бойна или специална машина;
- допускането на причиняване по непредпазливост на телесна повреда или смърт на друго лице от страна на работник или служител по транспорта, който нарушава правилата за експлоатация или изискванията за добро качество на ремонта на подвижния състав, на пътищата или на съоръженията (чл. 342, ал. 1 и ал. 2; 343, ал. 1, б. а) и б), ал. 2, т. 1 и т. 2 от НК).

Други права на обвиняемия и подсъдимия:

- да научи за какво престъпление е привлечен в това качество и въз основа на какви доказателства;
- да дава или да откаже предоставянето на обяснения по обвинението;
- да се запознава с материалите по делото, включително и с информацията, получена чрез използване на специални разузнавателни средства (СРС), както и да прави необходимите извлечения;
- да представя доказателства;
- да участва в наказателното производство;
- да прави искания, бележки и възражения;
- да се изказва последен;
- да обжалва актовете, които накърняват неговите права и законни интереси;
- да упълномощава защитник, който да има право на участие при извършване на действия по разследването и други процесуални действия свързани с обвиняемия, освен когато изрично се откаже от това право;
- подсъдимият има право и на последна дума;
- обвиняемият, който не владее български език, има право на устен и

¹⁴Визирани са в Глава единадесета „Общопасни престъпления“ - Раздел втори „Престъпления по транспорта и съобщенията“ от НК.

писмен превод в наказателното производство на разбираем за него език, като задължително му се предоставя писмен превод на постановлението за привличане на обвиняем, на определенията на съда за вземане на мярка за неотклонение, на обвинителния акт, на постановената присъда, на решението на въззивната инстанция и на решението на касационната инстанция. Обвиняемият има право да откаже писмен превод по реда на НПК само когато има защитник и не се нарушават процесуалните му права (чл. 15, ал. 1 и ал. 2; чл. 24, ал. 1, т. 2, 3 и т. 9 и ал. 2; чл. 55, ал. 1 – ал. 3 от НПК).

Правомерното прилагане на основните принципи на състезателност и равенството на гражданите би могло да доведе до тяхното пълноценно и равноправно участие в наказателния процес.

НЯКОИ ИСТОРИЧЕСКИ БЕЛЕЖКИ ЗА РАЗВИТИЕТО И ЗНАЧЕНИЕТО НА СОБСТВЕНОСТТА КАТО ГАРАНЦИЯ ЗА РЕАЛИЗИРАНЕ НА ЧОВЕШКИТЕ ПРАВА И СВОБОДИ

Милена Караджова¹,
Нов български университет

Резюме: Студията разглежда в исторически контекст отношенията собственост – човешки права и свободи. В древността попадането в робство поради неизплатени дългове е широко разпространено явление. През Средновековието недостигът на собственост води до ограничаване на основни права и свободи. В съвременното изпадането в дългова зависимост има за последица морална деградация и икономически упадък.

Ключови думи: собственост, право на собственост, права на човека, дългово робство, дългова зависимост

SOME HISTORICAL NOTES ON THE DEVELOPMENT AND IMPORTANCE OF OWNERSHIP AS A GUARANTEE FOR THE REALISATION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

Milena Karadjova,
New Bulgarian University

Abstract: The study examines the relationship between human rights and freedoms and ownership in a historical context. In the Ancient History, getting into economic slavery due to unpaid debts is a widespread phenomenon. In the Middle Ages social and economic differences have the effect limitation of fundamental rights and freedoms. In the present, falling into economic dependence has the effect of moral degradation and economic decline.

Keywords: Ownership, Right to Property, Human Rights, Economic Slavery, Debt Bondage, Serfdom

¹ Гл. ас. д-р Милена Караджова, имейл: mkaradjova@nbu.bg

Съвременните общества споделят разбирането, че всички хора се раждат свободни и равнопоставени пред закона. Правното гарантиране на тази ценност е обществен процес, характеризиращ се с променлив успех, в лутане между въпросите за допустимите размери на частната и публичната собственост, социалното подпомагане, личната отговорност за самия теб. Правото на собственост следва да се разбира не само като правно гарантирана възможност, но и като задължения на собственика както към притежаваното, така и като отговорност за реализиране на предоставените му права в рамките на общественото благополучие.

Обичайно човешките права се разглеждат отделно и независимо едно от друго, без да бъдат правени паралели между тях. Студията поставя на обсъждане въпроси, свързани с релацията притежавана собственост – притежавани права и свободи. Представени са в исторически контекст модели, при които свободен е поставен или се поставя сам в дългова зависимост поради факта, че не притежава собственост; с това той губи личностен, съответно социален, икономически и политически статус. Развитието на разглежданите правни институти е представено в тяхната историческа логичност, което би трябвало да направи предложеното изследване както полезно, така и интересно четиво.

Насилственото поставяне в зависимост не е част от това изследване. Тук се разглеждат въпроси, свързани с възможността да бъдат ограничени основни човешки права поради бедност. Важно е да се отбележи, че при разглеждането в исторически план на попадането в лична зависимост поради недостиг или липса на средства и имущество, често се смесват различни институти: 1) дълговото робство, 2) дългова зависимост, 3) социален статус и възможностите за участие в политическото управление.

Студията представят законодателни и философски текстове от древността, Средновековието, Новото време. Направен е кратък исторически анонс с българската история от края на XIX – началото на XX век, като целта на това „вмъкване“ е да бъде изграден мост между отдалечената от нас история с фактология, която се преповтаря в настоящето ни.

Въпреки, че разглежда исторически въпроси, темата е актуална най-малкото поради две основания. 1) Дълговото робство продължава да е част от съвременния свят. 2) Въпросът за загубата на лични права в следствие на нисък социален статус е значим и в контекста на агресивността на потребителското и ипотечно кредитиране и неспособността на значителна част от кредитополучателите – физически лица, да планират и управляват средствата си в дългосрочен план.

Темата е приложима не само по отношение на частната, но и на публичната собственост. Неспособността да се управлява публичната собственост има за последица в наднационален план риск от попадане на публичния сектор в дългова зависимост.

Изключително важно е да се посочи, че в древността и в западноевропейското Средновековие съществува ясно обособена стратификация на обществото. Чрез правото е регламентиран ясен обществен статус, базиран в значителна степен върху икономическа основа. В Източна Европа и по-конкретно на Балканите от XIV век насетне определянето на общественото положение има различни мотиви, основани на етническа и религиозна основа.

Древните икономики се основават на робския труд. С приключването на древността робството не изчезва. Дългово робство съществува и днес в много места по света. Според изследвания, към 2016 г. около 40,3 млн. души живеят под някоя от формите на съвременно робство, а цената на един роб е между 10 долара^{2,3}.

Действащата международноправна уредба забранява робството, включително попадането в робство поради дългове. През 1926 г. Обществото на народите приема Конвенция относно робството, с която предвижда предприемането на политически, законодателни и административни мерки, целящи забрана на задължителния или принудителния труд, произтичащи от условия, аналогични с тези на робството⁴. През 1956 г. е приета Допълнителна конвенция относно премахването на робството, търговията с роби и институциите и практиките, подобни на робството. В Допълнителната конвенция е предвидена пълна забрана както на зависимостта поради дългове, така и на крепостничеството. Дадена е легална дефиниция на разбирането за дългова зависимост в съвременния смисъл на понятието: „Дългова зависимост/дългово робство е статус, възникващ въз основа на предоставена от длъжника гаранция за дълга. Тази гаранция се изразява в предоставяне на труд лично от самия длъжник или от лица, намиращи се под неговата власт и ако стойността на дължимото не е разумно остойностена, или ако липсват разумно приложими условия за погасяване на дълга, или ако продължителността и характерът на този труд/дейности не са съответно ограничени и определени“ (чл. 1, ал. 1)⁵. В национален контекст въпросът е ре-

² globalslaveryindex.org

³ През 1850 г. цената на един роб в южните щати на Америка би се приравнила на 40 000 днешни долара, цената на един роб в края на XX век варира около сумата от 90 долара (Източник: Disposable People: New Slavery in the Global Economy, Bales, K.).

⁴ Slavery Convention (Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery) - League of Nations, 1926.

⁵ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, 1956, UN - Article 1, section (a): „Debt bondage, that is to say, the status or condition arising from a pledge by a debtor of his personal services or of

шен по категоричен начин още с приемането на Търновската конституция, която прокламира, че всеки на територията на Княжеството е свободен и че робството е недопустимо (чл. 62)⁶.

Белезите на робството са се променили, но не и съдържанието му. В изследването си за новите измерения на робството, Бейлс прави съпоставка на старите и новите типологии на института. Характеристики в неговите стари, исторически съществували форми, са: 1) собствеността върху роби е правно уредена; 2) робът е скъп; 3) робът носи ниски печалби; 4) недостиг на потенциални роби; 5) дългосрочни отношения на зависимост; 6) етническите различия са важни⁷. Характеристики на робството в неговите нови форми, са: 1) не съществуват правни основания за притежаване на роби; 2) много ниска цена за придобиване на роби; 3) много висока печалба от продажбата на роби; 4) излишък на потенциални роби; 5) кратък период на взаимоотношения; 6) робите са за еднократна употреба; 7) етническите различия имат малко значение⁸. През 2012 г. от фондация Walk Free е разработен „Световен индекс на робството“⁹. Като основна причина за попадане в дългово робство през нашето хилядолетие е сочена бедността¹⁰. *Вследствие на бедността и изпадането в дългова зависимост се стига до дългово робство; в някои държави тази зависимост се предава по наследство.*

Собственост, права и дългова зависимост в древността

През различните исторически периоди собствеността и правата върху нея се променят, развиват. Ако разглеждаме развитието на института на правото на собственост през призмата на историята, то в първобитните общества властта върху вещи вероятно се е свеждала до възможността да властваш върху това, което физически можеш да обхванеш в момента. Всичко останало, до което имаш досег, е общо. Вероятно общо в смисъл на общност, от която ти си част. Останалото извън тази общност е чуждо, недостъпно и не предизвиква интерес. Развитието на идеята за собствено, за свое и чуждо, които могат да се разрастват както в пространството, така и във времето, се развива с човека и с обществото. Древността, Ан-

those of a person under his control as security for a debt if the value of those services as reasonably assessed is not applied towards the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined“.

⁶ Конституция на Българското Княжество, приета и влязла в сила от 16 април 1879 г., чл. 61, ал. 1 „Никой в Българското Княжество не може ни да купува, нито да продава човечески същества. Чл. 61, ал. 2 „Всякой роб, от какъвто пол, вяра и народност да бъде, свободен става, щом стъпи на Българска територия“.

⁷ Тази характеристика е неотнормисима към Древен Рим

⁸ Bales, K. New Slavery: A Reference Handbook, www.abc-clio.com, с. 9.

⁹ Global Slavery Index.

¹⁰ Gupta, Sh., The bondage of dept: A Photo Essay, projects.journalism.berkeley.edu

тичността, Средновековието, Ренесансът, Просвещението, Модерността, Постмодерността ще развият и променят концепциите за собствено и чуждо. Всяко едно общество, което може да бъде определено като такова, дава съответващото определение за своето / собственото и чуждото. Чрез правото. Уреждането на въпросите, свързани с правото на живот, правото на справедлив съдебен процес (особено доказването на невинността), правото на щастие, често са оставяни на Божиите ръце. При решаването на тези въпроси законодателят и съдията не един път са „измивали“ своите ръце с Божията милост. По отношение регулацията на правото на собственост и неговата защита нищо не е оставяно на боговете. Цялата уредба, нейното прилагане и разрешаването на споровете, свързани с нейното разбиране и прилагане, остават за Земяното царство. Развитие на концепциите и правната уредба на собствеността са част от характеристиките, които дават основание за отличаване на една епоха от друга. Проследяването на това развитие в миналото дава във висока (дори понякога в неочаквано висока) степен възможност да разберем настоящето и да се опитаме полезно и разумно да планираме бъдещето.

Недостатъчната собственост е причина за попадане в дългово робство в древността. Законовата уредба на попадането в робство поради неизплатени задължения според изследователите води началото си от Древен Вавилон. В достигналите до нас документи се описват задълженията на страните по договора за заем, както и способите, с които може да бъде обезпечен и изплатен един материален дълг. Характерна за древността е възможността длъжникът да върне заема както в пари, сребро и др., така и да се издължи чрез труд – свой или на член от семейството. Законодателят е наложил ограничение относно възможната продължителност на изплащането с труд.

За най-старата уредба на дълговата зависимост са сочени Законите на Хамурапи. § 117 от този древен извор гласи: „Ако човек е поел дълг и даде срещу сребро или даде в дългово робство жена си, сина си или дъщеря си, те трябва да служат в къщата на техния купувач и заемодавец [само] три години; на четвъртата те трябва да бъдат пуснати на свобода“¹¹. Достигналият до нас текст не дава категорична яснота дали поставянето в дългово робство е следствие на неизплатен в определения срок дълг или предварително обезпечаване с доброволното поемане на задължение за труд на свободен при получаване в заем на сребро. Също така не е съвсем сигурно дали става въпрос за робство. Преводът на тези отношения като „дългово робство“ е твърде вероятно да не е точен, насочвайки ни към уредбата на дълговото робство, установена в Елада и Рим. Горната разпоредба по-скоро трябва да бъде тълкувана в смисъл, че неспособният да върне получения заем, може да изплати дълга си с труд. С това може да бъде обяснена и възможността в къщата на „заемодавеца“ да бъдат изпратени синът или жената на кредитополучателя, като на взелия заем се

¹¹ nauka.bg – „Законите на вавилонския цар Хамурапи“.

оставя възможността да продължи да се грижи за стопанството си и за останалите членове на семейството. Текстът посочва изрично, че трудът трябва да бъде извършван в дома на заемодателя, т. е. последният не би могъл да разполага с изплащащите дълг с труд по своя преценка, както и не може да предоставя труда им на трети лица.

За възможността имуществен дълг да бъде изплатен с труд четем и в Законите на Ману¹²: „VIII, 177: Длъжникът да изплати дълга си даже с труд, ако той е от еднаква или пък от по-ниска каста; ако обаче той е от по-висока каста, да изплати дълга си постепенно“¹³.

В авраамическите религии, повлияли в значителна степен на съвременните правни уредби, най-рано връзката собственост – лична свобода е застъпена в Стария завет. Правото на собственост – особено по отношение на земята – е свещено. Свещеността в старозаветните норми може да бъде обоснована по два почина: собственост на Бог, която му принадлежи поради значението му на Създател, и собственост на Бог, която му принадлежи поради значението му на Спасител. Старият завет неизменно разглежда света като собственост по право на Бог по силата на неговото творение. Суверенните му права върху земята и нейните обитатели са силово демонстрирани чрез Потопа, както и чрез разрушаването на Содом и Гомор¹⁴.

Земята е гаранцията за личността и за семейството. Загубата на свобода и загубата на собственост върху земята са взаимно обвързани. Свещеният текст определя човека като Божие дело и Божие подобие; според волята на Създателя всеки човек (всяко семейство/ коляно) трябва да притежава достатъчно, за да бъде гарантирана дадената му от Него свобода. В първите библейски текстове се дават нормите, които трябва да бъдат съблюдавани при продажба на земя, вкл. поради дълг; уредбата за продажбата на друго имущество; възможностите за ограничаване на личните права и свободи поради икономически затруднения и изискването за срочност на тези задължения. Ако човек обеднее и трябва да продаде част от дяла си земя и с годините не успее да събере достатъчно средства, за да я откупи, то след определен период може да възвърне изцяло земята и свободата си. Освобождаването се извършва през юбилейната година¹⁵. Възобновяването на

¹² Законите на Ману – древноиндийско законодателство, върху което според изследователите законите на Хамурапи са оказали влияние.

¹³ Данов, Х., „Христоматия по история на стария свят“ – Дигитална библиотека по архивистика и документалистика (достъпно от electronic-library.org).

¹⁴ Battle, John A., Property Rights and Responsibilities in the Old Testament, WRS Journal 15:1 (February 2008), с. 15-27.

¹⁵ Според Стария завет петдесетата година е юбилейна и по волята на Бог всички са освободени и могат да се върнат в земята си: „Пребройте седем съботни години, седем пъти по седем години, и така времето на седемте съботни години ще е равно на четирийсет и девет години [...] И осветете петдесетата година и разгласете освобождение из земята за всичките ѝ жители. Това ще е юбилейна година за вас. И нека всеки

собствеността върху земята – на гаранцията за живота – е съпроводено и с възобновяване на пълната свобода: „нека продаденото му бъде върнато и нека той се върне в земята, която е неговият дял“¹⁶.

Собственост и лични права в Древна Гърция: как свободата и правото да участваш в обществения живот са обвързани от притежаваното. Или казано в стил Фром: за да бъдеш, трябва да имаш

Създаването в Елада законодателство по отношение на личните права и връзката им с притежаваната собственост се съдържа в конкретни правни актове, в достигнали до нас съдебни решения, както и в множество философски и литературни текстове. Древногръцката философия обосновава споделяни и днес постулати, които римляните чрез своята практичност и системност ще претворят в работещи правни формули. Превеждането на гръцките философски текстове на латински през Средновековието ще е в основата за Западноевропейския Ренесанс.

Липсата на централизирана държава в Древна Гърция има за последица и липсата на цялостна правна уредба, която да можем да наречем елинско право. Полисите, за които е основната достигнала до нас информация – Атина, Спарта и Тива, носят своите управленски и обществени особености. Същевременно кръгът: произход – обществено положение и политически права – притежаване на земя, е неизменен. Право на участие в обществения живот по принцип има всеки мъж, на когото родителите са свободни граждани на полиса и който е навършил определената според законите възраст¹⁷. Единствено той може да бъде собственик на земя. Аристотел обширно дискутира въпросите за имуществените равенство и неравенство, както и връзката между притежаването на имущество и възможностите за участие в управлението. Обсъждайки държавното устройство на Спарта, той посочва, че тези спартанци, които не могат да внасят дял за фидитиите (общите обеда), губят граждански права¹⁸. Въпросът за връзката притежавано имущество – притежавани политически права, е разгледан в контекста на съществуващото държавното управление в Картаген¹⁹. Философът критикува преимуществата, давани на богатите при

от вас се върне в земята, която е неговият дял, и нека всеки се върне при семейството си. Нека петдесетата година бъде за вас юбилейна година“ (Лев. 25:8).

¹⁶ Лев. 25:25.

¹⁷ Според закон на Перикъл, атинското гражданство се придобивало въз основа на произхода и на бащата, и на майката.

¹⁸ „За твърде бедните не е лесно да участват в тях [във фидитиите], а при спартанците традиционно правило за гражданското право е, че който не може да внася тази вноска, го губи“; „В Спарта всеки внася определеното на глава, иначе законът го лишава от граждански права, както казахме по-горе“ – Аристотел, *Политика*, изд. „Отворено общество“, 1995 г. с. 52; 54.

¹⁹ „Смята се, че трябва да избират длъжностните лица не само според благородството на

управлението, посочвайки, че „Такъв закон прави богатството по-важно от добродетелта и цялата държава алчна“.

Древногръцките философи обичайно разглеждат собствеността и нейното управление паралелно. Доброто ръководене на притежаваната собственост те прави добродетелен гражданин²⁰. Превръща те в способен за участие в общественото управление и достоен да отдаваш почит и жертвоприношения на боговете. Ако обаче не притежаваш такива умения, си изложен не само на риска да живееш в бедност, но и на риска да попаднеш в лична зависимост, а в определени исторически периоди – и в дългово робство. Въпреки произхода. При дълговото робство в Атина длъжникът е можел да загуби гражданските си права, а в определени хипотези от тези права е било лишавано и семейството му. Попадането в дългово робство в Древна Гърция било обвързано с изтичането на пет години, като за разлика от останалите роби, робът-длъжник притежавал и някои права²¹.

произхода, а и според богатството, защото било невъзможно този, който няма средства, да управлява добре и да разполага с нужното свободно време. Следователно, ако изборът според богатството е олигархически, а според добродетелта – аристократически, тогава би било някакъв трети вид държавно устройство и именно според него е уредена държавата на картагенците“ – Аристотел, цит. съч. с. 56; 57.

²⁰ Аристотел се спира подробно в изследванията си върху гражданската добродетел. В Трета книга на „Политика“, изследвайки въпроса за гражданина, тоест за този, който има право да участва в държавното управление, той поставя ограничения за придобиването на това право, изграждайки „безусловното понятие „гражданин“. Изведено е от кумулативното наличие на две основания: произход („за практиката обаче определят като гражданин този, на когото и двамата родители са граждани, а не само единият“) – от една страна, а от друга – възможността да бъде заемана почетна длъжност. Според различните държавни устройства са различни и очакванията/изискванията към гражданина в зависимост от неговото материално положение: „[...] при едно държавно устройство трябва занаятчията и тетът да са граждани, а при други е невъзможно, например ако имаме така наречената аристокрация, при която почетните длъжности се поверяват по добродетел и достойнство“; (според бележките на преводача, в „Никомаховата етика“ Аристотел разглежда „достойнството“ в зависимост от различното държавно устройство и приема, че го притежават свободните, богатите, хората от благороден произход и аристократите; в „Политика“ същата дума от старогръцки, използвана за обозначаване на достойнство, се свързва по-скоро с добродетелта.) – Аристотел, „Политика“, цит. изд., с. 64-65, 71-72; 261; Платон в „Законо“ защитава идеята за държавно устройство, базирано на общо притежание и споделяне: „Това, което казваме, означава било някъде в настоящето, било някога в бъдещето децата да са общи, жените да са общи, цялото имущество да е общо и с всякакви средства така нареченото „лично“ да бъде повсеместно премахнато от живота [...]“; добродетелта според него, включително и тази на законодателя, обединява четири „вида“ добродетели: смелостта, благоразумието, справедливостта и разсъдливостта. Платон, цит. съч., с. 253; 596-600.

²¹ Катасонов, В., „От рабства к рабству. От Древнего Риму к современному Капитализму“ (1.7.), М, 2014 г. https://royallib.com/read/katasonov_valentin/ot_rabstva_k_rabstvu_ot_drevnego_rima_k_sovremennomu_kapitalizmu.html#184320 (последно достъпен на

Столетия наред земята в Елада и собствеността върху нея съхраняват своя свещен характер. Така, както е и при юдеите. Дяловете са раздадени. Жребият е хвърлен и той винаги трябва да се приема като добър, защото земята е разделена поравно между гражданите²². Земята принадлежи на конкретния гражданин, като тя е не само гаранцията му за социална обезпеченост, за неговото гражданско достойнство. Тя е и връзката му с боговете: „Първо, земята е осветена от името на всички богове; и второ, жреците и жриците са обещали на боговете не с едно и с две, а с цели три жертвоприношения, че ако някой купи или продаде мястото си за жилище или обработваемата земя, които е получил, той ще понесе съответстващи наказания“. Земята за античния европейец има не само значение като източник на социална благост и обществен престиж, но и като сакрална връзка с притежателя, със собственика. Нещо повече – в тази свещена връзка отношенията земя – собственик са отношения на власт и подчинение. Властващата, богинята, е земята, а собственикът ѝ дължи грижа и то не каква да е грижа: „всеки [...] трябва да се грижи за своя дял земя дори по-внимателно, отколкото децата се грижат за майка си, още повече, че земята, тъй като е и богиня, е и господарка на смъртните, а освен това е и под властта на местните божества и демони“²³.

При разглеждането на въпроса за възникването и съществуването на дългово робство, както и за създадените законодателни уредби за неговото премахване (включително и при обсъждане законодателството на Солон и установяването на сизахтията), трябва да бъдат представени и аргументите на някои изследователи, че земята в Атика през VII-V век пр. Хр. все още е неотчуждаема. Основанията им за такова становище са в няколко посоки. На първо място трябва да се посочи, че до нас не са достигнали никакви писмени източници от периода на шестото и петото столетия, в които да се

22 април 2019 г.).

²² Както Платон, така и Аристотел, а и други древногръцки автори посочват, че първоначалното раздаване на дяловете земя в Елада е извършено чрез жребий („клерос“ – жребий, хвърляне на жребий, получаване на земя чрез жребий). В „Закони“ Платон казва „На вас се падна един умерен дял, така че не го обезценявайте с покупки и продажби помежду си. Защото нито делещият Жребий, който е бог, ще ви бъде съюзник, нито законодателят.“ (741b) Разпределяне на дялове чрез жребий е обсъждан и при въпросите относно равенството „[...] то е равенство по размер, тегло и брой, което се урежда и разпределя по жребий. Най-истинското и най-доброто равенство не може обаче лесно да бъде видяно от всеки. Защото то зависи от преценката на Зевс [...]“. Обожествяването на жребия се открива и при Еврипид, според когото клеросът е дете на Случайността (бележки към Платон, „Закони“, цит. съч., с. 652). В „Политика“, разглеждайки видовете демокрация, Аристотел изтъква, че според установени в древността закони „е по принцип забранено да се придобива повече земя от определен размер [...] В много държави в древността имало закон да не може да се продават първоначалните парцели“ (1319a), с. 182-183.

²³ Платон, „Закони“, изд. „СОНМ“, С., 2006, с. 254 .

споменава за залагането или продажбата на земя. На второ място, излагат се аргументи в полза на твърдението, че е много вероятно собствеността на земята в този период все още да е колективна родова собственост. Като такава, тя е извадена от гражданския оборот; следва да остане свързана с рода (много вероятно е системата за наследяване, предвидена от Платон, която предвижда земята да бъде оставяна в наследство на най-любимия за бащата син, да е продиктувана както от стремежа да бъде постигнато съвършеното разпределение на земите, така и от рационалното желание за запазване на рода). Към този период договорното право е все още недобре развито. Много по-късно, когато ще се развие активният обмен на движими и недвижими вещи, ще изкристализират конкретни правни институти и юридически термини. Така е например при ипотеката: пълното развитие на договора за залагане на земя, при който кредиторът, в случай на неизплащане на дължимите му суми, може да стане пълноправен собственик на предоставения му в обезпечение недвижим имот. Този инстинкт може да съществува само тогава, когато е възможно да се реализира отчуждаване на земя и изобщо на недвижимо имущество. На практика вероятно през определен период от време е съществувал изявен дуализъм, изразяващ се в прилагането на обичайни морални норми и на юридически актове, приемани, за да обслужват новосъздаващите се обществено-икономически отношения. Налице са смесени формулировки, при които даден договор е обединявал елементи на аренда, заем, наем и залог. Тази формулировка не би могла да се приравни на ипотека, особено в контекста на дискусиата, че земята в Атина преди приемането на Солоновите закони е била неотчуждаема. Това, което трябва да се подчертае в случая, е, че родовата колективна собственост, която в периода VII-V век пр. Хр. вероятно според действащите правила и норми, е била извън гражданския оборот; длъжникът е следвало да обезпечи своя дълг със своята личност. В години на преход в стопанските отношения, при които имаме преминаване от родова собственост, която собственост е извадена от търговския обмен, към индивидуална собственост, която свободно да бъде продавана и отчуждавана, обикновените процеси са съпроводени с насилие и принуда. Нерядко това е практика на самоуправство, дори е възможно то да бъде регулирано от закона (виж например практиката на *ignoris cario* в римското право)²⁴. Индивидуалната собственост дава свободата както да заложиш имота вместо себе си или член от семейството ти, така и свободата да се обособиш като индивид, като отделен, различен от семейната общност. Тоест индивидуализирането на собствеността води и до индивидуализирането на личността. Индивидуалната личност, стопанинът, има отговорността да развие притежаваното с добро управление, за да гарантират своето семейство.

Въпросите за собствеността и личната свобода, разгледани по-долу, се отнасят до Атина, за чието управление и живот са достигнали най-много сведения до нас.

²⁴ Зельин, К. К., „Борьба политических группировок в Аттике в VI веке до н. э., IV глава „Методические соображения и связи с проблемой гектеморов и разбор сообщений Аристотеля и Плутарха“, М., Наука“, 1964, с. 218 и сл. (достъпно от sno.pro1.ru).

Най-известни са законодателните решения на Солон, с които се извършват реформи по отношение на собствеността и на гражданските права и свободи. За съжаление текстове от Солоновите актове не са достигнали до нас. Информация за тях черпим от „Политика“ на Аристотел и „Успоредни животописи“ на Плутарх – съпоставката на Солон и Публикола.

Разглеждайки законите на Солон, Аристотел посочва, че според законодателството му в общественото управление участват всички граждани, като социалният им статус по принцип не е определящ. Установява правила, спрямо които активни изборни права имат всички, без значение какво е тяхното имотно състояние, но най-бедните са лишени от пасивно изборно право. „Изглежда Солон дал на народа само най-необходимата власт – да избира длъжностните лица и да търси сметка от тях (ако народът нямаше тази власт, би бил роб и враг на държавното устройство). Всички длъжностни лица обаче назначил от средата на знатните и богатите – от пентакосиомедимните, от зевгите и от третата класа на така наречените конници. Четвъртата класа съставлявали тетите, които нямали право да заемат никаква длъжност“²⁵.

Промените на Солон, свързани с премахването на дълговото робство, недвусмислено сочат, че то е било широко разпространено. В „Атинската държавна уредба“ Аристотел пише: „[...] и понеже държавният строй бил изобщо олигархически, бедните робували на богатите заедно с децата и жените си; те се наричали крепостни (πελάται) и шестичари (хектемори, εκτημοροι), понеже срещу такава заплата обработвали земята на богатите (цялата земя била в ръцете на малцина); ако не заплатели наема, могли да бъдат завлечени в робство заедно с децата си. Заемите ставали под залог на личната свобода чак до времето на Солон [...]“²⁶.

Според текста отношенията на зависимост могат да бъдат под форма на крепостничество или на шестичари. Както посочва и проф. Кацаров в една от бележките към превода, изречението „Бедните робували (εδουλοῦν) на богатите и пр. не трябва да се схваща в тесен смисъл на робство“, а в широк „служи някому“. Хектеморите като цяло са наемни работници, лично свободни, които обработват чужда земя срещу правото да задържат за себе си 1/6 част от реколтата. При невъзможност дългът да бъде изпълнен, кредиторът може да превърне длъжника си в роб, като го продаде извън пределите на елинския град, т. е. като го отведе в робство. Нещо повече – и семейството на длъжника следва неговата съдба.

Стопанският живот в древността е силно зависим от робския труд. Като се има предвид, че гръцките полиси не са завоеватели (каквито са Персия

²⁵ Аристотел, цит. съч., с. 59.

²⁶ Текстът на Аристотел е според превода на проф. Гаврил Кацаров, публикуван в началото на ХХ век. Р. преиздаден от изд. „Проектория“ през 2012 г. Въпреки че могат да се открият и други преводи в Интернет пространството, в текста на проф. Кацаров е направено ясно разграничението между крепостни и хектемори, <https://books.google.bg/books?isbn=6191560052> (достъп на 22 април 2019 г.).

и Рим напр.), поставянето в състояние на зависимост на обедняващи съграждани е обясним подход. Не е много приятно, дори може да е товарещо, да гледаш съгражданина си превърнат в роб; възможностите са две – или да не допуснеш той да получи статус на роб, или да не го гледаш като роб. Очевидно елините са се спрели на втората възможност (римляните са прилагали същото решение, продавайки попадналия в робство поради неизплатен дълг отвъд Тибър). Ще минат столетия, докато поне публично ще бъде призната християнската концепция да се моли от Бог милост за опрощаване на духовните дългове, „така както ние прощаваме на длъжниците си“.

Безспорно е, че Солон отменя личното заробване, както и продажбата в робство поради дългове, а земята и личността на хората са обявени за свободни. Чрез сизахтията (смъкване на бреме) са премахнати камъните, поставяни върху земята на длъжниците, върху които камъни са били обозначавани натрупаните дългове, а заложените/ипотекираните земеделски участъци са върнати на предишните им собственици. Продадените в робство в чужди страни за дългове били откупени. Било забранено занаят пред превръщането в роб на свободен поради неплатени дългове.

За връзката между личната свобода и имуществото, реализирана в Солоновото законодателство, Плутарх пише: „Съществено за Солон било премахването на дълговото робство, с което той в най-висока степен гарантирал свободата на гражданите. Защото няма полза от това, че законите предоставят равенство, от което бедните да бъдат лишавани заради дълговете си, а там, където най-вече се очаква да се ползват от свободата си, те най-силно да робуват на богатите, ако при съдебните процеси, при заемането на длъжности и при публичните обсъждания получават нареждания от тях и им слугуват. Но дори по-важно било това, че макар размирици да последвали пълната отмяна на дълговете, само с тази мярка, като с някакво опасно, но силно лекарство, той си послужил в правилния момент, и задушил надигашите се размирици, като със собствената си добродетел и слава взел превес над непопулярността и слабата страна на мярката“²⁷.

Връзката собственост - права в Древен Рим

За настоящото изследване интерес представляват два утвърждавани от римляните принципа, устойчиви във времето: разбирането, че добър гражданин може да бъде само притежаващият имущество (както беше посочено – тема, на която древногръцката философия отделя значително място), и убеждението, че собствеността е не само право, но и грижа, отговорност.

Римляните, както и елините, обвързват притежаваното имущество с възможността за политическа и изобщо за гражданска изява. Относно връзката между притежаваната собственост и гражданската добродетел, обяснявайки значението на думата *proletarii*, Авъл Гелий пише: „Но тъй като се смятало, че имотът и парите са залог и поръчителство спрямо общество-

²⁷ Плутарх, „Успоредни животописи“ – съпоставката на Публикола и Солон (достъпно от www.diaskop-comics.com/article.aspx?id=864).

то и че на тях се основава и крепи вярната любов към родината, нито пролетариите, нито „голтаците“ били записвани в армията освен при големи бунтове или опасности за държавата, защото техните семейства и имоти или били съвсем оскъдни, или изобщо не съществували“²⁸. Разисквайки цензорската строгост, отново Авъл Гелий описва и възгледа на римляните за собствеността като отговорност – разбиране, актуално и с днешна дата: „Ако някой допуснел нивата му да буреняса и я поглеждам от дъжд на вятър, без да си прави труда да я оре и плевя, ако някой изоставел свое дърво или лоза да подивеят, това не минавало безнаказано, а цензорите влизали в правата си и записвали ленивеца в списъците на ерариите“²⁹.

За римските общество и право не съществуват хора, които са роби въз основа на своя произход – етнически, социален или базиран на физически характеристики. Както посочва Улпиан, всички хора са равни, а робството съществува въз основа а *jus civile* (Dig. L 17.32). Дълговото робство като проява на връзката собственост – човешки права и свободи, има подробна уредба в римското право, което показва, че е било разпространено. Кредиторът имал право да убие длъжника или да го продаде в робство. През 326 г. пр. Хр. е приет *Lex Potelia Papiria*, с който е отменен нексумът (*nexum*), по силата на която формула длъжниците били оковани и предоставяни на произвола на кредитора. След 90-те години пр. Хр. е приет *Lex Fabia de plagiariis*, с чийто разпоредби се осъжда насилственото задържане на свободен и третирането му като роб или задържането на чужд роб³⁰. С времето поставянето в дългово робство в Рим замира. Причините са спирането на завладяване на нови територии (римското право считало попадналия в плен за роб), ниската раждаемост сред робите (детето на робинята е роб), а по-късно – и влиянието на християнската религия. Дефицитът на роби ги превръща в ценност и довежда до подобряване на начина им на живот.

Освен тези форми за превръщането на свободен в роб, неспециализираната литература описва и друг способ: самозаробването поради бедност. „Поразява една последна форма на робство, тази, която можем да определим като „самозаробване“. Става въпрос за хора, родени свободни, но толкова бедни, че се „продават“ на другите [...]“³¹. Изследването на тези правни разпоредби изисква специално задълбочено проучване на съхранените нормативни текстове, съдебни речи и решения, поради което не е част на това проучване.

²⁸ Авъл Гелий, „Атически ноци“, сборник „Истории на стария свят“, В. Вачкова, О. Радев., „Военно издателство“, С., 2012, с. 509.

²⁹ Авъл Гелий, цит. съч., с. 503.

³⁰ Костова, М., М. Новкиришка, Т. Пиперков, „Съпоставка на Мойсеевия закон и римските закони“, С., 2009, с. 152.

³¹ Анджеа, А. „Един ден в древен Рим – всекидневие, тайни и любопитни факти“, изд. „Колибри“, С., 2010, с. 161.

От разказа на Авъл Гелий обаче става ясно, че институтът на дълговото робство не е изчезнал и че продължава да съществува възможност длъжникът да бъде окован от своя кредитор и през II век. Самият Авъл Гелий е избран за съдия в Рим на *iudicia private*, а във времето, през което живее в Атина, изучава философия. В дискусиата за ролята на Дванадесетте таблици, която той описва в „Атически нощи“ (*Noctes Atticae*), е представен светогледът на древния римлянин, обосноваващ строгостта на закона към длъжниците. Разсъжденията са предадени чрез разговора между Секст Цицилий, който мотивира пред Фаворин смисъла на законите разпоредби. Една от темите е дълговото робство. „За неясните места [в „Дванадесетте таблици“ – бел. авт.] [...] не бива да търсим вината у съставителите, а да видим незнанието на неспособните да ги разберат, макар че и те едва ли могат да бъдат обвинявани, защото вековете са заличили думите и нравите на древните хора, а именно в техните думи и нрави се заключава смисълът на законите [...] Ала кое ли положение в тях може да се нарече сурово? [...] Чрез съблюдаване и тачене на добродетелите от всякакъв вид се въздигнал римският народ от невзрачното си начало до днешното си могъщество, но най-много и най-ревностно от всичко той почитал верността, смятал я за свещена и в частните, и в държавните работи [...] Тази вярност била свято съблюдавана от нашите предци не само при изпълнението на обществените им задължения, но и при сключването на сделки, и то най-вече при парични и търговски отношения: защото ще изчезне, смятали те, така нужната при съвместния живот в обществото парична подкрепа в случай на временен недоимък, ако вероломството на длъжниците се изпълне без тежко наказание. Затова на гражданите, признали, че дължат пари и осъдени да ги изплатят, се давали трийсет дни, за да потърсят необходимата за погасяването на дълга им сума; тези дни били наречени от децемвирите „съдебни“ (*iusti*) и представлявали един вид *iustitium*, тоест нещо като спиране и отлагане на съдопроизводството в този промеждутък, през който осъдените длъжници не могли да бъдат привлечени за нищо в съда. А ако не успявали да погасят дължимата сума, те били призовавани при претора и предавани от него в собственост на кредиторите си, които го оковали във вериги или в пранги“. Предавайки текста на Дванадесетте таблици относно процедурата, по която на длъжника се дава възможност да набави необходимата му да се издължи сума, обосноваването на Секст Цицилий на процедурата и мотивите за отношението към неспособния да върне заетата сума длъжник продължава: „На третия пазарен ден били наказвани със смърт или продавани на чужденците отвъд Тибър. Ала това смъртно наказание, чиято цел, както казах, е била да освети и узакони верността, изглеждало чудовищно с явната си жестокост и страшно с невиджаните си ужаси. Защото, ако заемодавците, на които бил присъждан обвиняемият, били няколко души, на тях им било позволено да насякат и да разкъсат, ако искат, тялото на предадения в тяхна власт длъжник [...] „На третия пазарен ден да бъде разсечен на части. Ако го разсечат на повече или по-малко парчета, това да не бъде наказуемо“ [според Дванадесетте таблици – бел. авт.]. Наистина едва ли бихме от-

крили нещо по-безмилостно, нещо по-безпощадно, ако това безчовечно наказание не е било обявено, както по всичко си личи, единствено с намерението никога да не се стига до него. А днес сме свидетели как мнозина биват отдавани под властта на кредиторите и оковавани от тях, защото за долните люде оковаването е дребна работа; а някой да е бил разкъсан в древността – за такова нещо нито съм чел, нито съм чувал, защото подобно свирепост наказание не е могло да се смята за дребна работа³².

Интересно е, че концепцията за заплащане на дълг с плът не отмира с времето. Ако си припомним „Венецианския търговец“ на Шекспир, то обезпечаването на дълг с човешкото тяло продължава да съществува и в разцвета на Ренесанса. Нещо повече – такова обезпечение може да бъде дадено не просто от безимотен, а дори и от благородник. В ситуация на забава и неплатежоспособност, когато дългът е станал изискуем, съдът е длъжен да постанови изпълнение на уговореното.

„Да идем при нотариуса – там,
дори не двамата, а вие сам
ще ми подпишете една хартийка,
в която ще се казва на шега,
че ако тоз и тоз във даден срок
не изплати указаната сума
на еди кой си,
този еди кой си ще има право като неустойка
да вземе къс месо, тежащо фунт,
от собственото тяло на длъжника,
и то оттам, отдето той поиска
по свое усмотрение“.

.....
„Необичаен иск сте предявили,
но тъй като безукорен е той,
законът на Венеция не може да го обори“.

.....
„Тогава на полицата срокът е изтекъл
и по закон евреинът е в право
да вземе фунт месо от тоз търговец
в съседство до сърцето [...]“.

Християнството е повлияло върху светогледа, но не е успяло да го промени изцяло³³. Недопустимо е да се пролее християнска кръв; но заплащането на дълга с човешка плът е възможно, допустимо и в крайна сметка

³² Авъл Гелий, цит. съч., с. 496–497.

³³ Връзка между „Венецианския търговец“ и съществуващата в Древен Рим възможност кредитодателят да иска заплащане на дълга с част от тялото на длъжника, е правена и от

– защитено от закона. Римската традиция повелява, че законът трябва да се спазва, дори когато е лош, дори когато е жесток:

„Венеция не знае власт,
която да бъде над закона.
Щом допуснем да бъде буквата му нарушена,
през този първи пробив ще нахлуят
в града ви рой от грешки“.

Такова разбиране за ролята на закона и съда би ужасило древногръцкия философ, който приема прилагането на нормата и правосъдието като реализиран стремеж на съвършените обществени отношения. За Рим, а очевидно и за Венеция по-късно, жалонът е ясен: *Dura lex, sed lex* („Лош закон, но закон“).

Колонатът, правото на собственост и личните права и свободи

Развитието на социално-икономическите и обществените отношения е съпроводено с изменения в уредбата на правата и задълженията между притежаващите собственост и тези, които не притежават такава. Постепенно се изграждат основите на друг тип уредба и правно положение. Колонатът е изява на тези промени. Въпреки изследователския интерес, той продължава да е една от най-неясните институции на Късната античност.

Поради икономически причини колоните постепенно, но трайно, изпадат в зависимост от собственика на обработваната от тях земя. През 332 г. е издадена конституция, по силата на която колоните, които били напуснали дадената им под аренда земя без съгласието на собственика, подлежат на принудително връщани (*Cod. Theod.* 5, 17, 1), а през 356 г. бил издаден закон, по силата на който се забранявала продажба на земя без живеещите там колони (*Cod. Theod.* 13, 10, 3). Постепенно се оформя особен статут, по силата на който от една страна колоните могат да придобиват собственост върху недвижим имот, т.е. могат да сключват правни сделки, както и могат да встъпват в брак. Същевременно колоните се считат „за роби на самата земя, на която са родени“ – не могат да отчуждават имуществото си без съгласието на господаря си, а самият господар има дисциплинираща власт върху колони, включително притежавал правото да го прехвърля от едно имение в друго.

Същността на колоната се изразявала в прикрепването/закрепостяването на колони не към държавата, а към конкретен собственик на земя.

други изследователи. Не е изследван обаче от правна гледна точка талантът на Шекспир, изпъкнал в представения правен каламбур, да смеси английския правен прецедент, търговското и градското право, действащи във Венеция, както и норми на каноническото право, правейки препратка към Аутодафе (акт на вярата, прилаган като безкръвно наказание от Светата инквизиция на Римокатолическата църква през Средновековието) и към библейски мотиви, свързани със свещения характер на християнската кръв.

Собственикът на земята отговаря за колона пред държавата. Така в публично-правно отношение възниква ново обществено положение за тези лица, което представлява нещо средно между арендатор, наемател на земята – от една страна, и роб – от друга. Този нов статус следвало да намери своята юридическа регламентация. Законодателството, както и съпътстващите го юридическа доктрина и съдебна практика, следвало да различат положението на колона както от този на роба, така и от положението на свободния. При уредбата на принудителните мерки, с които колонът се прикрепвал към земята, се създават множество и конкретни законови постулати. Когато обаче се търси решение на личния и на гражданскоправния статут на тези лица, късното римско право се изправя пред затруднения, които не успява да преодолее изцяло. Противоречиви са отговорите на множество съществени въпроси: колонът свободен ли е или не?; собственикът на земята негов *dominus* ли е или негов *patronus*?; какви са отношенията между роб и колон?; какъв е статутът на дете от колон и свободен?; какви имуществени права има колонът върху своето имущество? Тези въпроси се решават нееднозначно в издаваните императорски конституции от този период, понякога дори противоречиво. Основната тенденция, която се откроява, е, че колонът е свободен – от една страна, но в голяма степен лично то му положение се урежда по правила, близки до статута на роб³⁴.

Римското право уреждало както хипотезите за възникване на колонатни отношения, така и за тяхното прекратяване. Как един свободен става колон? Известни са няколко способа: 1) детето на колоните също е колон; 2) по давност – когато едно лице живее 30 години като колон то става такъв; 3) чрез договор; 4) при просия. Освобождаването от колонатна зависимост можело да бъде извършено от собственика на земята; 2) когато колонатът е въведен в епископски сан или постъпи в манастир при наличие съгласието на собственика на земята; 3) чрез 30-годишна давност.

Връзката икономически статус/липса на собственост – попадане във феодална зависимост в Западна Европа

Развитието на феодалните отношения създава нови форми на икономическа зависимост. В Западна Европа – Англия, Франция, Германия и др., постепенно се изгражда строга феодална йерархия и отношения на субсидиарност, с ясно изразена стратификация. Връзките на зависимост са нормално явление на всички социални нива в тази част на континента. Разликите са в природата на задълженията, поети от по-нисшата страна.

Съществена характеристика на средновековното западноевропейско право е, че паралелно действат няколко различни системи, регулиращи отношенията между различните субекти – както съобразно йерархията, така и съобразно отношенията в различните правни области: системата

³⁴ Ростовцев, М. И., „Колонат“ – статия-приложение към труда на Макс Вебер „Аграрна История Древнего мира“, Москва, 2001 г., с. 488-489.

на манориалното право, на градското право, на феодалното право³⁵, на църковното право, на търговското право³⁶.

Особеност на западноевропейската средновековна правна система е, че попадането в лична зависимост се проявява по-скоро под формата на личен акт. При оформиля се с времето византийско-славянски обществен модел на Изток, попадането в зависимост е следствие на публично-правен акт.

Две от юридическите форми на попадане в зависимо и в подчинено положение поради недостиг на средства през Средновековието в Западна Европа са отношенията на васалитет и серваж.

Васалитетът (васалаж) означава отношенията между феодален владетел, получил земя от друг феодал, който е негов сюзерен. Сюзеренът покровителства и защитава своя васал. В замяна на това васалът се задължава да помага на своя сюзерен, най-вече под формата на военна подкрепа, когато такава е необходима, да следва указанията му за водене на външната и вътрешната политика, както и да изплаща договорените данъци. Като цяло васалитетът се развива в една почетна връзка, при която васалът – подчинената страна – дължи почетни задължения, по-специално военна подкрепа, които не компрометират неговия социален ранг. Най-ранните васали са безимотни лица в свитата на военни предводители, от които те получават различни почетни длъжности. Почетната служба традиционно се установява като кратък път за социален напредък. Така

³⁵ Един от най-важните обединяващи елементи на феодалното право било обединяването на политически и икономически права в ръцете на притежаващия ги – правото да управлява, и правото да се разпорежда със земята. Юридическият термин, използван да обозначи това съчетание, е латинската дума *dominium*, с която следвало да се означава от една страна господство/власт (в източниците на англ. ез. се обозначава като „lordship“), и от друга страна – право на собственост (в източниците на англ. ез. – „ownership“). „Lordship“ е коректно използвана дума в случаите, в които следва да бъде обозначено правото на господаря да правораздава в собствен съд и да издава законодателни актове. „Ownership“ също е точната дума, стига да не се ограничава до значението, дадено на термина през XVII век, когато му е придаден смисъл на абсолютното, лично, изключително право над притежаваните неща. Напротив, феодалният *dominium* обичайно е ограничен, разделен и споделен под различни форми. Даден правен субект можел да притежава определени права върху земята, противопоставими срещу неговия господар, а този господар можел да притежава определени права върху същата земя, противопоставими срещу неговия господар, а също така и други права, противопоставими на господаря на господаря, който можело да бъде и кралят. Конкуриращите се права били насочени към самата земя, която била считана/определена като вид юридическо лице. До средата на XI век отношенията господар и васал по отношение владееенето на земята – от една страна като част от феодалното право, и отношенията между господар и селянин като част от манориалното право – от друга, не са били елемент от систематизирана правна уредба. Такава се извършва през XI-XII век. (Berman, H. J., *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1999 г., с. 297; 312).

³⁶ Паралелно действащи правни системи, представени и в цитираната творба на Шекспир.

постепенно и васалитетът губи елемента на зависимост в Европа, особено на Запад от Рейн. През VIII век се утвърждава като почетна връзка, реализирана на основата на доброволна комендация. В някои страни, като Германия например, васалитетът продължава да е израз на отношения, при които едната страна е с по-нисък ранг³⁷.

При изследване на договорните отношения за уреждане на социално-икономическа права и задължения през Средновековието, интерес представлява фразата „договорна взаимност“ („contractual reciprocity“), която обозначава феодален договор. Този договор се развива в Западна Европа в две форми: 1) договор за почитане (homage) или 2) договор за вярност/за вярна служба (fealty) без почитане. „Договорната взаимност“ е договор за въвеждане в конкретен статус, в конкретно правно положение. В този смисъл тя наподобява договора за брак – съпоставка, правена от юристите през XII век. За разлика от търговските договори, например, всички права и задължения по договора между лорда и васала са били определени от обичайното право и не е можело да бъдат променяни по волята на страните. Договорните аспекти са се съдържали във възможността да бъде дадено съгласието за встъпване в такива взаимоотношения. Договорът за почитане не е можело да бъде развален по взаимно съгласие между страните, защото той се основавал на свещен обет/клетви, дадени като обвързващо задължение за цял живот. Напротив, договорът за вярност/за вярна служба можело да бъде развален по взаимно съгласие; договорът за почитане и договорът за вярност можело да бъдат развалени от всяка от страните при нарушаване на основните задължения по договора от другата страна. Взаимността при договора за почитане се основава на факта, че васалът става човек на лорда в замяна на което лордът става господар на васала. Това е взаимно обвързване за цял живот, запечатвано/подпечатвано с целувка – едва ли не подобна на брака. Обетът на васала за вярност включвало задължението васалът да управлява феодалното владение (ленът) вярно. Обетът на господаря (лорда) се изразявал в задължението господарят да не прекрочва юридически определените граници на неговата власт, както и задължението да подпомага васала по различни начини. Васалът можел да дължи почитане и вярна служба към повече от един господар (лорд)³⁸.

Наблюдава се объркване между васалитета и крепостничеството (серважа). Това объркване се обяснява с факта, че при серважа селяните,

³⁷ Васалитетът, разглеждан в по-широк аспект, е зависимост на една държава от друга; характерен за ранния и средния стадий на феодализма, през XVIII век, когато в Европа са се утвърдили централизирани национални държави, той е почти отрял. Берлинският договор създава, и то по пътя на международен договор, Княжество България като васално на Високата порта – един от последните исторически примери за васалитет, като държавна зависимост.

³⁸ Berman, H. J., *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1999 г., с. 306.

които се отдават заедно със земите си на господарите, губят своя статус; техните задължения и по-специално ангарията не са почетни съобразно стойностните стандарти на епохата.

Серважът се определя като отношения, при които свободен мъж се предоставя под властта на господар, дава му обикновено и земята си и после я получава обратно като държане в замяна на парична рента, натурални плащания и/или работа за определен срок от време, често до живот или повече от един живот време. По-нисшата страна чрез това споразумение губи статуса си.

Израз на така оформилите се отношения е институтът на *commendatio* – използван като съществително, и в случая означава акт на доброволно подчиняване на свободен мъж на друг. Така се създават правни отношения, по силата на които едно лице попада под *patrocinium* (защита, покровителство; клиенти – мн. ч.). Във времената на Каролингите се използва като глагол *commendare* в смисъла да се поставиш под защитата и властта на друг „*Munt*“ (вероятно *mund*, *munt* води до латинизирането на термина – лат. *mundium*).

Процедурата, формата, с която един свободен мъж встъпва в *patrocinium* на друг, можем да открием в правило № 43 в *Formulae Turonenses* (твърди се, че сборникът е от втората четвърт на VIII век):

„Този, който се подчинява на властта на друг“ – „Към щедрия господар [...]

Аз [...] Тъй като на всички е известно, че нямам храна и дрехи, се обърнах, молейки за Вашата милост, и доброволно реших да се поставя във Ваша служба или доброволно да се подчиня. И аз направих това. Оттук нататък нека бъде така, че Вие ще се грижите за мен с храна и дрехи и то в такъв размер, в какъвто аз Ви служа и с тази служба заслужавам Вашата помощ. До своята смърт ще Ви служа и ще ви се подчинявам и през целия си живот не мога да се освободя от Вашата власт и закрила. С това Ние се споразумяваме, че всеки от нас, който иска да се откаже от това споразумение, дължи на отсрещната страна *Solidi* [...] За това беше прието за необходимо всяка от страните да разполага с подписан екземпляр от този титул/грамота/договор. И това направихме/Свършихме го“³⁹.

Тази процедура по създаване на отношения на взаимна зависимост била съпроводена от като формален юридически акт за въвод в имот или за встъпване в длъжност – светска или църковна, който акт съпровожда ритуала по предаване на инсигниите, символизиращи властта и правото да бъдат реализирани правомощията на длъжността. В Ранното Средновековие процедурата по предаване на владението била реализирана и чрез множество символични ритуали, които с времето постепенно намалявали и изчезвали.

С установяването на феодалното общество и развитието на васално – ленните отношения инвеститурата станала един от трите основополагащи

³⁹ Ganshof, Francois-Louis. Was ist das Lehnswesen? Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1961., (Der Treueid), с. 77-80.

елемента за оформяне на договора за василитет (*commendatio*), заедно с почитта (*homagium*) и клетвата за вярност (*fidelitas*). Ленните отношения имали двойк характер: двустранен личен съюз между васала и сюзерена и отношения на поземлена зависимост, които се установявали с акта на въвеждане на васала във владение на предоставяния му от сеньора феодален лен. Оформянето на договора имало вариации в зависимост от времето, региона, социалния статус на страните и едва през XI век приема сравнително завършена форма. Бъдещият васал, гологлав, невъоръжен и коленопреклонно полагал длани в ръцете на сеньора, като оставял/вричал себе си (*commendare*) на неговото покровителство, ставайки „негов човек“ (*homo*, оттук *homagium*). Сюзеренът го изправял и двамата се целували. Полагайки клетвата за вярност и приемайки задълженията за военна служба (*auxilium*) и участие в съдебно-административната дейност на сеньора (*consilium*), васалът получавал в замяна гаранции за военна и административна защита, както и носещото доходи владение – бенефиции. Въвеждането във владение било съпроводено с процедура на инвеститура, в хода на която се извършвало предаването на инсигниите – знамена, копие, скиптьр, ръкавици, шапка, шепя пръст и т. н. и се обявявало предаването на правото на ползване на лена⁴⁰.

Тази практика на попадане в зависимост въз основа на договаряне, е оказала влияние върху последващото развитие на теориите за правото на собственост (авторите от Новото време в голяма част от случаите използват конструкции, създадени или в Античността, или в Средновековието). В договорната концепция на Лок е много вероятно основание за развитието на идеята му да е именно това договорно отношение, което намираме и в правило № 43 в *Formulae Turonenses*. Разглеждайки договорните отношения, към които могат да бъдат отнесени серважът и васалажът, Лок пише: „Но дори някой да използва по толкова неправилен начин даровете Божи, с които е обсипан от неговата щедра ръка и дори да бъде жесток и безмилостен в крайна степен, то това не доказва, че собствеността над земята, даже в този случай, дава някакъв авторитет над човешките личности; това може да направи само договорът, защото авторитетът на богатия собственик и подчинението на нуждаещия се бедняк започват не с имуществото на господаря, а със съгласието на бедния човек, който предпочита да се подчини, вместо да умре от глад. И човекът, на когото той се подчинява, не може да претендира за повече власт над него, от тази, за която той се е съгласил в договора [...] (43)“⁴¹. Русо също извежда аргументи за обществения договор от двустранното споразумение между двама души: „Щом някой човек няма природна власт над своя себеподобен и щом силата не създава никакво право, значи, че за основа на всяка законна власт между хората остават споразуменията. Ако частно лице, казва

⁴⁰ <http://www.pravenc.ru>

⁴¹ Лок, Дж. „Два трактата за управлението“, изд. „ГАЛ-ИКО“, С. 1996 г., с. 85.

Гроциус, може да отчужди своята свобода и да стане роб на един господар, защо цял народ да не може да отчужди свободата си и да стане роб на един цар? Тук има доста двусмислени думи, които се нуждаят от обяснение; но нека се ограничим с думата отчуждавам. Отчуждавам (*aliéner*) означава давам или продавам. Когато един човек става роб другиму, той не се дава, той се продава, най-малкото срещу своето препитание; а срещу какво се продава един народ?⁴² Нещо повече: Русо разглежда именно договорното споразумение за поставяне на свободен в зависимост от друг поради неспособност да се издържа от собственото си имущество. Неправилно тази зависимост е представена или преведена като робство (посоченият по-горе цитат е от Глава четвърта от „За обществения договор“, озаглавена „За робството“). Русо смесва доброволното поставяне в зависимост, основаващо се на двустранно съглашение за почитане или за вярност (разпространено във Франция през Средновековието), със самозаробването поради бедност (характерно по-скоро за античния свят)⁴³.

Дълговата зависимост в Следосвобожденска България и паралелите с банковото кредитиране след 1990 г.

Развитието на собствеността и правата върху нея в България носят множество специфики. Реализираното в столетията натурално стопанство, непознаването и неспособността да се използва паричен капитал, както и ограниченият размер на стопанството, имат за последица втвърдяването на убеждението на българина, че единствено сигурното капиталовложение са недвижимостите⁴⁴. Както посочва и Румен Аврамов „Най-сериозната, и може би единствената ефективна икономическа заплаха в България е била заплахата срещу имота [...] Това, което заслужава да се отбележи, е разду-

⁴² Русо, Ж., „За обществения договор, или принципи на политическото право“ – „Избрани съчинения“, том I, изд. „Наука и изкуство“, С., 1988 г., с. 84-85.

⁴³ Когато обосновава принципите на своята теория на справедливостта, Ролс стъпва върху основите на теорията за обществения договор, поставени от Лок, Русо и Кант (Ролс, Дж., „Теория за справедливостта“, София, 1998 г., с. 20). Трябва да се отбележи, че за целите на своята теория Ролс разглежда аспектите на хипотетичен, а не на реален договор, при който първоначалните, изходните условия, са неясни. Дуоркин ще аргументира част от своите концепции за човешките права, разглеждайки теорията на справедливостта на Ролс, основана на договорната теория (виж Дуоркин, Р. „Да се отнасяме към правата сериозно“, шеста глава „Справедливост и права“, ИК „КХ“, С. 2003 г., с. 205-245). В контекста на настоящото изследване е разискваната от Дуоркин възможност всяка от потенциалните страни по обществения договор да наложи „вето“, т. е. да не приеме договора, с. 234). В този смисъл също могат да бъдат направени паралели с феодалната договорна взаимност, при която страната има възможност да вземе самостоятелно решение дали да осъществи договорна връзка, но няма възможност да променя условията на договора.

⁴⁴ Караджова, М. „Някои исторически обусловени особености на правото на собственост в България“, *Law Journal of New Bulgarian University*, 2/2018.

ването на разходите за частно строителство през най-тежките години на депресия. Влагането на пари в строителство е естествена реакция на ситуацията в банковата система и убежище на спестяванията⁴⁵.

Неяснотата, свързана с правото на собственост, и липсата на адекватно законодателство, което да може да регулира по подходящ начин както процесите по установяване, така и по придобиване на собствеността, довежда до изпадането на част от населението на Княжеството, особено земеделското, в тежка дългова криза. Последниците от това са сиромашия, която на съвременния стерил политически език бихме определили като „социално изключване от обществения живот“, морална деградация и икономически упадък⁴⁶.

Дълговата криза на българското село в края на XIX век е последица от различни причини, една от които е липсата на капитал и подчинява селяните от цели села на лихвари.

Според „Изложение за състоянието на Ловчанското окръжие през 1896-1897 г.“, населението на селата Владня, Смочин, Зелково, Продимчец е окончателно обезземлено от лихвари⁴⁷. Картината на попадането в дългова зависимост е ясно описана в „Сведения за задълженията на земеделците към лихварите“, С. 1901 г.:

„А такава аномалност съществува у нас, и то в такъв размер, щото цели села се намират в икономически отпадък. Земеделците, вземани изцяло, не само че не прогресират в материално отношение, но напротив, отпадат, макар и бавно, но постепенно. Това отпадане е естествено следствие на непоносимите за тях задължения [...] Освобождението ни завари един беден народ с малко собствена земя, а отчасти и без такава. За да се снабди с нея една част от населението откупи със собствени средства имотите на забогателите турци, и то с доста висока цена, защото имотите им бяха много добри. По-голямата част от населението обаче е нямало собствени парични средства и за откупуването на земите е заемало от частни лица с много високи лихви. Понеже това изкупуване на земите стана сравнително в много кратък период и то когато в страната не съществуваха почти никакви кредитни учреждения, то на притежателите на свободни капитали се удаде най-удобно време за бързо и леко обогатяване. Заемите, сключвани при тия условия, са взели лихвоимски характер и върху новите стопански земеделци легнаха дългове, които парализираха десетки хиляди селски стопанства. [...] Сиромашията и мизерията в това село е в крайния си предел, в следствие на това селяните в морално отно-

⁴⁵ Аврамов, Р. „Комуналният капитализъм. Из българското стопанско минало“, том I; София 2007, с. 80-83.

⁴⁶ По книгата на Георгиев, Величко, Ст. Трифонов: „История на българите 1878-1944 в документи, том I, 1887-1912, част първа, изд. „Просвета“, 1994, дял IV, глава Първа: Социални отношения, с. 311-316.

⁴⁷ Андреев, М. „История на българската буржоазия и право 1878-1917“, изд. „Наука и изкуство“, С., 1980, с. 78.

шение са много отпаднали. При подобни условия от земеделеца не може да се очаква един добър гражданин⁴⁸.

От края на XIX век до момента кризите, възникващи в следствие на необслужване на кредити, проявяват цикличност. Към момента както Националният статистически институт, така и БНБ отчитат динамичен ръст на кредитите за домакинствата, както и на ипотечните кредити. В не много далечен план тази тенденция се очаква да смени посоката си. Неспособността част от длъжниците да обслужат потребителските и жилищните си кредити е очаквана. Последиците са ясни – мизерия, липса на перспектива, обществен упадък, неспособни граждани.

Заклучение

Сентенцията на Цицерон *Historia magistra vitae* („Историята е учител в/на живота“) е подходящо начало за заключителните думи към този текст. Попадането в дългова зависимост съпътства обществото през вековете и все още е част от битието и на съвременния човек. В определени части на света тази зависимост продължава да съществува под формата на робство. С хилядолетията възможностите на кредитора да изисква обезпечаване и изпълнение на имуществен дълг с личността на кредитополучателя се трансформират. Обаче не изчезват.

Периодът на социализма се характеризираше с плановото строителство, както и с липсата на система за финансово кредитиране, съпоставима със съществуващия световен банков пазар. 90-те години на XX век завариха неподготвен българския гражданин да управлява своите доходи в новия пазарен контекст. Средното и висшето образование не съумяват и досега да предложат адекватно обучение, свързано с предоставяне на базови знания и умения за управление на личните доходи и спестявания, както и използването на кредит. Кое е предпоставка за попадане в дългова зависимост в нейните нови, съвременни измерения.

Актуален за българската действителност е и въпросът за подходяща законодателна регламентация на множество повтарящи се казуси, свързани с предоставянето на банкови кредити и защита правата на кредитополучателите. Липсва политическа визия и законодателна далновидност за решаване на очаквани проблеми, които са съпроводени с тежки лични и социални последици.

⁴⁸ По книгата на Георгиев, В., Ст. Трифонов: „История на българите 1878–1944 в документи, том I, 1887–1912, част първа, изд. „Просвета“ 1994 г, с. 311–316.

ПРИНЦИПЪТ ЗА СЪРАЗМЕРНОСТ В ИЗПЪЛНИТЕЛНОТО ПРОИЗВОДСТВО ПО АДМИНИСТРАТИВНОПРОЦЕСУАЛНИЯ КОДЕКС

Памела Бучкова¹,
Нов български университет

Резюме: Административнопроцесуалният кодекс въвежда принципа за съразмерност като гаранция за защита на правата и законните интереси на гражданите в производствата с административен характер. Статията разглежда специфичното проявление на този принцип, като обръща внимание и на актуалната съдебната практика. Анализът цели да изведе възможни решения на проблемите в правоприлагането.

Ключови думи: административен процес, принцип за съразмерност, правоприлагане, законни интереси

THE PRINCIPLE FOR PROPORTIONALITY IN THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS UNDER THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE

Pamela Boutchkova,
New Bulgarian University

Abstract: The Administrative Procedure Code introduces the principle for proportionality as guarantee for protection of the rights and lawful interests of the citizens in the proceedings of administrative character. The article reviews the specific expression of this principle under the Code as it also draws attention to the up-to date case-law. The purpose of the analysis is to introduce possible solutions of the problems in the law enforcement.

Keywords: Administrative Procedure, Principle of Proportionality, Law Enforcement, Lawful Interests

¹ Гл. ас. д-р Памела Бучкова, имейл: pamelaboutchkova@gmail.com

Съразмерността като принцип на правото

Правните принципи отдавна са обект на подчертан интерес от страна на теорията. Липсва единодушие сред представителите на правната мисъл относно същността и естеството на правните принципи. Основният спор се състои в това дали те са или не са правни норми. Като изходна позиция на настоящото изложение е коректно да бъде споделено личното становище на автора по въпроса, а то се присъединява към изразеното в теорията разбиране, че правният принцип е ръководна идея при формулиране и аргументиране на правните норми и в нея има общочовешки елементи². В пълна степен това разбиране се отнася и до принципа на съразмерността (пропорционалността)³ във всички сфери на неговото проявление.

В правната теория се отбелязва, че правните принципи са поначало ценностно натоварени. Ценностите показват коренното основание на правните принципи и тяхната връзка с морала. Те са нормативни твърдения, които предоставят аргументи за моралното и политическото оправдание на правото⁴. Ценността, с която принципът на съразмерността е натоварен, е справедливостта.

Принципът на съразмерността е основополагащ правен принцип, който е изначално свързан със справедливостта, като ценностно явление и общ фундамент на социалната и правната действителност. От гледна точка на социалната философия справедливостта се разглежда като съразмерност между права и задължения на личността, между труд и възнаграждение, между престъпление и наказание и други социални явления.

Макар справедливостта да не е нормативно пояснено понятие, тя контролира формата и мярата на правото, като задава неговата оправданост, правилност, съразмерност, придава му гъвкавост и точност при намирането на позитивноправните решения за отделните житейски

² Маринова, С. Към понятието правен принцип, Икономически алтернативи, бр. 5/2009, с. 80. Авторката сочи, че като най-деликатната и невидима част на правото правните принципи все повече се изследват и признават като ръководни начала по отношение на правните норми както при правосъздаване, така и при правоприлагане.

³ Принцип на съразмерността е българският превод на общоприетият в европейското право термин *principle of proportionality* (принцип на пропорционалността).

⁴ Панайотова, Е. Основни принципи на изпълнителната дейност по АПК, Сиби, 2018, с. 71.

случаи⁵. Затова не би било пресилено да се каже, че именно справедливостта е ръководната идея, онази ценност, с която най-вече е натоварен принципът на съразмерността⁶.

Принципът на съразмерността се ражда в практиката на Съда на Европейските общности и понастоящем се числи към общите принципи на правото на Европейския съюз. Съдът доразвива този принцип в своята практика и тя става основа за официалното му въвеждане в член 5, параграф 4 от Договора за Европейския съюз⁷. Някои автори приемат, че като правен принцип принципът за съразмерност произтича пряко от учредителните договори и се прилага както спрямо държавите членки, така и спрямо институциите на Европейския съюз⁸.

Принципът за съразмерността се следва стриктно и в практиката на Европейския съд за правата на човека (ЕСПЧ), макар да не е изрично предвиден в Европейската конвенция за правата на човека⁹. За съжаление в практиката на ЕСПЧ се срещат случаи, в които неправилно съдът

⁵ Книжаров, С., Право и справедливост. Юридическа и философска трактовка в българската доктрина, [онлайн ресурс], 13.12.2015 г., <https://www.challengingthelaw.com/konstitucionno-pravo/pravo-i-spravedlivost/>, посл. посетен 29.3.2019 г.

⁶ Правилно проф. Кино Лазаров посочва, че с ал. 1 на чл. 6 от АПК са въведени в правна норма принципи на морала – за добросъвестността и справедливостта. С това те стават правни изисквания и оттам – основания за оспорването и отмяната на нарушаващия ги административен акт. –Коментар на Административнопроцесуалния кодекс. Авт. К. Лазаров, Е. Къндева, А. Еленков, ЦОА „Кръстю Цончев“, София, 2007, с. 13.

⁷ Относно произхода и развитието на принципа на съразмерност в правото на Европейския съюз вж. Пехливанов, К. Принципът на съразмерността в Европейското административно право. Сп. „Адвокатски преглед“, бр. 6-7/2009.

⁸ Вж. Административнопроцесуален кодекс. Систематичен коментар. Проблеми в правоприлагането. Анализ на съдебната практика. Авт.: А. Ангелов, Л. Панов, А. Еленков, А. Дюлгеров, А. Дишева, М. Казанджиева, С. Янкулова, Т. Николова и Ю. Ковачева. София, Труд и право, 2013, с. 61 и сл. и цитираната там литература и съдебна практика.

⁹ В практиката на Европейския съд по правата на човека най-общо е възприето разбирането, че принципът на пропорционалността изисква държавните органи да сведат до минимум намесата в правата на човека и да се стремят да постигнат целите си по възможно най-необременителния за правата на човека начин. Държавните органи следва да постигнат справедлив баланс между изискванията на общия интерес и изискванията за закрила на основните индивидуални права (Решение от 23 септември 1982 г. по дело *Sporrongand Lonroth v. Sweden*). Съдът трябва да определи дали причините, изтъкнати от националните власти, за да оправдаят намесата, са релевантни и достатъчни, и дали предприетата мярка е пропорционална на преследваните законни цели (Решение от 2 октомври 2012 г. по дело *Йорданова и Тошев срещу България (Yordanova and Toshev v. Bulgaria)*, по жалба № 5126/05, § 46). В Решение от 24.4.2012 г. на ЕСПЧ по делото *Йорданова и други срещу България*, жалба № 25446/06, е потвърдено, че заповедта за отстраняване, постановена срещу обитателите на жилищата, може да се счита за „необходима в едно демократично общество“ за постигането на законна цел, само ако отговаря

разглежда необходимостта от прилагането на принципа на съразмерността в зависимост от липсата или наличието на уредба на този принцип в правото на държавата, от която изхожда жалбоподателя¹⁰.

Принципът на съразмерността има подчертано значение в сферата на публичното право, където най-общо се разбира като изискване за съизмеримост на публичните и личните интереси. Развитието на този принцип, включително нормативното му поясняване, е пряко свързано с нарастването на влиянието на изпълнителната власт и разширяването на нейните дискреционни правомощия, а оттам и с необходимостта от ефикасен съдебен контрол върху изпълнителната дейност.

Без съмнение е, че принципът на съразмерността е общ принцип, чието прилагане е в пряка връзка с формулираната от закона цел¹¹, а стриктното

на „належаща обществена нужда“ и, по-специално, ако е съразмерна на преследваната законна цел (§ 117, § 123). В същото решение (§ 118) ЕСПЧ се възприемат критерии относно свободата на преценка на държавните органи при намеса в правната сфера на гражданите и организациите, като се изтъква, че в области, свързани с прилагането на социални или икономически политики, съществува принцип, че държавните органи имат по-широка свобода на преценка. От друга страна, свободата на властите е по-ограничена, когато въпросното право е от решаващо значение за ефективното упражняване от индивида на лични или жизненоважни права – за идентичността на индивида, самоопределянето, физическата и моралната неприкосновеност, поддържането на взаимоотношения с другите и установеното и сигурно място в общността, при висока степен на проникване в личната сфера на засегнатото лица.

¹⁰ Типичен пример за това е Решение от 12.11.2013г. по дело Галина Костова срещу България, жалба № 36181/05 г., в което в § 61 ЕСПЧ сочи следното: „Нито пък изглежда, че в съответния момент българското законодателство ясно изразява общия принцип, че всички административни решения трябва да бъдат строго пропорционални на целта, която трябва да бъде постигната чрез издаването им. Този принцип е изрично и изчерпателно залегнал в чл. 6 от Административно-процесуалния кодекс от 2006 г., но тази разпоредба влиза в сила на 12 юли 2006 г. (вж. параграфи 39 и 40 по-горе), след края на производството по съдебно обжалване по делото на жалбоподателката. Поради това Върховният административен съд при тези обстоятелства има право да не споделя оценката на целесъобразността на изключването на жалбоподателката от списъка на лицата, които имат право да бъдат назначавани като синдици“.

¹¹ Конституционният съд в свое Решение № 13 от 13.10.2012 г. по к. д. № 6/2012 г., взето по повод искане за установяване на противоконституционност и несъответствие с международни договори, по които България е страна, на целия Закон за отнемане в полза на държавата на незаконно придобито имущество (обн., ДВ, бр. 38 от 18.5.2012 г.) сочи следното: „Целта на закона е особено съществен негов елемент и трябва да бъде очертана ясно и точно, защото това има важно значение за логическото тълкуване на неясните норми от закона. Изискването за яснота на целта на оспорения закон е още по-завишено, тъй като въздигнатото като второ кумулативно условие за ограничаване на притежанията по член 1 от Протокол № 1 към [ЕКПЧ] е това да става „съгласно условията, предвидени в закона“. И според практиката на ЕСПЧ ефективна правна регулация може да се постигне само на базата на ясен закон, с предвидимо правно действие.

му съблюдаване е наложено като трайна тенденция в съвременното правотворчество и правоприлагане¹².

Проявления на принципа на съразмерността в административния процес

В административния процес, разбран в широк смисъл¹³, принципът на съразмерността има свои специфични проявления, както при издаването на административните актове (в т. ч. нормативните), така и при изпълнението на административните актове (и другите изпълнителни основания по чл. 268 от АПК).

Общата уредба на принципа на съразмерността в чл. 6 от АПК предвижда задължение за административните органи да упражняват право-

Очертаването на точната цел на закона не е само въпрос на законодателна техника, а е гаранция за избягване на административния и съдебен произвол. Целта на оспорения закон, посочена в чл. 3, ал. 1, е особено важна за преценката на законосъобразността на административните актове по чл. 11, ал. 1 ЗОПДНПИ по повод съдебното им обжалване, защото несъответствието с целта на закона е една от предпоставките за незаконосъобразност на административните актове (чл. 146, т. 5 от АПК). Само при ясно регламентирана цел на закона съдът може да установи нейното спазване или превратното упражняване на власт от компетентния административен орган – Комисията по чл. 5, ал. 1 ЗОПДНПИ. Целта на закона е отправна точка и за преценката спазен ли е принципът за съразмерност по чл. 6 АПК, който е неразривно свързан с преследваната цел.

¹² Принципът на пропорционалността е фундаментален за правотворческия процес. По аргумент от чл. 26, ал.1 от ЗНА всеки проект на нормативен акт трябва да се извършва при зачитане на принципа на пропорционалност. Неспазването на този принцип е основание за отмяна на подзаконовия нормативен акт. Така например в Решение № 74 от 20.2.2009 г. на АдМС – София област по адм. д. № 562/2008 г., по повод на съдебен контрол над нормата на чл. 104, ал. 1, т.1, 4 и 10 от Наредбата за местните данъци, такси и цени на услуги в Община Своге, съдът е изтъкнал, че местната такса се заплаща срещу извършена услуга, като целта на определянето на дадена такса е да обезпечи административния процес, при спазване на принципа за съразмерност на таксата с услугата, която се предоставя. Без аргументирана обосновка на размерите на таксите за предоставяне на услугите, се създава впечатление, че определянето им е продиктувано на първо място от необходимост да се осигури по-голям бюджет за общината. Несъответствието на уредбата с принципа на съразмерност е мотивирало съда да отмени подзаконовата норма.

¹³ Административният процес в широк смисъл обхваща дейността по прилагане на административнопроцесуалните норми. Тези норми формират самостоятелен правен отрасъл, наречен Административно процесуално право. Административно процесуалните норми уреждат отделни административни по своя характер производства, свързани с осъществяване на изпълнително-разпоредителната дейност. Като правен отрасъл административно процесуалното право включва както производствата, протичащи пред административните органи, така и съдебните производства по административни дела. Производството, уредено в Дял пети от АПК „Изпълнение на административните актове и съдебните решения“, е част от административния процес в широк смисъл.

моцията си по разумен начин, добросъвестно и справедливо. Издадените административни актове и тяхното изпълнение не могат да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава. Когато с административния акт се засягат права или се създават задължения за граждани или за организации, прилагат се онези мерки, които са по-благоприятни за тях, ако и по този начин се постига целта на закона. Когато органът разполага с две или повече законосъобразни възможности той е длъжен да избере тази възможност, която е осъществима най-икономично и е най-благоприятна за държавата и обществото. Административните органи трябва да се въздържат от актове и действия, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел.

Посочената уредба издава, че принципът на съразмерността се разглежда като основен критерий за начина, по който се преследва целта на закона, когато с издаването или изпълнението на административния акт се засягат права, свободи, законни интереси или се създават задължения¹⁴. Съдържанието на принципа се свежда до изискване за съответствие между поставените цели, от една страна, и ефективното разпределение на ресурсите, включително компетентността, от друга страна, като условие за регулиране на определени обществени отношения¹⁵.

Съдът е имал множество поводи да обсъди принципа на съразмерността при контрола върху административните актове за прилагане на принудителни административни мерки. Административният орган е длъжен при издаване на индивидуалния административен акт да извърши преценка за наличието на баланс между личните и обществени интереси, а не само за наличието на обществен интерес от налагането на мярката. Съразмерността на мярката се преценява на базата на всички данни за конкуренция между лични и обществени интереси, като същата не може да засяга права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която тя се прилага. Изборът на най-леката мярка на административна принуда не е въпрос за преценка на административния орган, а негово задължение¹⁶. След като съществуват обективно други варианти, които са по-икономични, лесно осъществими и по-благоприятни, то административният орган следва да приложи принципа на съразмерност, уреден в общата норма на чл. 6 от АПК¹⁷. Необсъждането на възможностите и немотивирането на избора от органа представлява съществено нарушение на административнопроизводствените правила и е самостоятелно основание за отмяна на акта¹⁸.

¹⁴ Панайотова, Е. Основни принципи на изпълнителната дейност по АПК, цит., с.132.

¹⁵ Административнопроцесуален кодекс. Систематичен коментар, цит., с. 59.

¹⁶ Решение № 14510 от 26.11.2018 г. на ВАС по адм. д. № 4559/2018 г., VIII о.

¹⁷ Решение № 5374 от 17.4.2014 г. на ВАС по адм. д. № 16890/2013 г., II о.

¹⁸ Решение № 14820 от 12.11.2013 г. на ВАС по адм. д. № 8583/2013 г., II о.

Значимостта на принципа на съразмерността в изпълнителното производство по АПК се разкрива в практиката на съда, според която следните няколко условия са от съществено значение за законосъобразното протичане на предприетото принудително изпълнение: да е предприето от овластен за това орган по см. на чл. 271, ал. 1 и ал. 2 от АПК; при наличие на годно изпълнително основание по чл. 268 от АПК; до длъжника да е отправена покана за доброволно изпълнение (чл. 277, ал. 1 от АПК); изпълнението да е пропорционално на преследваната законна цел (чл. 272, ал. 1 от АПК).

Принципът на съразмерността беше въведен сравнително скоро в гражданския процес¹⁹, но не е новост в уредбата на изпълнението на административноправни задължения²⁰. Към настоящия момент измеренията на принципа на съразмерност в изпълнителното производство по АПК са очертани в текста на чл. 272, ал. 1, т. 1 и т. 2 от АПК. Според вложения от законодателя смисъл принципното положение е, че органът по изпълнението е задължен да осъществи изпълнението по начина, посочен в изпълнителното основание. Това означава, че органът е обвързан с начина на изпълнение, посочен в изпълнителното основание, и е длъжен да се съобрази с него. С други думи, в общия случай по чл. 272, ал. 1 от АПК органът действа в условията на обвързана компетентност. Когато изпълнителното основание не сочи начина за изпълнението или посоченият начин е невъзможен, органът по изпълнението разполага с оперативна самостоятелност да определи:

1. начини и средства за изпълнение, които с оглед особеностите на конкретния случай ще осигурят най-ефективно изпълнението на задължението;
2. начините и средствата, които са най-благоприятни за гражданите или организацияте, спрямо които или в полза на които се осъществява изпълнението, когато е възможно то да се извърши по няколко еднакво ефективни начина.

¹⁹ Съгласно чл. 442а от ГПК (Нов - ДВ, бр. 86 от 2017 г.) наложените от съдебния изпълнител обезпечителни мерки и предприетите изпълнителни способности трябва да са съразмерни с размера на задължението, като отчитат всички данни и обстоятелства по делото, процесуалното поведение на длъжника и възможността вземането да остане неудовлетворено. По възражение на длъжника и при установяване на несъразмерност съдебният изпълнител вдига съответните обезпечителни мерки.

²⁰ Макар и не изрично именуван, принципът на съразмерността е намерил законодателен израз за първи път в нормата на чл. 67 от Закона за административното производство Обн., ДВ, бр. 53 от 7.7.1970 г., в сила от 7.10.1970 г., отм., бр. 90 от 13.11.1979 г., съгласно който, когато съществува възможност изпълнението да се извърши по няколко начина и с приложение на различни средства, то се извършва по начин и със средства, които са най-благоприятни за задълженото лице, щом като с тях се постига целта. В същия смисъл е и повелята на чл. 50, ал. 2 от следващия Закон за административното производство (Обн., ДВ, бр. 90 от 13.11.1979 г., отм., бр. 30 от 11.4.2006 г., в сила от 12.7.2006 г.), съгласно която, когато има възможност изпълнението да се извърши по няколко начина и с прилагане на различни средства, използват се начините и средствата, които са най-благоприятни за задълженото лице.

С оглед конкретните видове изпълнения в хипотезата на няколко възможни начина на изпълнение органът по изпълнението следва да съобрази начините и средствата, които са най-благоприятни за гражданите и организациите, а след това онези начини и средства, които са най-благоприятни за гражданите и организациите, в полза на които се осъществява изпълнението²¹.

Разпоредбите на чл. 272, ал. 1, т. 1 и т. 2 разкриват две основни направления при проявлението на принципа на съразмерността: по отношение на начините на изпълнение и по отношение на налагането на обезпечителни мерки. Прегледът на съдебната практика разкрива разнообразие във възгледите относно приложното поле на този принцип²².

1. Принципът на съразмерността при определяне на начините и средствата за изпълнение

За разлика от изпълнението по ГПК²³, в административния процес под „начин на изпълнение“ се разбират конкретните фактически действия на изпълнителния орган, насочени към принудително реализиране на административното задължение, посочено в изпълнителното основание. „Начинът на изпълнение“ по смисъла на чл. 272 от АПК следва да се различава от понятието „средства на изпълнение“. Средствата на (за) изпълнение са конкретните технически средства, чрез които се осъществяват фактическите действия по изпълнението²⁴.

²¹ Административнопроцесуален кодекс. Систематичен коментар, цит., с. 1498.

²² Така например, в Решение № 2145 от 17.12.2018 г. на АдМС - Благоевград по адм. д. № 698/2018 г., съдът е имал повод да се произнесе, че липсата на отправена до длъжника покана за доброволно изпълнение е и нарушение на принципа на съразмерност по чл. 272 от АПК, който задължава органа по изпълнението да осъществи изпълнението по начин и със средства, които са най-благоприятни спрямо лицата, търпящи изпълнението. В случай че органът по изпълнението изпрати покана за доброволно изпълнение на длъжника и определи срок за това, то последният би претърпял по-малко вреди от изпълнението, тъй като би могъл доброволно да изпълни заповедта със собствен персонал и средства и не би претърпял негативната реакция от своите клиенти, в резултат от принудителното прекъсване на мрежата и невъзможност за предоставянето на услугите.

²³ В гражданския процес „начинът на изпълнение“ представлява конкретният изпълнителен способ. По своето естество всеки изпълнителен способ представлява особен изпълнителен процес, който се урежда от важащите само за него особени правила, както и от общите правила относно всички изпълнителни способности. Затова и отделните изпълнителни способности в рамките на принудителното производство, макар и насочени към една и съща цел - принудителното удовлетворяване на вискателя, притежават своя самостоятелност (Тълкувателно решение № 45 от 25.6.1969 г. по гр. Д. № 41/1969 г. на ОСГК на ВС). Изпълнителният способ трябва да бъде конкретизиран чрез посочване обекта на изпълнението. Под „начин на изпълнение“ следва да се разбира посочване на обекта на изпълнението (Тълкувателно решение № 22 от 5.2.1954 г., ОСГК на ВС).

²⁴ Например в чл. 222, ал. 3 от ЗУТ е предвидено, че при привеждане в изпълнение

Практическите измерения на принципа на съразмерността намират ясен израз при изпълнението на заповеди за премахване на незаконни строежи по чл. 225 от ЗУТ²⁵, като в контекста на обсъжданата материя ще бъдат споменати само някои по-интересни случаи от jurisprudence.

С Решение от 1.2.2019 г. на АдМС – Русе по адм. д. № 459/2014 г.²⁶ съдът

на заповеди за спиране, за забрана на ползването, достъпа и за принудително премахване на незаконни строежи органите на Дирекцията за национален строителен контрол имат право да използват на територията на строителната площадка следните специални средства:

1. устройства за принудително ограничаване придвижването на автомобили и строителна механизация или за преместване на такава механизация извън строителната площадка;
2. устройства за отваряне на прегради и помещения;
3. светлинни и звукови устройства;
4. строителни машини и строителна механизация, технически средства и способности.

²⁵ Началникът на Дирекцията за национален строителен контрол или упълномощено от него длъжностно лице издава заповед за премахване на незаконни строежи от първа, втора и трета категория или на части от тях. Ако заповедта за премахване не се изпълни доброволно в определения в нея срок, тя се изпълнява принудително от органите на Дирекцията за национален строителен контрол самостоятелно или съвместно с лица, на които това е възложено от началника на дирекцията или от упълномощено от него длъжностно лице, по ред, установен с Наредба № 13 от 23.7.2001 г. за принудителното изпълнение на заповеди за премахване на незаконни строежи или части от тях от органите на Дирекцията за национален строителен контрол. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Наредбата в тридневен срок след изтичане на срока за доброволно изпълнение, определен с поканата по чл. 277, ал. 1 от АПК, се извършва проверка по изпълнението на местостроежа от органите на ДНСК, за което се съставя констативен протокол (приложение № 1). Съгласно чл. 5, ал. 1 в едномесечен срок от съставяне на протокола по чл. 4, ал. 1 от органите на ДНСК се провежда предварително проучване относно начина на изпълнение на премахването, срока за изпълнение и необходимите средства (по количествено-стойностна сметка), резултатите от което се оформят в протокол (приложение № 2), който се изпраща на началника на ДНСК или упълномощено от него длъжностно лице за провеждане на процедура по избор на изпълнител по реда на Закона за обществените поръчки (чл. 6, ал. 1). Изборът на неспособен изпълнител опорочава и самото принудително изпълнение (Решение № 2402 от 19.12.2016 г. на АдМС – Пловдив по адм. д. № 2599/2016 г.). Съгласно чл. 5, ал. 2 при необходимост от представяне на конструктивно становище или конструктивен проект за премахване, одобряване на проект, проект за укрепване на сградата, план за безопасност и здраве, план за управление на строителните отпадъци и др. това изрично се посочва и обосновава в протокола по ал. 1.

²⁶ Решението е постановено по жалба на лице, което заявява изрично, че не е адресат на поканата за доброволно изпълнение, но започнатото с нея производство по изпълнение на Заповед № РД-01-3516/19.12.2013 г. на Кмета на Община Русе го засяга като собственик на незаконния строеж, чието премахване е разпоредено. Жалбоподателят навежда твърдения, че изпълнението на процесната заповед ще доведе до невъзможност за ползване на собствения му имот, който не е обект на заповедта. По делото е прието заклю-

е приел, че със започване на действията по принудително изпълнение на влязлата в сила заповед за премахване на незаконен строеж се нарушава принципът за съразмерност. Жалбоподателят не е адресат на тази заповед, нито длъжник за принудителното изпълнение. Поради незаинтересованост и бездействие от страна на изпълнителя на незаконния строеж, адресат на заповедта (чиито права и законни интереси биха се нарушили в значително по-малко неблагоприятен начин, само с оглед финансови задължения), привеждането в изпълнение на административния акт би лишило жалбоподателя от възможността за достъп и ползване на жилището му, предвид безспорния факт, че освен незаконно изграденото стълбище с площадка липсва друг подход към това жилище. С лишаването от възможността да се ползва жилището би се нарушило основно право на жалбоподателя, прогласено с нормата на чл. 8, § 1 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, съставляваща част от вътрешното право съгласно чл. 5, ал. 4 от Конституцията (ратифицирана в България със закон, приет от НС на 31.7.1992 г.). Цялостното премахване на незаконния строеж, като начин на изпълнение, е определено от съда в случая като несъразмерно.

В Решение № 1711 от 24.7.2018 г. на АдмС - Пловдив по адм. д. № 1878/2018 г. са обсъдени доводите на жалбоподателката, че обектът за премахване е единствено жилище и е налице нарушаване на член 8 от ЕКПЧ. Съдът е приел, че обстоятелството дали адресатът на заповедта за премахване на незаконен строеж притежава друго жилище е без значение, тъй като на първо място законът не предвижда забрана за премахване на незаконните строежи, ако те са единствено жилище на техните собственици и обитатели. Действително Конвенцията допуска подобна защита в случаите, предвидени в закона и ако е пропорционална на преследваната цел. При изпълнението на заповед за премахване на незаконен строеж принципът на пропорционалност не е нарушен, тъй като няма друго по-щадящо средство, чрез което може да се премахне незаконния строеж. Поради това предприетите действия не засягат права и законни интереси в по-голяма степен от необходимото за целта, за което се издава акта за премахване на незаконното строителство²⁷. В случая принудителното изпълнение по посо-

чение на техническа експертиза, която установява, че на втория етаж от собствената на жалбоподателя сграда е разположено жилище и то е самостоятелен обект с отделен идентификатор, че към този самостоятелен обект не съществува друг достъп освен от площадката на незаконно изграденото стълбище, а за да се извърши разпореденото премахване е необходимо конструктивно изследване от компетентно лице, за да се даде отговор дали следва да бъде извършено цялостно или частично премахване.

²⁷ Съдът споделя мотивите на т. 130 от Решение от 24.4.2012 г. на ЕСПЧ, постановено по жалба № 25446/2006 г., в което е посочено, че държавата няма позитивно задължение, произтичащо по силата на Конвенцията, да осигури жилище на длъжника. При евентуална липса на жилище, жалбоподателката има право да поиска от държавата да бъде настанена в общинско или държавно жилище и по този начин се гарантира правото ѝ на подслон. Охраната на обществения интерес във връзка с пресичане на неза-

чения в закона начин е необходима и подходяща мярка, защото премахването на незаконния строеж е възможно единствено чрез разрушаване на същия. Не са налице по-благоприятни за длъжника по изпълнението мерки, с които да се постигне законовата цел, както предписва чл. 6, ал. 3 от АПК. С други думи не са налице предпоставки по чл. 272, ал. 1, т. 2 от АПК, тъй като от страна на административния орган няма възможност за избор между няколко еднакво ефективни варианта за изпълнение.

С Решение № 82 от 12.4.2018 г. на АдмС – Кюстендил по адм. д. № 86/2017 г.²⁸ съдът е приел, че с установения от органа начин на изпълнение ще се засегнат права и законни интереси на собствениците на УПИ в по-голяма степен от най-необходимото за целта на изпълнението. Начинът на принудително изпълнение не съответства с целта на изпълнителното производство за премахване единствено и само на незаконното строителство и почистване на отпадъците от това строителство. Начинът на изпълнение нарушава и изискванията на чл. 6 от АПК, тъй като се създават непропорционални административни и финансови тежести за жалбоподателя и останалите собственици на УПИ. Съдът е възприел извода на вещото лице, че изпълнението би могло да се извърши по по-благоприятен начин от предприятия от органа такъв – посредством частично събаряне на гаража, което следва да се предхожда от изготвяне на конструктивен проект за изграждане на подпорна стена на регулационната линия за задържане на земните маси от по-високия терен на УПИ.

Според мотивите на Решение № 335 от 29.8.2017 г. на АдмС – Добрич по адм. д. № 485/2017 г. принципът на съразмерност изисква преди да се пристъпи към принудително изземване на жилище административният орган да проучи възможностите за настаняване на жалбоподателката, като събере информация от колко души се състои нейното семейство, колко от тях обитават процесното жилище, има ли възможност да се настани в жилище, обитавано от член от своето семейство. Принципът изисква преди пристъпване към принудителното извеждане от жилище общинската администрация да

конното строителство в страната стои над личния такъв, свързан с правото на жалбоподателката да обитават незаконно построена сграда. В същия смисъл е и Решение № 269 от 14.6.2017 г. на АдмС – Добрич по адм. д. № 90/2017 г.

²⁸ Съдът е разгледал жалба срещу принудително изпълнение на Заповед №ДК-02-КН-13/23.7.2007 г. на началника на РДНСК Кюстендил, с която е наредено премахване на незаконен строеж „Масивен гараж“ в УПИ XXV-5958 и XXVI-1940 в кв. 72 по плана на гр. Дупница. Гаражът представлява масивна стоманобетонна конструкция, разположен в УПИ-та с голяма денивелация. Конструктивните елементи поемат натоварванията, включително хоризонталните товари от земните маси към дъното на гаража и съседния УПИ. Съдът приема, че в този вид на гаража и местоположение, премахването на бетоновите стени ще доведе до свличане на голямо количество земни маси от по-високия терен на съседния УПИ по страничния и заден скат. Свличането ще затрупа голям участък от дворното място и входа на УПИ-то, като земя ще слезе и на прилежащата улица. Като резултат от това, собствениците на УПИ-то ще бъдат лишени от достъп до имота до разчистване на земните маси.

е положила усилия и да се е снабдила с информация от компетентните държавни органи и службите по социални грижи дали жалбоподателката ще разполага с някакъв подслон след извеждането ѝ от общинското жилище.

При съобразяването с Решение от 24.4.2012 г. по Дело Йорданова и други срещу България, номер 25446/06 (касаещо отстраняване на ромска общност, живуща в незаконни жилища, построени върху общинска земя в местността „Баталова воденица“ в гр. София)²⁹, част от съдебна практика на българските съдилища приема, че решението на Европейския съд е приложимо само в случаите, когато заповедта за отстраняване от жилището засяга цяла една общност, при това в уязвимо социално положение, и когато е налице бездействие на държавните органи в продължение на дълъг период от време, в който са създадени трайни връзки на общността с жилището и местността³⁰. Съдилищата приемат, че принципът на пропорционалност изисква такива положения, при които е засегната цяла общност, която е в неравностойно социално положение и се отнасят за дълъг период от време, да се третират съвсем различно от обикновените случаи на преместване на лице от незаконно заеман имот, но приемат, че конкретните случаи, по които се произнасят, не съдържат тези белези и отстраняването на обитателите няма да наруши принципа на пропорционалност.

2. Принципът на съразмерността при налагане на обезпечителни мерки

Чл. 279 АПК предвижда, че въз основа на влязло в сила изпълнително основание органът по изпълнението може да наложи обезпечителни мерки, когато без тях е невъзможно или се затруднява изпълнението на задължение или събирането на разноските по него, включително когато то е отсрочено или разсрочено. Обезпечителните мерки се налагат с постановление на съответния орган по изпълнението по реда, предвиден в този раздел. Когато кодексът препраща към други закони, за налагането на обезпечителни мерки се прилага редът, предвиден в тези закони. Приема се, че същественото при налагане на обезпечителни мерки е спазването

²⁹ ЕСПЧ е изтъкнал, че продължителното бездействие на държавните органи е довело до това, че обитателите на жилищата са развили силни връзки с домовете си и са изградили общностен живот там. Принципът на съразмерността изисква такива ситуации, които касаят цялата общност (в конкретния случай - ромската общност в местност „Баталова воденица“) и дълъг период от време, да се третират като съвсем различни от рутинните случаи на отстраняване на лица от незаконен имот. Заповедта за отстраняване, постановена срещу обитателите на жилищата, може да се счита за „необходима в едно демократично общество“ за постигането на законна цел, само ако отговаря на „належаща обществена нужда“ и, по-специално, ако е съразмерна на преследваната законна цел. В конкретния случай ЕСПЧ приема, че с оглед на дългото необезпокоявано присъствие на семействата на жалбоподателите и на образуваната от тях общност в „Баталова воденица“, принципът на съразмерността изисква да бъдат взети под необходимото внимание последиците от отстраняването им и рискът те да станат бездомни.

³⁰ Решение от 4.7.2013 г. по адм. Дело № 1650/2013 г. на Административен съд - Варна, Решение от 22.3.2013 г. адм. Дело № 911/2013 г. на Административен съд - Варна и др.

на чл. 6, ал. 2 от АПК (забраната да се засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава), както и приложението на чл. 272 от АПК³¹.

2.1. Основната обезпечителна мярка в изпълнителното производство по АПК е мярката „спиране на изпълнението“. Чл. 280, т. 1 от АПК урежда възможността съдът да разпорежи спиране на изпълнението, обвързвайки тази възможност с препратка към изрично предвидени от закона случаи, които всъщност предпоставят въобще допустимостта от упражняването на това правомощие. Спирането е временна мярка, чиято цел е да осуети за периода на действието ѝ осъществяването на изпълнението. Спирането предполага предявено оспорване на законността на изпълнителното производство, чийто успешен изход да обезпечи, т.е. притежава несамостоятелен характер.

а) Най-често срещаната хипотеза е спиране на предварителното изпълнение на административния акт – чл. 166, ал. 2 и ал. 4 от АПК.

Предварителното изпълнение може да е допуснато по силата на закона, за да се защитят особено важни държавни и обществени интереси, или с разпореждане на административния орган, издал акта по чл. 60, ал. 1 от АПК. Разпореждането по чл. 60, ал. 1 от АПК е предвиден от закона способ (вж. чл. 90, ал. 2, т. 2 от АПК) за преодоляване на забраната по чл. 90, ал. 1 от АПК за изпълнение на административните актове до изтичане на сроковете за оспорване, при постъпила жалба или протест до решаване на спора от съответния орган. Правомерността на разпореждането е обусловена от въвеждане на твърдение за факти (и установяването им), с които да се привърже извод за необходимост от изпълнение на разпоредените с акта права или задължения преди стабилизирането му, за да се защитят посочени в разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от АПК интереси – особено важни държавни или обществени интереси или интереси на страна в производството; да се избегне осуетяването или затрудненото изпълнение на акта или значителни или трудно поправими вреди от забавеното му изпълнение³². Въведеният от законодателя критерий за спиране на изпълнението съгласно чл. 166, ал. 2 от АПК е обусловен от вредите за задълженото лице – ако то би могло да причини на оспорващия значителна или трудно поправима вреда. Съдът следва да провери дали поради настъпили нови факти и обстоятелства предварителното изпълнение не се е оказало прекомерно, непропорционално, дали не е преминало рамките на основни, гарантирани и защитими в правовата държава права и интереси на оспорващия, дали не въздейства по недопустим начин на същността на правото, чиято защита се търси³³.

³¹ Административнопроцесуален кодекс. Систематичен коментар, цит., с. 1513.

³² Определение № 251 от 8.1.2019 г. на ВАС по адм. д. № 15190/2018 г., I о.; Определение № 5987 от 9.5.2018 г. на ВАС по адм. д. № 4945/2018 г., I о.

³³ Определение № 118/7.1.2013 г. по адм. Дело № 13405/2012 г. на ВАС, Петчленен състав

Предварителното изпълнение на административен акт представлява изключение от общото правило на чл. 90, ал.1 от АПК за забрана за изпълнение на акта, преди да е станал окончателен. Институтът на предварителното изпълнение е извънреден институт в административното право. Именно затова условията за неговото прилагане следва да са извънредни, изключителни и специфични, различни от обичайните нормални условия³⁴, независимо дали става дума за допуснато предварително изпълнение по силата на закона или с разпореждане на административния орган. Предварителното изпълнение, разпорежено от закона или от органа, издава акта, е мярка, обезпечаваша изпълнението на акта, а едновременно с това и удовлетворяваща неотложната нужда, за която е издаден.

Изпълнението може да се спре само въз основа на нови обстоятелства (чл. 166, ал. 2, изр. 2 от АПК). В Определение № 251 от 8.1.2019 г. на ВАС по адм. д. № 15190/2018 г., I о., е изразено становището, че ако допуснатото с влязло в сила разпореждане предварително изпълнение може да се спре само въз основа на нови обстоятелства, сочещи на възможно настъпване на значителна или трудно поправима вреда на оспорващия, то съществуването на риск от увреда на адресата на акта към момента на разпореждането на предварителното изпълнение е от значение за законосъобразността на допускането на предварително изпълнение. При действието на чл. 6, ал. 2 АПК административният акт и неговото изпълнение не могат да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта за която се издават. Несъвместимо с превантивната и преустановителната функция на обсъжданите ПАМ е изпълнение, с което се причинява на нарушителя вреда, съизмерима със стойността на стоките, чийто срок на годност изтича в срока на предварителното изпълнение. Това е нетипична вреда, която не е цел на ПАМ, а съответно и на изпълнението ѝ.

В Определение № 1590 от 6.2.2019 г. на ВАС по адм. д. № 645/2019 г., I о., е разгледан случай на наложена принудителна административна мярка по чл. 186, ал. 1, т. 1, б. „а“ ЗДДС - запечатване на обект за срок до 30 дни. Материална предпоставка за налагане на ПАМ по чл. 186, ал. 1, т. 1, б. „а“ ЗДДС е нарушаването на реда или начина на издаване на съответен документ за продажба. Това са и предпоставките за налагане на ПАМ по чл. 187, ал. 1 ЗДДС, която се налага кумулативно с тази по чл. 186, ал. 1 ЗДДС. Съдържанието на мерките е съответно за запечатване на обекта, в който е извършено нарушението и забрана на достъпа до него. ВАС сочи, че предвид пораждания правомощието на органа по приходите за налагане на ПАМ фактически състав, сочените от администрацията вреди са презумирани и са в привръзка с основанието за ограничаване на правната сфера на адресата на мерките. Те не обуславят засягане на квалифицирания държавен или обществен интерес, бранен с предварителното изпълнение по чл. 60, ал. 1 АПК. Частният жалбоподател смесва целите на

³⁴ Зиновиева, Д. Дискусионни тези в административното право и процес, Сиела, 2009, с. 155.

мерките и предпоставките за налагането им с целите и предпоставките на предварителното изпълнение. ВАС изтъква също така, че при преценката на законосъобразност на разпореждането за предварително изпълнение следва да се съобразят възможните вреди за адресата на административния акт в контекста на принципа на съразмерност по чл. 6 АПК и проявлението му в изпълнителното производство – чл. 272 от АПК³⁵.

Практиката на ВАС по приложението на принудителната административна мярка по чл. 186, ал. 1 от ЗДДС е непоследователна. В Определение № 3845 от 29.3.2017 г. на ВАС по адм. д. № 2811/2017 г., I о. е потвърдено допуснатото предварително изпълнение на административна мярка по чл. 186, ал. 1 ЗДДС, като съдът е приел, че охраняването на държавния бюджет безспорно обосновава наличието на хипотеза на защита на особено важен държавен интерес, изразяваща се в гарантиране и осигуряване на постъпленията в него чрез спазване на фискалната дисциплина. Обстоятелството, че търговецът не е издал фискален бон при продажба на дрехи и в деня на извършената проверка е отчел касова наличност от фискално устройство в размер на 391.11 лв. при фактическа наличност в касата в размер на 683 лв. (налични средства в началото на работния ден 288 лв.) възпрепятства възможността за проследяване на реализираните обороти и влияе върху размера на публичните му задължения, което от своя страна води до ощетяване на фиска. С оглед на това съставът на ВАС намира, че законосъобразно е включено в заповедта разпореждане за предварителното ѝ изпълнение. По-различно схващане е застъпено в Определение № 480 от 12.1.2018 г. на ВАС по адм. д. № 133/2018 г., VIII о., където съдът сочи, че неизпълнението на задължението за направено плащане да издаде фискална касова бележка съставлява нарушение на реда и начина за издаване на съответен документ за продажба в търговски обект, но не обосновава в достатъчна степен необходимостта от незабавно изпълнение наложената принудителна административна мярка. В случая от административният орган не е направено прецизно разграничение между правомощието по чл. 186 от ЗДДС – да налага принудителна административна мярка „запечатване на обект до 30 дни“ и това по чл. 60, ал. 1 от АПК – за допускане на предварително изпълнение. В конкретния случай общественият интерес е защитен в достатъчна степен с налагане на ПАМ и продължителността на същата (14 дни), без да е необходима по-засилена мярка, изразяваща се в предварително изпълнение.

³⁵ Аргумент за този възглед е разпоредбата на чл. 166, ал. 2 АПК. Ако допуснатото с влязло в сила разпореждане предварително изпълнение може да се спре само въз основа на нови обстоятелства, сочещи на възможно настъпване на значителна или трудно поправима вреда на оспорвания, то съществуването на риск от увреда на адресата на акта към момента на разпореждането на предварителното изпълнение е от значение за законосъобразността на допускането на предварително изпълнение. При действието на чл. 6, ал. 2 АПК административният акт и неговото изпълнение не могат да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която се издават.

б) Втората основна хипотеза по АПК, при която може да бъде разпоредено спиране на изпълнението, е обжалването на действията на органа по изпълнението по реда на чл. 294 и следв. от АПК (вж. чл. 297, ал.4 АПК). В този случай при обжалване на действията на органа по изпълнението съдът преценява дали изпълнението би могло да причини на оспорвания значителна и трудно поправима вреда³⁶. Преценката на съда се прави въз основа на представените доказателства и при спазване на принципа на съразмерността.

Част от съдебната практика приема, че тъй като в закона не са посочени обстоятелствата, при които съдът би могъл да спре изпълнението в този случай, това би следвало да са предпоставките, визирани в чл. 60, ал. 1 от АПК. По аргумент на противното, за да постанови спиране, съдът следва да установи наличието на някоя от тези предпоставки за молителя. В тежест на жалбоподателя е да докаже, че за него са налице важни причини по смисъла на чл. 60, ал. 1 от АПК, които по своята тежест са противопоставими на предпоставките за допускане на предварителното изпълнение на постановлението по силата на закона. Наличието на тези предпоставки законодателят е презумирал в случая, видно от разпоредбата на чл. 297, ал. 4 от АПК. Основания за спиране на изпълнението в хипотезата на обжалване на действията на органа по изпълнението са тези по чл. 166, ал. 2 от АПК, а именно: ако биха настъпили значителни или трудно поправими вреди в резултат от допуснатото по силата на закона предварително изпълнение на действието на органа. Възможността за спиране на изпълнението на акт на орган по изпълнението представлява вид обезпечение на оспорването, което би предотвратило осъществяването на евентуално порочно разпоредени с акта правни последици с отрицателен характер³⁷.

В други решения е възприет възгледът, че разпоредбата на чл. 166, ал. 3 от АПК е неприложима, защото се отнася за определения по искания за спиране изпълнението на индивидуален административен акт, който е предмет на съдебен контрол във висящо и принципно двуинстанционно съдебно производство. В производството по чл. 294 и сл. от АПК защитата е срещу постановления, действия и бездействия на органите по изпълнение на вече влязъл в сила административен акт или на акт, с който е допуснато предварително изпълнение³⁸.

Определението, с което съдът се произнася по искането за спиране на принудителното изпълнение по реда и на основание чл. 297, ал. 4 от АПК, не подлежи на инстанционен контрол по аргумент от правилото на чл. 298, ал.

³⁶ Необжалваемостта на акта, действието на който се иска да бъде спряно, прави недопустимо и искането за неговото спиране, предвид акцесорния характер на последното (Определение № 2433 от 2.3.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2334/2016 г., I о.).

³⁷ Решение № 434 от 26.2.2019 г. на АдМС – Пловдив по адм. д. № 138/2019 г.; Решение № 2197 от 29.10.2018 г. на АдМС – Пловдив по ч. а. д. № 3186/2018 г.; Решение № 2195 от 29.10.2018 г. на АдМС – Пловдив по ч. а. д. № 3196/2018 г.

³⁸ Определение № 14290 от 31.10.2013 г. на ВАС по адм. д. № 11394/2013 г., II о.

4 от АПК, защото решението, с което съдът се произнася по жалбата срещу постановление, действия или бездействия на органа по изпълнението, не подлежи на обжалване. Определението по чл. 297, ал. 4 от АПК не прегражда по-нататъшното развитие на производството, нито е посочено изрично като определение, което подлежи на обжалване – чл. 229, ал. 1 АПК.

в) Уреден от закона случай по смисъла на чл. 280, т. 1 от АПК, в който е възможно спирането на изпълнителното производство по разпореждане на съда като вид обезпечителна мярка по чл. 397, ал. 1, т. 3 ГПК, е и допускането на обезпечение на отрицателния установителен иск по чл. 292 от АПК на основанията по чл. 391, ал. 1 ГПК. Съгласно разпоредбата на чл. 391, ал. 1 ГПК, приложима по силата на чл. 144 от АПК, обезпечение на иска се допуска, когато без него за ищеца ще бъде невъзможно или ще се затрудни осъществяването на правата по решението, при условие че искът е вероятен основателен³⁹. Вън от основно производство, по повод на което законът нарочно възлага на съда правомощието да спре изпълнението на влязъл в сила или предварително изпълняем административен акт, предявяването на отделно искане по чл. 280, т. 1 АПК, е недопустимо⁴⁰.

Липсата на образувано исково производство или на такова по оспорване на постановленията, действията и бездействията на органа по изпълнението, е пречка за разглеждане на искането за спиране на принудителното изпълнение. Законът не допуска спиране на изпълнението, разбирано като спиране на изпълнителното производство от съда, на самостоятелно основание по чл. 280, т. 1 от АПК. Образуваното самостоятелно производство по искането за спиране изпълнението на административния акт, на основание чл. 280, т. 1 АПК, извън производството по обжалване действията на органа по изпълнение, е процесуално недопустимо⁴¹.

³⁹ Определение № 10328 от 7.8.2017 г. на ВАС по адм. д. № 5833/2017 г., II о.

⁴⁰ Определение № 10746 от 4.9.2018 г. на ВАС по адм. д. № 7747/2018 г., II о. Делото е образувано по частна жалба на „Обединена Българска Банка“ АД срещу Определение № 2573 от 20.4.2018 г. по адм. Дело № 4224/2018 г. на Административен съд - София-град, с което е прекратено производството по искането на банката по чл. 280, т. 1 АПК за спиране на изпълнението на Заповед № СОА17-РД40-76/24.11.2017 г. на кмета на Столична община за отчуждаване на поземлен имот до влизането в сила на съдебно решение по оспорването за нищожност на заповед на главния архитект на СО за одобряване на подробен устройствен план.

⁴¹ Определение № 6268 от 29.5.2015 г. на ВАС по адм. д. № 5235/2015 г., II о.; Определение № 2809 от 16.3.2015 г. на ВАС по адм. д. № 790/2015 г., II о.; Определение № 9702 от 10.7.2014 г. на ВАС по адм. д. № 6715/2014 г., II о.; Определение № 14129 от 29.10.2013 г. на ВАС по адм. д. № 13962/2013 г., II о.; Определение № 5705 от 23.4.2013 г. на ВАС по адм. д. № 4936/2013 г., II о.; Определение № 2587 от 22.2.2013 г. на ВАС по адм. д. № 1484/2013 г., II о. и др.

Принципът на съразмерността при упражняване на обвързана компетентност и оперативна самостоятелност

В теорията с основание се сочи, че с чл. 6 от АПК принципът на съразмерността е изцяло приложен в българското административно право и съдът трябва служебно да следи за неговото спазване, а административните органи са длъжни служебно да съизмеряват ползите и вредите от своите актове, тъй като нормата се намира в общата част на АПК, следователно принципът е приложим както към административните, така и към съдебните производства⁴².

Това разбиране се споделя и от съдебната практика, която единодушно приема, че принципът за съразмерност е съществен и нарушаването му води до незаконосъобразност на административния акт⁴³. Тази е причината, която задължава съда да следи служебно за спазването му при осъществяването на контрола за законосъобразност на административните актове⁴⁴. В съдебната практика е възприето разбирането, че принципът за съразмерността се отнася за най-малко засягане на правата и законните интереси и на страните, и на всички възможни лица като цяло⁴⁵. Административният орган е длъжен при издаване на индивидуалния административен акт да извърши преценка за наличието на баланс между личните и обществени интереси, а не само за наличието на обществен интерес от налагането ѝ. Съразмерността на мярката се преценява на базата на всички данни за конкуренция между лични и обществени интереси, като същата не може да засяга права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която тя се налага. Изборът на най-леката мярка на административна принуда не е въпрос за преценка на административния орган, а негово задължение⁴⁶.

В контекста на обсъжданата материя се поставят два основни проблема:

- за границите на съдебния контрол върху административните актове, издадени в условията на оперативна самостоятелност⁴⁷ и
- за възможността за съдебна проверка за спазване на принципа на пропорционалността при упражняването на контрол за законосъобразност на актовете, издадени в условията на обвързана компетентност.

⁴² Балтаджиева, Р., И. Тодоров, „Взаимодействие между европейското и българското административно право. С., Сиела, 2008, с. 213-214.

⁴³ Решение № 14820 от 12.11.2013 г. на ВАС по адм. д. № 8583/2013 г., II о.; Решение № 14846 от 10.12.2014 г. на ВАС по адм. д. № 4607/2014 г., III о.; Решение № 590 от 12.1.2012 г. на ВАС по адм. д. № 12477/2011 г., II о.; Решение № 10348 от 9.7.2013 г. на ВАС по адм. д. № 6147/2013 г., II о.; Решение № 1979 от 12.2.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12596/2013 г., II о.

⁴⁴ Решение № 10348 от 9.7.2013 г. на ВАС по адм. д. № 6147/2013 г., II о.

⁴⁵ Решение № 14846 от 10.12.2014 г. на ВАС по адм. д. № 4607/2014 г., III о.

⁴⁶ Решение № 14510 от 26.11.2018 г. на ВАС по адм. д. № 4559/2018 г., VIII о.

⁴⁷ Този въпрос е широко разискван в теорията – вж. Панайотова, Е. Основни принципи на изпълнителната дейност по АПК, цит., с. 134 и цитираната там литература.

Проф. Кино Лазаров с основание казва, че „истинската територия“ на проблема обвързана компетентност – оперативна самостоятелност е издаването на индивидуални административни актове⁴⁸. Затова и принципът на съразмерността се обсъжда най-често във връзка с издаването на административните актове в условията на оперативна самостоятелност⁴⁹.

Принципът на съразмерността, който е приложим както в производството по издаване, така и в производството по изпълнение на административните актове, важи и за двете страни в административното правоотношение. Границите, които поставя този принцип съгласно разпоредбата на чл. 6 от АПК, са от една страна по отношение на правата и законните интереси на гражданите и организациите, а от друга – за постигане на целта, която законът преследва и за която се издава административният акт.

За да може издаденият административен акт да породи валидно целените от него правни последици, той трябва да бъде на първо място законосъобразен. Условието за законосъобразност се извеждат по аргумент от чл. 146 от АПК. Към актовете, издадени в условията на оперативна самостоятелност, е поставено и още едно условие – актът да е целесъобразен (правилен). Това се налага от обстоятелството, че когато органът действа в условията на оперативна самостоятелност, той има право на избор от две възможности, които са еднакво законосъобразни, но в различна степен правилни.

Целесъобразно (правилно), според вложения от законодателя смисъл в чл. 6, ал. 4 от АПК, ще е това решение на органа, което в случая ще е осъществимо най-икономично и е най-благоприятно за държавата и обществото. Чл. 6, ал. 4 от АПК от една страна дефинира съществените признаци на правилното решение при упражняване на оперативната самостоятелност, а от друга – поставя критериите за законосъобразно упражняване на оперативната самостоятелност. Актът, издаден при оперативна самостоятелност, ще е законосъобразен, ако при издаването му е спазен принципът за съразмерност. Трябва да се отчита обстоятелството, че между нормите в отделните алинеи на чл. 6 АПК съществува йерархия. Така например нормата на чл. 6, ал. 3 АПК има приоритет пред следващата по чл. 6, ал. 4 АПК⁵⁰. Това означава, че когато с административния акт се засягат права или се създават задължения за граждани или за организации, прилагат се онези мерки, които са по-благоприятни за тях, ако и по този начин се постига целта на закона, независимо дали е налице друга възможност, която е осъществима най-икономично и е най-благоприятна за държавата и обществото. Принципът за съразмерност има приоритет над правилността на административния акт. Поради това съдебният кон-

⁴⁸ Лазаров, К., Обвързана компетентност и оперативна самостоятелност, Феня, 2000, с. 11.

⁴⁹ Въпреки това принципните положения на оперативната самостоятелност и обвързаната компетентност и свързаното с тях изискване за съразмерност са поначало приложими и приспособими към всяка форма на административна дейност.

⁵⁰ Решение № 8456 от 14.6.2011 г. на ВАС по адм. д. № 5328/2011 г., II о.

трол за спазването му е не само допустим, но и необходим. За да провери дали принципът е приложен съгласно изискванията на чл. 6 от АПК, съдът следва да посочи конкретните граници, в които действия – кои права, свободи и законни интереси на жалбоподателя са засегнати от обжалвания акт, от една страна, а от друга – каква е преследваната от закона цел, за която актът се издава. Без посочване на тези граници, в които следва да се направи съдебната проверка за правилно прилагане на принципа на съразмерност, съдебното решение би било необосновано⁵¹.

С основание в практиката се приема, че е неправилно да се поставя знак за равенство между принципа за съразмерност и принципа за целесъобразност при осъществяване на дейността на административния орган. При проверка законосъобразността на административния акт следва да се инкорпорира и проверката за целесъобразността му дотолкова, доколкото е в неразривна връзка с принципите, закрепени в закона и това са съразмерност, истинност, равенство и т. н.⁵².

Спорен е въпросът за пределите на приложимост на принципа на съразмерност в случаите, когато административният орган действа при условията на обвързана компетентност. Възгледът, че изискването за съразмерност важи в еднаква степен и когато органът действа при условията на обвързана компетентност, и тогава, когато той има оперативна самостоятелност, е изразен в теорията⁵³ и следва да бъде подкрепен. В съдебната практика няма единно становище.

Част от съдебните състави приемат, че когато правомощията на административния орган се упражняват в условията на обвързана компетентност, единствената законосъобразна възможност е издаването на индивидуалния административен акт и за този вид актове е неприложим принципът за съразмерност по чл. 6 АПК, както той е приложим при действие на органа в условията на оперативна самостоятелност. Според някои съдебни състави в случаите на обвързана компетентност за органа съществува възможността да постанови само едно законосъобразно решение⁵⁴.

Други сочат, че нито разпоредбата на чл. 6 АПК, нито тази на чл. 168, ал. 1 АПК поставят ограничение относно приложението на принципа за съразмерност в зависимост от вида на компетентността на административния орган. Изразява се мнението, че нормата на чл. 6 АПК видно е на-

⁵¹ Решение № 12662 от 24.11.2008 г. на ВАС по адм. д. № 5047/2008 г., III о.

⁵² Решение № 10348 от 9.7.2013 г. на ВАС по адм. д. № 6147/2013 г., II о.

⁵³ Лазаров, К., И. Тодоров, Административен процес, Сиела, 2016, с. 46.

⁵⁴ Решение № 4035 от 22.3.2013 г. на ВАС по адм. д. № 632/2013 г., II о.; Решение № 10658 от 12.10.2016 г. на ВАС по адм. д. № 12708/2015 г., II о.; Решение № 2618 от 22.2.2012 г. на ВАС по адм. д. № 214/2012 г., 5-членен с-в; Решение № 8468 от 7.7.2016 г. на ВАС по адм. д. № 11442/2015 г., II о.; Решение № 7893 от 29.6.2016 г. на ВАС по адм. д. № 14264/2015 г., II о.; Решение № 3793 от 23.3.2018 г. на ВАС по адм. д. № 14788/2017 г., VII о.; Решение № 6767 от 7.6.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2095/2015 г., VIII о. и др.

сочена към всеки един вид компетентност на административния орган, защото алинея 4 изрично визира изисквания към административния орган, когато упражнява властта си в условията на дискреция, а алинеи 1, 2, 3 и 5 визират изисквания към органа, без да поставят каквито и да било ограничения, свързани с вида на компетентността. Дори когато действа в условията на обвързана компетентност, органът не е освободен от спазването на принцип на административното правосъдие, каквото е изискването за съразмерност. Няма в позитивното право правна норма, която да изключва приложението на принципа на съразмерност тогава, когато органът действа в условията на обвързана компетентност. Без изрична правна норма съдът не би могъл да изключи приложението на правен принцип, на основно начало. Съдът не може да остави неприложена правна норма, която е основно, ръководно начало, установено от държавата при упражняване на предоставената на нейните органи власт⁵⁵.

Материалната законосъобразност на административния акт се преценява спрямо фактите, посочени като основание за издаването му – чл. 142, ал. 1 от АПК. Административният акт и неговото изпълнение не следва да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава. При издаването на акта това е материалноправно изискване, дори когато органът действа при условията на обвързана компетентност. И в тези случаи, при упражняване на правомощията си, органът не е освободен от възприемането на разумни стандарти с оглед постигането на заложената с акта цел⁵⁶.

Основанията да се възприеме този възглед могат да се търсят в няколко насоки.

Първо, правото на Европейския съюз има примат над националното право на държавите-членки на ЕС, а принципът на пропорционалност е един от основополагащите му принципи⁵⁷. Поради това същият е относим и към националното законодателство и произтичащите от него компетенции на административните органи. Според Съда на ЕС, с оглед на задължението си да предприеме всички необходими общи или специални мерки, за да гарантира изпълнението на разпоредба от правото на ЕС, националният съд трябва да тълкува националното право в съответствие с посочената разпоредба или, ако такова съответстващо тълкуване е невъзможно, да остави без приложение всяка разпоредба от националното право, която, ако бъде приложена, предвид обстоятелствата по случая, би

⁵⁵ Решение № 9887 от 14.7.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12674/2013 г., VII о.

⁵⁶ Решение № 5175 от 10.4.2012 г. на ВАС по адм. д. № 13520/2011 г., VII о.

⁵⁷ Член 5, параграф 4 от Договора за Европейския съюз; член 5 от Протокол № 2 относно прилагането на принципите на субсидиарност и на пропорционалност; член 269 от Договора за функционирането на Европейския съюз; член 6 от Европейския кодекс за добро поведение на администрацията, член 52, т. 1 от Хартата на основните права на ЕС и др.

довела до несъответстващ на правото на ЕС резултат⁵⁸. При констатиране на противоречие между европейското и националното право националният съдия е длъжен, в рамките на своята компетентност, „да приложи общностното право в неговата цялост и да защити правата, които то дава на частноправните субекти, като остави без приложение евентуалните разпоредби от вътрешното право, които му противоречат, без оглед на това дали те предхождат или следват общностната правна норма“⁵⁹, както и „без да е необходимо да изиска или да изчаква отмяната на такава разпоредба по законодателен или друг конституционен ред“⁶⁰. Доколкото принципът на съразмерност е приложим и към нормативните актове, а правомощията на административните органи произтичат пряко от закона, то последните не трябва да бъдат ограничавани в преценката си при реализиране на целите на закона, дори и да действат в условията на обвързана компетентност⁶¹. Поради това принципът на пропорционалност е относим и към националното законодателство и произтичащите от него компетенции на административните органи, включително и в случаите, когато те действат в условията на обвързана компетентност, доколкото упражняването ѝ би довела до несъответстващ на правото на ЕС резултат.

На следващо място, принципът на съразмерност е общ за административното право и е приложим както към индивидуалните административни актове, така и към нормативните административни актове. В случаите, в които административният орган действа при условията на обвързана компетентност, посочените в приложимия нормативен текст условия са такива за материалната законосъобразност на административния акт и при тяхното наличие органът е задължен да издаде акта⁶². В случаите, когато компетентността на административния орган е уредена в подзаконен нормативен акт, несъмнено упражняването на неговите правомощия трябва да отговаря на критериите, заложиени в чл. 6 от АПК. Принципът на съразмерност е приложим и към случаите, когато правомощията на административния орган произтичат пряко от законова норма, защото при

⁵⁸ Решение на СЕС от 4 октомври 2018 г. по дело C-384/17 Doole Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N срещу Budapest Rendőrfőkapitánya.

⁵⁹ Решение на СЕО от 9.3.1978 г., Simmenthal, дело 106/77, Recueil 629, т. 21.

⁶⁰ Пак там, т. 24.

⁶¹ В Тълкувателно решение № 2 от 22.3.2011 г. по тълкувателно дело № 6/2010 г. на ОСС на ВАС е посочено, че: „Европейското законодателство и практиката на Съда на Европейския съюз изискват дерогацията на правото на свободно движение да бъде функция на преценката на компетентния национален орган на конкретните релевантни факти по отношение на конкретното лице. Те не допускат налагане на ограничение при условията на обвързана компетентност, тъй като това прави невъзможна преценката за наличието на достатъчно сериозна и актуална заплаха, която съответното лице представлява за някой от фундаменталните интереси на обществото“.

⁶² Тълкувателно решение № 4 от 22.4.2004 г. по тълк. Дело № 4/2002 г. на ОСС на ВАС.

изработването на проект на нормативен акт законодателният орган е длъжен да спазва принципа на пропорционалност⁶³.

Важно е да се отчете и обстоятелството, че в някои случаи принципът на пропорционалност се явява единствената гаранция за спазване на принципа на законност и преграда срещу административен произвол. Съгласно чл. 4, ал. 2 от АПК административните актове се издават за целите, на основанията и по реда, установени от закона, но не са редки случаите, при които дори и по пътя на тълкуването не може да се изведе ясно целта на закона. В случаите, когато принципът на законност не може да бъде спазан докрай поради неясно формулираната цел на закона, се налага субсидиарното приложение на принципа на пропорционалност, на основание чл. 46 от ЗНА. По този начин се гарантира, че дори и при неясно формулирана в закона цел ще се приложат онези мерки, които са по-благоприятни за гражданите или организациите.

Без претенции за абсолютна точност и изчерпателност може да се обобща, че в някои случаи и в зависимост от конкретните фактически обстоятелства, принципът на съразмерност би бил приложим при контрола за законосъобразност над административните актове издадени в условията на обвързана компетентност, като например:

- когато законът съдържа неясна цел;
- когато при упражняване на обвързаната компетентност се стига до резултат несъответстващ на правото на ЕС;
- когато законът съдържа предпоставки за прилагане на друга мярка, която е по-благоприятна, макар в случая органът да е действал в условия на обвързана компетентност⁶⁴;
- когато законът предвижда прилагането на няколко възможни мерки, които административният орган е длъжен да приложи, тъй като действа при условията на обвързана компетентност, но в конкретния случай кумулативното прилагане на всички мерки би било непропорционално, доколкото целите на закона могат да се постигнат чрез приложение на само една или няколко от тези мерки, без да е необходимо да се прилагат всички мерки едновременно.

Чл. 6 от АПК съдържа абстрактна уредба, която трябва да бъде приложима в различни хипотези от обективната действителност, които законодателят не е в състояние да уреди детайлно и конкретно. Доказателство за това са разнообразните случаи, които се явяват предизвикателство пред административните съдилища. Няма правна и житейска логика приложното поле на принципа на съразмерност, който задава високи морални изисквания и критерии към дейността на административните органи, да бъде ограничено и да зависи от вида на тяхната компетентност. Съдът би следвало да разпо-

⁶³ Арг. чл. 26, ал. 1 от Закона за нормативните актове.

⁶⁴ Вж. цит. по-горе Решение № 9887 от 14.7.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12674/2013 г., VII о.

лага с възможността да провери дали издателят на акта действа по разумен начин, добросъвестно и справедливо, дори и в условията на обвързана компетентност, защото в някои случаи прилагането на закона не съответства на общоприетите разбирания за рационалност, морал и справедливост⁶⁵.

Уредбата на принципа на съразмерност в АПК е съобразена както с Конституцията на Република България, така и с нормите на Европейското право и с практиката по прилагането на Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи. Може да се каже, че в българското административно право са създадени достатъчно нормативни гаранции за спазване на принципа на съразмерност между целения резултат и предприетите мерки от органа. Въпреки това, в някои случаи в съдебната практика съществуват колебания при прилагане на принципа на съразмерност, като противоречивата практика може да бъде уеднаквена и усъвършенствана чрез тълкувателни решения на Върховния административен съд или чрез законодателни промени. Необходимо е принципът на съразмерност да получи по-детайлна уредба в Закона за нормативните актове по същия начин, както и в АПК, за да служи за водещ критерий и в процеса по законотворчество на Народното събрание.

⁶⁵ Явен случай, в който законодателят допуска съдебен контрол за спазване на принципа за съразмерност при акт издаден в условията на обвързана компетентност е възможността за спиране на допуснатото по силата на закон предварително изпълнение. В Тълкувателно решение № 5 от 8.9.2009 г. по тълкувателно дело № 1/2009 г. на ОС на ВАС, се отбелязва, че законът, предвидил предварително изпълнение, цели да защити съответни важни държавни или обществени интереси или да предотврати други последици в смисъла на обхвата и приложното поле на изброените в общата норма на чл. 60 от АПК критерии, но ако от това предварително изпълнение за всеки конкретен случай могат да настъпят сериозни вреди, в общия смисъл на чл. 120 от Конституцията на Република България, съдът може да упражни контрол и да разгледа жалбата срещу предварително изпълнение. Противното разбиране би противоречало на смисъла на възприетия общ принцип на правото на Европейската общност, прогласен в чл. 6 от АПК – принцип на съразмерността, изразяващ се в това, че административният акт и неговото изпълнение трябва да не засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава [...] Недопустимо е със закон да се допуска административна принуда без каквато и да е правна защита. Съдебната защита срещу неоснователно допуснато предварително изпълнение е израз на прилагане на общите конституционни принципи за защита на основни конституционни права. Допуснатото предварително изпълнение от закона не съдържа законова презумпция за непогрешимост, за избягване на несъразмерност с конкретната ситуация и несъизмеримост на вредите с целите на издадения административен акт. Разпоредбата на чл. 166 от АПК е съотносима към обезпечаване на правото на оспорване и за оспорващия е без значение дали предварителното изпълнение на акта, от което могат да настъпят вредите, е допуснато от административния орган или от закона, тъй като правната сфера на оспорващия и в двата случая се засяга еднакво. Ето защо правото на защита е допустимо и в двата случая в съответствие с възприемането на тази теза, а противното е равнозначно на нарушаване на чл. 120, ал. 2 от Конституцията на Република България.

ИНСТИТУТЪТ НА УСЛОВНОТО ОСЪЖДАНЕ КАТО ПРОЯВЛЕНИЕ НА ПРИНЦИПА НА ХУМАНИЗЪМ В НАКАЗАТЕЛНОТО ПРАВО

Ралица Костадинова¹,
Нов български университет

Резюме: Настоящият доклад разглежда условното осъждане по българското наказателно право през призмата на принципа на хуманизъм. Този принцип се проявява както при въвеждането, така и в отделните етапи от развитието на института в България от началото на XX век до наши дни. Тенденцията за противодействие на престъпността с минимум наказателна принуда намира ярко проявление в института на условното осъждане и потвърждение, че принципът на хуманизъм е водещ в българското наказателно право.

Ключови думи: условно осъждане, хуманизъм, наказание, наказателно право

SUSPENDED SENTENCE AS A MANIFESTATION OF THE PRINCIPLE OF HUMANITY IN CRIMINAL LAW

Ralitsa Kostadinova,
New Bulgarian University

Abstract: This report explores the suspended sentence in Bulgarian Criminal law through the lens of the principle of humanity. This principle can be observed at the time suspended sentence was introduced and during the stages of its development in Bulgaria from the beginning of XX century till today. The concept of combating crime through minimal criminal coercion is brightly manifested in the institute of suspended sentence and confirms that humanity is a leading principle for the Bulgarian Criminal law.

Keywords: Suspended Sentence, Humanity, Punishment, Criminal Law

¹ Гл. ас. д-р Ралица Костадинова, имейл: rkostadinova@nbu.bg

Увод

Настоящото изложение е посветено на хуманизма като принцип на българското наказателно право и едно от неговите проявления чрез възможността за отлагане ефективното изтърпяване на лишаването от свобода (институтът на условното осъждане). Предметният обхват на изложението налага да бъдат направения някои пояснения относно използваната терминология.

Първо, терминът „хуманизъм“ произхожда от латинския език, където с думата „*humanus*“ се обозначава човечен. Затова и в българския език думите човечен, хуманен и човеколюбив са синоними². Традиционно хуманизмът се определя като съвкупност от възгледи, изразяващи уважение към достойнството и правата на човека³. Следва да се има предвид, че понятието „хуманизъм“ има изключително разнообразни употреби в най-различен контекст⁴. В крайна сметка обаче „[в]сички форми на хуманизъм са организирани около идеята, че човекът има някакви изключителни качества или способности – безсмъртна душа, достойнство, свободна воля, съзнание, език, разум, способност за предвиждане и планиране на бъдещето, способност за колективно действие и пр. Благодарение на тях той заема изключително място в света, а поради това, че има битие на личност, животът му представлява незаменима ценност и следва да се радва на специална защита от моралния и правовия ред“⁵. Безспорно като идея хуманизмът следва етапите в развитието на човечеството. Като идейно течение той е формиран в епохата на Възраждането (XV-XVI век), а през XIX век по времето на Просвещението е неговият разцвет⁶. Тогава на преден план започват да се поставят свободата и защитата на достойнството на всеки човек, което намира своето отражение и в областта на наказателното правосъдие. Така

² Вж. Димитрова, М. Спасова, Ана. Синонимен речник на съвременния български книжовен език. Второ фототипно издание. С.: БАН, 1994, с. 679.

³ Философски речник, С.: Партиздат, 1978, с. 656.

⁴ Подробно за това вж. Тодоров, Хр. Хуманизъм. В: Университетски речник, онлайн документ, достъпен на: <https://nbu-rechnik.nbu.bg/bg/obsht-spisyk-na-ponqtiq/humanizym> (посетен на 9.1.2019 г.).

⁵ Пак там.

⁶ Философски речник, С.: Партиздат, 1978, с. 656.

„наказанието се схваща вече не като самоцел, а единствено като средство за постигане на определена цел – премахването за в бъдеще на възможността за извършване на престъпления [...]”⁷. Стремещт към предпазването на обществото от престъпления е в основата на т. нар. относителни теории относно наказанието. Именно тези „теории „израстват“ и се развиват в своята пълнота върху почвата на ренесансовия хуманизъм”⁸.

Хуманизмът като принцип на българското наказателно право

1. Принципите на наказателното право са основни положения и идеи, които отразяват господстващото разбиране за допустимите основания, съдържание и предели, при които може да се използва наказателна репресия за защита интересите на личността, обществото и държавата⁹. Наказателните закони в България от Освобождението до днес не съдържат „каталог“ на принципите на наказателното право. Те се извеждат по тълкувателен път от наказателноправната наука.

Хуманизмът като наказателноправен принцип е бил анализиран в учебната литература¹⁰. Иван Ненов определя хуманизма като принцип на наказателното право и открива неговото проявление в три насоки¹¹. Първо, наказателното право осигурява „ефикасна борба срещу враговете на народа”¹², при която наказателноправните методи не са гола принуда, а съчетание на принудително с поправително-възпитателно въздействие върху дееца и неустойчивите членове на обществото. Второ, с оглед на разглеждания принцип са формулирани видовете и целите на наказание-то, както и особенния наказателноправен режим на непълнолетните лица. Трето, проявление на хуманизма е процесът на стесняване приложното поле на наказателната репресия¹³.

⁷ Груев, Л. Санкционната система по българското наказателно право. С.: Сиби, 1997, с. 26.

⁸ Пак там.

⁹ Вж. Костадинова, Р. Принципите на наказателното право и Конституцията от 1991 г. и. В: 25 години Конституция на Република България в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права?, С.: Народно събрание, с. 241-246.

¹⁰ По въпроса за изследването на правните принципи в българската теория вж. Марчева, Д. Кога специализираното наказателно правосъдие нарушава конституционния принцип на правова държава. Съдебно право от 11.1.2018 г., с. 2. Онлайн издание: <http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2018/1/11/>

¹¹ Ненов, Ив. Наказателно право на Народна република България. Обща част. С.: Наука и изкуство, 1963, с. 16-17.

¹² Пак там, с. 16.

¹³ За това проявление на принципа на хуманизма посредством бланкетните норми вж. Марков, П. Функции на различните видове диспозиции на наказателноправните норми на особената част на НК в наказателноправната защита на бизнеса. В: Върховенството на закона – предпоставка за развитие на бизнеса и за икономически растеж.

Сходно е разбирането и на Александър Стойнов, но следва да се отбележи, че той за пръв път разглежда хуманизма през призмата на жертвата на престъплението и така формулира неговите четири проявления¹⁴. Първото е свързано с въздействието върху престъпния деец, което освен принудителен, трябва да има и възпитателен характер. Именно посредством възпитателното въздействие се осъществява възможността осъденият като се поправи да се върне към нормалния живот в обществото. Вторият аспект, чрез който се проявява принципът на хуманизма, също е свързан с наказанието, по отношение на което се поставят изисквания за постигане на определени цели. Наред с това изрично е формулирана забраната за причиняване на страдание или унижаване на човешката личност¹⁵. Третият аспект е очертан чрез тенденцията за стесняване приложното поле на наказателната репресия. Стойнов обръща внимание и на четвърти аспект на хуманизма, който е свързан с пострадалия от престъплението. С оглед накърнените негови права „[н]есправедливо леките наказания ще ги унижат, а тяхното достойнство също трябва да се уважава“¹⁶.

2. Действително хуманизмът в областта на наказателното право има две страни.

Първата винаги е обърната към пострадалия от престъплението. С оглед на това наказателното право осигурява всестранна защита на личността, правата и интересите на всички граждани от престъпни посегателства. Това е ясно декларирано в Общата част на Наказателния кодекс (НК) и конкретизирано чрез разнообразните форми на посегателства, криминализирани в неговата Особена част¹⁷.

Второто проявление на хуманизма в наказателното право е по посока правата и интересите на престъпния деец. Той също има право на хуманно отношение и третиране¹⁸. Това е една от най-важните характеристики на

Научни изследвания в мамет на проф. д-р Борис Ланджев, С.: Издателски комплекс - УНСС, 2016, с. 365-366.

¹⁴ Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част. С.: Сиела, 2011, с. 26-27.

¹⁵ Забраната за жестоки, безчовечни и унижаващи достойнството действия и наказания е установена в Конституцията на Република България (Преамбюл и чл. 29, ал. 1). Вж. Киселова, Н. Основни начала на наказателното право в Конституцията от 1991 г. В: Съвременни предизвикателства пред наказателното законодателство. С: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, с. 240-253.

¹⁶ Пак там, с. 27.

¹⁷ Относно особеностите на видовете престъпления по действащия Наказателен кодекс вж. Гиргинов, Ант. Наказателно право на Република България. Особена част. Второ основно преработено и допълнено издание. С.: Софи-Р, 2005.

¹⁸ Принципът на хуманизмът намира своето проявление и в Конституцията на Република България чрез забрана за жестокото и безчовечно отношение към всички хора, вкл. И към осъдените лица (чл. 29, ал. 1). Фактът, че принципите на наказателното право са получили своето нормативно закрепване в Конституцията, не променя тяхното наказа-

съвременния етап от развитието на наказателното право¹⁹. Както отбелязва Здр. Трайков „по хуманността на методите за третиране на престъпниците, по грижите и гаранциите за съхраняване на тяхното психически и физическо здраве и човешко достойнство преимуществено се съди за цивилизоваността на съответната държава, за правовостта на установеното държавно устройство и управление“²⁰. Затова използването на наказателната репресия²¹ трябва да бъде съобразено с редица изисквания. Така например, ако деецът е непълнолетен, то спрямо него следва да се приложи смекчения наказателноправен режим, визиран в глава VI от Общата част на НК. Ако пък наказателната отговорност следва да се понесе от лице от женски пол, то трябва да се има предвид, че „наказанието доживотен затвор без замяна не може да се наложи и на жена, която се е намирала в състояние на бременност по време на извършване на престъплението или на постановяване на присъдата“ (чл. 38, ал. 2 от НК). Хуманизмът е не само в основата на посочените диференцирани подходи, но и в принципното разбиране, че следва да се използва минимум принуда за постигане целите на наказанието²² и че то не може да „има за цел причиняване на физическо страдание или унижаване на човешкото достойнство“ (чл. 36, ал. 2 от НК). Принципът на хуманизмът е водещ и при изграждане на съвременния модел на институтът на условното осъждане в България.

телноправно значение. Не става дума за конституционализация на наказателното право, а за конституционноправни разпоредби с наказателноправно съдържание. Така Костадинова, Р. Принципи на наказателното право и Конституцията от 1991 г. и. В: 25 години Конституция на Република България в перспективата на върховенството на правото, демокрацията и защитата на основните права?, С.: Народно събрание, с. 241-246.

¹⁹ Трайков, Здр. Наказателноизпълнително право, Албатрос, 2007, с. 9.

²⁰ Пак там.

²¹ В основата на съвременните наказателноправни системи е принципът, че наказателното право е последно средство за защита на обществените отношения. Подробно вж. Митрева, П. Някои аспекти на принципа *ultima ratio* в европейското и българското наказателно право. В: Съвременни предизвикателства пред наказателното законодателство. С.: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2018, с. 451-462.

²² Относно начините за постигане на целите на наказанието вж. Марков, П. О целях наказания и их достижения. В: Научные труды Северо-Западного института управления РАНХиГС, том 6, выпуск 3(20), Санкт-Петербург, 2015, с. 255-261; Митрева, П. Постигане целите на наказанието при решаване на наказателни дела със споразумение, В: Световната криза и България – Правни аспекти, С.: Издателство на УНСС, 2011, с. 190-191.

Условното осъждане като проявление на принципа на хуманизма в наказателното право

1. Разглеждането на хуманизма през призмата на условното осъждане налага да бъдат направени някои предварителни бележки относно възникването на института и неговата правната същност. Институтът на условното осъждане се въвежда в българското наказателно право със Закона за условното осъждане от 1904 г.²³ Така вече 115 години отложеното изпълнение на наказанието се обозначава терминологично в българското наказателно законодателство, теория и практика като „условно осъждане“ и това води до известно объркване²⁴. В настоящето изложение, както и в предходни публикации, се застъпва тезата, че на преден план следва да се изведе отложеното изпълнение на наказанието, а освобождаването от изтърпяване да се анализира единствено в контекста на възможните последици²⁵.

По своята правна същност условното осъждане е вид отлагане на изпълнението на наложено наказание лишаване от свобода и поставяне на осъдения в режим на изпитание. През този период на дееца се възлагат специфични задължения с оглед постигане целите на наказанието. Те формират съдържанието на режима на изпитание и тяхното спазване води *ex lege* до пълното освобождаване на дееца от изпълнение на цялото наказание. Ето защо освобождаването от изтърпяване на наказанието е само възможна последица от отлагането на изпълнението на наказанието. Поради това институтът „условно осъждане“ е всъщност отложено изпълнение на наложено наказание.

Като се има предвид възможността на дееца да се поправи и без изтърпяване на наказанието, условното осъждане се явява наказателноправен институт, чрез който се индивидуализира наказателната отговорност. То се прилага по отношение на наказание, което е наложено с влязъл в сила съдебен акт и представлява наказателноправна последица от участието на дееца в конкретно престъпление. В този смисъл условното осъждане е вид санкционна последица²⁶ на извършеното престъпление.

²³ Така Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част. Второ издание. С.: Сиела, 2019, с. 547. Подробно вж. Костадинова, Р. Възникване и развитие на условното осъждане в България (1904–1968 г.). В: Знанието – традиции, иновации, перспективи. Том втори, Бургас, 2013, с. 135–141. Текстът е достъпен чрез Научния електронен архив на НБУ: <http://eprints.Nbu.bg/1871/>

²⁴ За това терминологично противоречие и че всъщност „условно осъдените лица“ се третира като осъдени на лишаване от свобода със свързаните с това ограничения вж. подробно Костадинова, Р. Безусловното осъждане на „Условното осъждане“. В: Законът на правото или правото на закона. София: НБУ, 2016, с. 151–157. Текстът е достъпен онлайн на: <http://ebox.nbu.bg/lawofright/index4.php?id=24>

²⁵ Костадинова, Р. Особенности на отложеното изпълнение на наложено наказание в българското наказателно законодателство. В: Наказателното законодателство – традиции и перспективи. Сборник доклади от международна конференция, София: Софийски университет, 2016, с. 199–211.

²⁶ Понятието „санкционни последици“ е въведено в българската правна теория от проф.

Познати са различни способности за стесняване приложното поле на наказателната репресия. Най-кардиналният е свързан с ограничаването на кръга от прояви, които НК третира като престъпления. Ако все пак наказателна отговорност е възникнала, то биха могли да се приложат институтите за освобождаване от наказателна отговорност или от изтърпяване на наказанието²⁷. Ето защо въвеждането и съществуването на института на условното осъждане също е подчинен на тази тенденция. Той дава възможност при определени условия изпълнението на наказанието да бъде отложено, а спазването на режима на изпитание да доведе до окончателно освобождаване от изтърпяване на наказанието. Именно посредством отлагането на изтърпяването, на осъденото лице се гласува доверие, основано на увереността на съда, че неговата поправимост е възможна и без затворно третиране. Какъв по категоричен пример за хуманно отношение към престъпния деец. То е показателно за убеждението на съда в това, че осъденият може да се поправи и да не върши нови престъпления и без да търпи ефективно наложеното му наказание лишаване от свобода.

Прилагането на условното осъждане дава възможност да се ограничи броя на лицата, настанени в местата за изтърпяване на лишаването от свобода²⁸. Така вместо затворно третиране, което е свързано с редица разходи за държавата и ограничения за осъдените, деецът получава шанса да остане в обществото. Ако оказаното доверие се оправдае и осъденият спазва режима на изпитателния срок, то статутът му на свободен човек се запазва. Именно тази грижа за човека и вярата в неговото поправяне и превъзпитание дават основание да се твърди, че чрез условното осъждане се проявява принципът на хуманизъм в наказателното право.

Разбира се решението да се отложи изтърпяването на наказанието и да се даде шанс на осъденият не е произволно. То се основава на конкретни законови предпоставки, посочени в чл. 66, ал. 1 от НК: наложеното наказание за е до три години лишаване от свобода²⁹; деецът да не е осъждан на лишаване от свобода за престъпление от общ характер³⁰ и целите

Л. Груев. Неговата теза е, че наказанието не е единствената възможна последица при извършването на престъплението. Подробно вж. Груев, Л. Санкционната система по българското наказателно право. С.: Сиби, 1997.

²⁷ Ненов, Ив. Наказателно право на НРБ, С., 1963, с. 17.

²⁸ Условното осъждане възниква през XIX век в Европа като алтернатива на краткосрочното лишаване от свобода. Вж. Димитрова, Сл. Проблеми на системата на наказанията. Бургас: издателство Бряг, 2018, с. 79.

²⁹ Подробно вж. Костадинова, Р. Особености на наложеното наказание за прилагане на условно осъждане по българското наказателно право. Годишник на Департамент Право 2016, година пета, София, 2017, с. 292-311.

³⁰ Това изискване трайно присъства в правна уредба на условното осъждане, подобно на чужди законодателства. Чрез него се отграничава възможността условното осъждане да бъде приложено спрямо лица с трайно изградени престъпни навици. С този ар-

на наказанието, но преди всичко поправянето на дееца да могат да бъдат постигнати и без ефективно изтърпяване. Затова трябва да се преценят всички конкретни факти по делото, да се изясни обективната истина по обстоятелствата, свързани с деянието и дееца, както и да се установят причините и условията довели до извършването на престъплението.

След като препятства изтърпяването на наказанието лишаване от свобода в пенитенциарно заведение с основание може се твърди, че чрез институтът на условно осъждане се проявява принципът на хуманизъм в наказателното право. Известно е, че изпълнението на наказанието съдържа в себе си репресивни моменти. Те се изразяват в засягането на правата на осъденото лице и причиняване на ограниченията и лишенията, произтичащи от съдържанието на наказанието. Провеждането на принципа на хуманизма налага наказанието да се разбира не като голо възмездие заради извършеното престъпление, а и като мярка на държавна принуда, чрез която се осъществяват целите на наказанието. Както посочва М. Паликарски „проява на най-висок хуманизъм, както към осъденият, така и към другите граждани е да се поправи и превъзпита осъденият и да се върне в обществото като гражданин, който няма вече да е заплахата за него“³¹. Това може да бъде постигнато не само чрез реално изтърпяване на наказанието, но и чрез неговото отлагане за определен изпитателен срок. Гаранцията за това се съдържа в предпоставките за постановяване на условно осъждане, които задължават съда да се увери, че чрез отлагането на изпълнението на наказанието ще бъдат постигнати целите на наказанието и най-вече поправянето на дееца (чл. 66, ал. 1 НК).

Заключение

Принципът на хуманизма в наказателното право се осъществява не само чрез всестранината защита на правата и интересите на всеки един човек от престъпления, но и чрез защитата на правата и интересите на престъпния деец. Дори може да твърди, че основния път за осъществяване на хуманистичните представи в наказателното право е чрез търсенето на нови средства в борбата с престъпността. Такова ново средство за ограничаването на наказателната репресия е появилият се в Европа в края на XIX институт на условното осъждане. Той е въведен през 1904 г. и в България. Към настоящият момент неговото прилагане е доказателство за хуманно отношение към престъпния деец в случаите, когато целите на наказанието могат да бъдат постигнати и без ефективно изтърпяване на лишаването от свобода.

гумент съдимостта като пречка за условно осъждане неизменно присъства във всички български наказателни закони. Подробно вж. Костадинова, Р. Предходната съдимост на дееца като пречка за прилагане на условно осъждане. Годишник на Департамент Право на Нов български университет 2017, година шеста, София, 2018, с. 366-383.

³¹ Паликарски. М. Наказателноизпълнително право на Република България. С.: Легакон, 1992, с. 15.

ПРАВОТО НА ЛИЧЕН ЖИВОТ И НЕГОВИТЕ НАРУШЕНИЯ В ДЕЛИКТНОТО ПРАВО

Силвия Цонева¹,
Нов български университет

Резюме: Правото на личен живот възниква като правото да бъдеш оставен сам. Първоначално то било изградено върху идеята да се даде защита срещу неправомерни вмешателства в личното пространство на едно лице. Скоро обаче правото на личен живот се разраства и обхваща значително по-широк кръг права, в основата на които стои идеята за насърчаване свободното развитие на личността, правото на самоопределяне и възможността всеки сам да определя представата, която създава за себе си в останалите лица. В резултат на това развитие правото на личен живот се оформя като нова категория права на личността, която е по-ограничена по обхват от понятието „правата на личността“ по смисъла на конституционното право. Видовете нарушения на правото на личен живот включват навлизане в личното пространство на едно лице, публично разгласяване на данни и информация от личния живот на едно лице, експлоатиране на чуждо име, глас или външност, посегателство върху чуждо право на образ и външност, създаване на невярна представа за едно лице в обществото и неправомерно вмешателство в правото на самоопределяне и идентичност. Статията проследява развитието на правото на личен живот, неговото съдържание, различните видове негови нарушения и тяхното проявление в българската съдебна практика.

Ключови думи: право на личен живот, права на личността, неприкосновеност на личния живот, право върху образа и външността

¹ Гл. ас. д-р Силвия Цонева, имейл: ststoneva@nbu.bg

THE RIGHT TO PRIVATE LIFE AND ITS INVASIONS IN TORT LAW

Silvia Tsoneva,
New Bulgarian University

Abstract: The right to private life came into existence as a right to be let alone. Initially it was built on the idea to protect against interferences into the zone of one's privacy. However, it soon spread out to encompass a broader set of rights largely resting on the concept to promote free development of one's personality, self-determination and control over the presentation of the self. That is the reason why the right to private life settled within a newly emerging group of personality rights narrower in limits than the category of personality fundamental rights in constitutional law. The forms of invasion of the right to private life refer to unreasonable intrusion upon the seclusion of another, public disclosure of private facts, appropriation of one's name, voice, likeness, interference with one's right to image and likeness, unacceptable placing the other in a false light before the public, unlawful involvement with the right to self-determination and identity.

This paper looks into the development of the right to private life, its meaning, the various types of wrongs related to it and the way they stand in Bulgarian case-law.

Keywords: Right to Private Life, Personality Rights, Privacy, Right to Publicity

Увод

Правото на личен живот може да бъде разгледано през призмата както на конституционното, така и на гражданското право. За конституционното право то е част от основните права на гражданите, а за гражданското право е вид субективно право. В проявлението си на субективно право, правото на личен живот представлява интерес както за общата част на гражданското право, така и за деликтното право. В началото на този доклад се дава общ поглед към начина, по който правото на личен живот присъства в конституционното и гражданското право-обща част, като се търси отношението и мястото му спрямо категорията „права на личността“. Това се прави с цел правилно позициониране и задаване на отправната точка за последващата основна част от доклада, фокусирана върху правото на личен живот в деликтното право. В нея се изяснява съдържанието на правото на личен живот, проследява се появата и развитието му в континенталното и англо-американското право и се разглеждат видовете нарушения на това право в деликтното право. Накрая се завършва с обзор на отговорността за вреди от нарушаване правото на личен живот в българското деликтно право.

1. Правото на личен живот в конституционното право и гражданското право - обща част

По смисъла на конституционното право основните права обхващат гражданските, политически, икономически, социални и културни права на гражданите. В тази систематика гражданските права исторически възникват като дефанзивни права, призвани да осигурят еманципирането на гражданина от деспотичната държава и да обезпечат неговата сигурност, свобода и достойнство. Това са права от първо поколение, наричани още „лични“², чието истинско призвание е да служат като фундамент за свободното съществуване и развитие на личността. Именно сред тях е разположено правото на личен живот, който Конституцията обявява за неприкосновен (чл. 32, ал. 2 КРБ). В качеството си на конституционно прогласено основно право на гражданите, правото на личен живот налага на държавата да се

²Танчев, Е. Основни права на човека, Юриспрес, УИ „Св. Климент Охридски“, С., 2002 г., с. 68. Това са права на отделната личност, които не са колективни и не могат да бъдат осъществявани представително. Пак там, с. 69.

въздържа от намеса, да се възпира от вмешателство, да се отдръпне и да не създава пречки за пълноценното му и разгърнато осъществяване.

Основните права на гражданите обичайно се съизмерват с правата на човека, във връзка с което се приема, че докато правата на човека залагат на естествените права, присъщи на всяко човешко същество, основните права изхождат от социалната същност на човека и връзката му с държавата, която признава на гражданите си определени фундаментални права³. Основните права обаче могат да се измерят и спрямо т. нар. „права на личността“. Доктрината приема, че правата на личността представляват особен израз на правата на човека, видени през определен зрителен ъгъл⁴ и заключава, че правата на човека и правата на гражданите са права на личността⁵. По този начин конституционното право вижда в правата на личността едно широко понятие, което обхваща всички основни права, сред които се намира и групата на личните или гражданските права, част от които е правото на личен живот.

На следващо място, правото на личен живот присъства в гражданското право – обща част като част от личните субективни права на физическите лица. Делението на субективните права на лични, вещни, облигационни, авторски, семейни и наследствени се извършва съобразно принадлежността им към определен клон на гражданското право. Личните субективни права се регламентират от нормите на гражданското право – обща част и се изучават от тази учебна дисциплина във връзка с изясняване правния статут на физическите лица⁶. По правило те са абсолютни, притезателни, неимуществени, непрехвърлими, неделими, главни и ненаследими⁷. Определят се като права на личността, разгледана в нейните „лични и обществени прояви“⁸. Там попада правото на личен и семеен живот, наред с правото на живот, лична свобода, чест, достойнство, добро име, свободно придвижване, неприкосновеност на жилището, кореспонденцията, изучаване на майчиния език, информация, здравно осигуряване, образование, здравословна и благоприятна околна среда и т. н.⁹.

³ Поради това, правата на човека се съдържат в международни актове, всеобщи декларации, пактове и харти, а основните права имат своята уредба в националното законодателство и са част от позитивното право на съответната държава.

⁴ Неновски, Н. Основни права на човека, Юриспрес, УИ „Св. Климент Охридски“, С., 2002 г., с. 27.

⁵ Пак там.

⁶ Павлова, М. Гражданско право. Обща част., Софи-Р, С., 2002, с. 191.

⁷ Пак там, с. 293. Приема, че правата в глава II на КРБ са уредени като същински субективни граждански права. Обяснението е в прякото действие на нормите на КРБ (чл. 5, ал. 2), което дава възможност защитата на тези права да се основава непосредствено на Конституцията.

⁸ Пак там, с. 289.

⁹ Пак там, с. 293-298.

Видно е, че както конституционното, така и гражданското право-обща част разглеждат правото на личен живот като част от правата на личността и от т. нар. „лични права“. Макар да споделят едно виждане за понятието „права на личността“, двете области на правото се разминават относно обхвата на категорията „лични права“. Докато в контекста на конституционното право личните права се свързват само с негативните по характер, граждански по определение, класически основни права на гражданите от първо поколение, в контекста на гражданското право-обща част те се отъждествяват с всички права на личността – граждански, социални, икономически и културни.

2. Сравнителноправен анализ на правото на личен живот в деликтното право

При разглеждане правото на личен живот от гледна точка на деликтното право, трябва още в началото да се отбележи, че то е един от основните фактори, повлияли развитието на деликтното право през последните десетилетия. До абсолютните субективни права на живот, здраве, чест и достойнство, се нареди и правото на личен живот и наравно с тях днес то определя противоправността на деянието и вредите, подлежащи на обезщетение.

Зараждането и развитието на концепцията за правото на личен живот в европейското деликтно право разкрива интересна особеност – то се разглежда в контекста и като важна част от група права, обозначени „права на личността“, които имат по-ограничено съдържание и периметър от едноименната категория по смисъла на конституционното право и гражданското право – обща част. Тази група включва *чест, достойнство и право на личен живот, разгледано в широк смисъл с неговите най-разнообразни проявни форми*. Наречена „права на личността“, „*personality rights*“, „*Personlichkeitsrecht*“, „*droits de la personnalité*“, тази категория смислово обособява онези аспекти на човешката личност, които остават извън физическите измерения на телесното и се отнасят до нейната идентичност, проявяваща се чрез свободния избор, който тя прави, зачетеното достойнство и признатото ѝ място в социума, който обитава.

Деликтната отговорност по немското право изисква поведението, от което произтичат вредите да е противоправно. Това, от своя страна, предполага засягане на някое от посочените в § 823 I BGB права – „живот, телесна цялост, здраве, свобода и други права“. Доколкото това изброяване не посочва изрично достойнството и личния живот, немската доктрина целенасочено разработва ново понятие „общо право на личността“ (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*), което вкара в категорията „други права“ по смисъла на § 823 I BGB¹⁰. Метаюридическите корени на „*Persönlichkeit*“ се търсят във философията на Кант за достойнството и свободата, а юридическата му обосновка се основава на член 1 и 2 от Основния закон, който прокламира защитата на човешкото достойнство и правото на сво-

¹⁰ Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2013, Second Edition, p. 184.

бодно развитие на личността¹¹. Общото право на личността включва главно правото на достойнство, правото на личен живот, правото да не бъдеш представен по неверен начин и правото на образ¹². Използваният термин донякъде е условен, тъй като немският Върховен съд отбелязва, че и правото на телесна неприкосновеност може да се разглежда като част от общото право на личността¹³. При все това общото право на личността ясно се оформя като самостоятелна категория права, със собствени очертания и специфика, сред които правото на личен живот заема важно място.

Френското гражданско право по правило свързва правата на личността с ненакърнимостта на физическата и душевна цялост на физическите лица (*droits de la personnalité*). Що се отнася обаче до деликтната отговорност, този термин има малко по-специфично звучене, зададено още през 1909 г. от Perreau с известната си статия върху правата на личността. За него те са нематериалните проявления на личността, като име, външен образ, чест и достойнство, които той в крайна сметка свежда до свободата на човека да организира личния си живот¹⁴. Френското право не познава общо право на личността, а отделни права, сред които се нарежда и правото на личен живот. Значимостта на самото право на личен живот е безспорна и неговата защита изрично е установена в член 9 от френския Граждански кодекс. То включва правото да се води самостоятелно съществуване при минимална външна намеса и защита срещу всякакви нарушения на правото на име, глас и интимна сфера¹⁵. Обезщетението за вреди от нарушаване правото на личен живот се присъжда на основание член 1240 (стар 1382) от Гражданския кодекс, установяващ общото правило, че всеки, който виновно е причинил вреди другиму е длъжен да ги поправи.

В системата на Общото право появата и развитието на правото на личен живот изглежда по различен начин. Тук понятието „права на личността“ (*personality rights*) по начало е непознато. В САЩ защитата срещу недопустими вмешателства в личния свят на едно лице се осигурява от отделен деликтен състав, наречен *privacy*. Зараждането му еднозначно се свързва с емблематичната статия на Warren и Brandeis от 1890 г.¹⁶. Там те развиват тезата си за правото на личен живот като правото на всеки да

¹¹ Giorgio Resta, *Personnalité, Persoenlichkeit, Personality. Comparative Perspectives on the Protection of Identity in Private Law*, достъпно на https://papers.ssrn.com/sol3/papers.Cfm?abstract_id=2486084, p. 15.

¹² Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law. Edition 3*, Routledge-Cavendish, 2014, p. 449-455.

¹³ Cees van Dam, *Op. Cit.*, p. 185.

¹⁴ Colombi Ciacchi, A., Brüggemeier, G. & O'Callaghan, P. (ed.), *Personality Rights in European Tort Law*, 2010, 1 ed. New York: Cambridge University Press, p. 13-14.

¹⁵ Sénat Français, „La Protection de la vie privée face aux Médias“, достъпна на http://www.senat.fr/lc/lc33/lc33_mono.html#toc19

¹⁶ 16 S. D. Warren and L. D. Brandeis, 'The Right to Privacy' (1890) 4 Harvard Law Review.

бъде оставен сам. Оттам нататък то търпи сериозно развитие и отдавна вече не се свежда само до правото да бъдеш оставен сам. Понастоящем, съгласно § 652A от Restatement of Torts, правото на личен живот може да бъде нарушено по четири основни начина: чрез неоправдана намеса в уединението на друг, чрез непозволено използване на чуждо име или образ, чрез необосновано публично разкриване на факти от личния живот на друго лице или чрез публично разгласяване на информация, която представя друго лице по неверен начин.

Английското право, от своя страна, се отличава от американското най-вече с упорството си да признае съществуването на отделен деликт *privacy*, който да обхване нарушенията, свързани с намеса в личния живот¹⁷. Защита има, но тя е пригодена към съществуващия деликт „нарушаване на поверителността“ (*breach of confidentiality*). Първоначално този деликтен състав изисквал между нарушителя и увреденото лице да съществува предходна връзка от типа лекар – пациент, работник – работодател, съпруг – съпруга или друго подобно отношение, от което да произтича задължение за конфиденциалност и пазене на тайна¹⁸. По-късно се приема, че не е нужно между страните да е налице предходна връзка – достатъчно е информацията по същността си да е конфиденциална и от обстоятелствата да е ясно, че не следва да бъде разпространявана.

В по-ново време се говори за нов деликт, сходен с „нарушаването на поверителността“, но със собствени правила¹⁹ – „неправомерно използване на лична информация“ (*misuse of private information*). Според Върховния съд на Англия той включва два вида нарушения – разкриване на лична информация и неоправдана намеса в личния живот²⁰.

Между начина, по който исторически се заражда разбирането за защита на личния живот в континенталното и Общото право могат да се открият някои разлики. В САЩ правото на личен живот възниква и се изгражда преимуществено върху идеята за усамотение и съответно задължението на останалите лица да се въздържат, да не навлизат в чуждата лична сфера и да не проявяват нездраво любопитство към неща, за узнаването на които нямат оправдан интерес. В Европа правото на личен живот се заражда в контекста на разграниченията лице/личност, индивид/индивидуалност и се корени в разбирането за достойнството на човека и развитието на личността. Затова тук правото на личен живот не се свежда само до идеята за възпиране на вмешателството от страна на трети лица, но залага и на самоопределянето и себепроявлението на личността. При него много по-силно се усеща разбирането, че пълноценното разгръщане

¹⁷ Catherine Elliott, Frances Quinn, Tort Law, 7th ed., Pearson Longman, 2009, p. 253.

¹⁸ По дело *Argyll v Argyll* (1967) на Дюка на Аргил било забранено да публикува детайли от бурния си семеен живот.

¹⁹ John Murphy, Christian Witting, Street on Torts, Oxford University Press, 13th ed, 2012, p. 602.

²⁰ *PJS v News Group Newspapers Ltd* (2016).

на личността не може да стане чрез уединение и отдръпване на човека от заобикалящия го свят. Той трябва да има възможност за активно изявяване на личността си и за свободна деятелност в социалната среда, към която принадлежи²¹. Погледнато по този начин, правото на личен живот разбираемо попада в една по-обща, особена група права на личността.

В англо-американското право посегателствата върху достойнството и личния живот са отделни деликтни състави, които не се разглеждат като елементи на една по-обща група. Европейските правни системи, обратно, са склонни да виждат в неприкосновеността на честта, достойнството, личния и семейния живот, жилището, кореспонденцията, образа и външния вид една обща група права, които те наричат „права на личността“. Проекция на схващането, че тези права образуват една обща група е и формулировката на чл. 32 КРБ. Такъв е и текста на член 12 от Всеобщата декларация за правата на човека, който гласи, че никой не трябва да бъде подлаган на произволна намеса в личния му живот, семейството, жилището и кореспонденцията, нито на посегателства върху неговата чест и добро име. Подобен подход е налице и в частноправни кодификации и оптативни инструменти като Общата референтна рамка, където член VI - 2:203 се занимава общо с нарушенията на достойнството, свободата и личния живот. Извън това, Анексът към Общата референтна рамка, който посочва смисловите значения и употреби на някои термини, под термина „право“ на трето място посочва „права на личността“, като в скоби уточнява, че това са правото на достойнство, свобода и личен живот.

Важно е да се отбележи и друга тенденция. В практиката си Европейският съд по правата на човека разширява пределите на член 8 от Европейската конвенция за правата на човека (право на зачитане на личния и семейния живот), натоварва го с много по-широко по обхват съдържание и на практика го свързва с едно по-общо право на личността²².

Онова, което все пак е спойката на различните градивни елементи на правата на личността в деликтното право като цяло, и на проявните форми на правото на личен живот в частност, е правото на контрол върху информацията, която обществото има право да узнае за едно лице. Може да се касае за информация, разгласена от трети лица, която е невярна. Възможно е информацията да е вярна, но да е преминалата границата на допустимо надзъртане през „завесата“, разделяща личния от публичния живот на едно лице. Става въпрос за правото на контрол върху знанието, което общността има за личността и за възможността самата личност да определи начина, по който общността я възприема и да моделира образа, с който тя присъства във външния свят. Неверността на информацията има значение не само когато изнесените факти и обстоятелства са позор-

²¹ Giorgio Resta, Op. Cit., p. 21.

²² O'Callaghan, P. Article 8 ECHR as a General Personality Right? Journal of European Tort Law, 6(1), (2015). Pp. 69-84.

ни и негативни за съответното лице – важна е неверността на представата, която се създава. Същевременно, верността на информацията може да е без значение – важно е дали с узнаването или разкриването ѝ се преминават определени граници и дали обществото има оправдан интерес да научи тази информация.

Горните черти важат и за правото на личен живот и определят същността и съдържанието му. То обаче толкова много промени обхвата си през последните десетилетия и структурата му стана толкова разнородна, че сега то трудно се поддава на дефиниция. Затруднението произтича главно от това, че правото на личен живот обхваща два диаметрално противоположни интереса – желанието да няма външна намеса в личното пространство, да няма излизане на информация от личната сфера навън към общността и обратно – желанието за публично показване, за себеизява пред общността, за използване на собственото име и външност.

3. Видове нарушения на правото на личен живот в деликтното право

Същността на правото на личен живот най-добре се изяснява чрез разглеждане на видовете нарушения и посегателства, които водят до отговорност за произтичащите от тях вреди. Често едновременно се проявяват наведнъж преплетени и осъществени няколко нарушения на правото на личен живот.

Първата група нарушения на правото на личен живот се свежда до навлизане в личното пространство на друго лице. Личното пространство е такава сфера, която по правило не трябва без съгласието на съответното лице да става достояние на друг, бил той частно лице, медия или държавата. Хипотезите на посегателства в тази категория включват подслушване, поставяне на камери, записващи и проследяващи устройства, прочитане на чужда кореспонденция или дневници, проникване в чужда електронна поща и т. н. Нарушение е налице например при шпиониране с бинокъл на лице на място, където то оправдано очаква и си мисли, че е само или при постоянно следене и фотографиране на известна личност²³.

Втората голямата група нарушения на правото на личен живот е свързана с публичното разгласяване на подробности и факти от личния живот на едно лице, без да е налице съответен обществен интерес за това узнаване и разпространение. Такава по правило е информацията за здравословното състояние и интимния живот на едно лице. Верността на информацията не отменя факта на намеса в личния живот.

Ако информацията вече е станала обществено достояние, тя не се счита за поверителна. Това била причината Джон Ленън да не успее да спре от продажба издание, в което бившата му съпруга Синтия разказвала за брака им. Както жена му, така и той, вече били говорили пред пресата за

²³ Американските дела *Souder v Pendleton Detectives*, (La. 1956) *Galella v Onassis* (2d Cir. 1973) вж. John L. Diamond, Lawrence C. Levine, Anita Bernstein, *Understanding Torts*, Fourth Edition, LexisNexis, 2010, p. 374.

отношенията си и информацията не можела да се счита за поверителна (*Lennon v News Group Newspapers* (1978)).

Защитата не е абсолютна и трябва да се претегли спрямо интереса на обществото да се информира по определени въпроси. Възможно е общественят интерес по изключение да обоснове получаването на информация дори за здравословното състояние на едно лице, в конкретния случай значима политическа фигура²⁴. Обществото има интерес да научи например, че определено дружество избягва плащането на данъци (*Initial Services v Putterill* (1968)), че Маргарет Тачър не одобрява някои действия на Джон Мейджър (*Times Newspapers Ltd v MGN* (1993)), че използваните от полицията дрегери за алкохол може да са технически ненадеждни (*Lion Laboratories Ltd v Evans* (1985)) и т. н. Обществото има интерес да узнае и историята на лице, някога известно гениално дете, което години по-късно води мизерен живот, откъснато от света. Според съда следва да се даде възможност на обществото да се осведоми и да проследи как едно дете-вундеркинд се справя впоследствие с живота и неговите превратности²⁵.

Съдилищата правят разлика между факта на интимна връзка между две лица и разкриването на подробности от сексуалния им живот. По правило разкриването на самия факт на съществуване на връзка не се счита за съществена намеса в личния живот, за разлика от изнасянето на подробности и показването на снимки от интимната връзка²⁶. Търсенето на граница показва, че някои факти могат да се оповестят, други не. Фактът, че известна личност посещава публичен дом е едно, а публикуването на компрометиращи и срамни снимки за него е друго. По делото *Mosley v News Group Newspapers* (2008) президентът на Формула 1 бил заснет с проститутки. Твърдението, че в тях имало нацистки елементи не било доказано. Съдът приел, че става въпрос за поверителна информация и спрял разпространението на снимките. В решението се изтъква, че ако сексуалните сцени разкриваха осмиване на Холокоста и по този начин поставяха под въпрос мястото на лицето в организацията, която то представлява, щеше да е налице обществен интерес от публикуване на информацията.

Когато едно лице е създадо една публична представа за себе си, обществото има право да научи факти от личния му живот, които оборват тази представа и разкриват нейната изопаченост и неистинност. По делото *Campbell v MGN Ltd* (2004) известната манекенка Наоми Кембъл завела дело срещу изданието, публикувало снимки и подробности за терапията, на която тя се подложила, за да лекува наркотичната си зависимост. Съдът направил разграничение между факта, че манекенката е наркотично

²⁴ Немското дело BGH 14 October 2008, NJW 2009, вж. Raymond Youngs, English, French & German Comparative Law. Edition 3, Routledge-Cavendish, 2014, p. 453.

²⁵ Американското дело *Sidis v F-R Publishing Corp.* (1940) вж. John L. Diamond, Lawrence C. Levine, Anita Bernstein, Op. Cit., p. 380.

²⁶ John Murphy, Christian Witting, Op. Cit., p. 607.

зависима и детайлите относно процедурата, на която тя се подложила. Според съда, по отношение на първия факт, че е наркозависима, е налице обществен интерес, който налага разкриването на такава информация, защото в предходни интервюта тя категорично отричала зависимостта си и така създава невярна представа за себе си²⁷. Публикуването обаче на медицински подробности и тайно направени снимки, които разкриват отблизо по болезнен за нея начин деликатни моменти от лечението ѝ, отива твърде далеч и представлява намеса в личния ѝ живот. Липсва обществен интерес, който да налага разкриването на такава информация.

Противоборството на правото на личен живот с обществения интерес, свободата на словото и правото на информация налага да се прецени кое от тях надделява в конкретния случай. Това невинаги е лесно – следва ли например да се изнесат данни, че определени общопрактикуващи лекари са заразени със СПИН²⁸; има ли интерес обществото да узнае каква е сексуалната ориентация на лицето, спасило президента Форд от нападение²⁹ и т. н.

Към тази категория нарушения, свързани с разкриване на лична информация, спада и правото да бъдеш забравен. В неговата основа стои правото да бъдеш анонимен и възможността за нов старт в живота, претеглени спрямо интереса на обществото да узнае истината за миналото на определено лице³⁰.

От тази категория изхожда и неправомерното използване на лични данни, което днес се обособи и получи самостоятелна уредба.

Третата група нарушения на правото на личен живот са свързани с правото върху образ, глас и външност. Заснемането на едно лице в рамките на личния му живот без негово съгласие е нарушение. Децата не могат да бъдат снимани без съгласието на техните родители.

Смята се, че публичните личности се съгласят да бъдат обект на повишен интерес не само към техния обществен, но и към техния личен живот, както и да бъдат заснемани, при условие, че снимките не са унижителни или злепоставящи. От друга страна обаче и публичните лица имат право на защитено лично пространство. Това ясно е подчертано по делото *Von Hannover v Germany* (2004), в което ЕСПЧ търси баланс между правото на личен живот и свободата на словото. Делото е водено в Германия от Принцесата на Монако срещу папараци, които я следели непрекъснато, дори по време

²⁷ Cees van Dam, Op. Cit., p. 189.

²⁸ X v Y (1988), Raymond Youngs, Op. Cit., p. 444.

²⁹ Sipple v Chronicle Publisjing Co. (1984), John L. Diamond, Lawrence C. Levine, Anita Bernstein, Op. Cit., p. 379.

³⁰ Топчийска, Д. Балансът на права и легитимни интереси като основание за обработване на лични данни съгласно Общия регламент на ЕС за защита на личните данни, Годишник 2017 на департамент Право, НБУ, 2018, с. 202-213; Топчийска, Д. Правото да бъдеш забравен в решението на Съда на ЕС по казуса Google. Law Journal of NBU (Електронно юридическо списание на НБУ), бр. 2 от 2014 г., ISSN (online) 1314-5797, с. 94-112.

на нейни чисто лични ежедневни излизания, включително водене децата на училище. Германският съд отхвърлил иска ѝ като се позовал на това, че публичната личност трябва да очаква и да търпи засилен интерес и към личния си живот. В продължение на това, щом като се показва на публични места, макар и не по време на официални срещи, тя следва да очаква и да търпи интереса на обществото към нея. ЕСПЧ приел нещо различно. Дори и на публични места е налице определена зона, в рамките на която личният живот получава защита. Съдът приел, че публикуването на снимките в конкретния случай попада в тази зона. Липсва обществен интерес от узнаване на конкретната информация – налице е чисто любопитство. При решаване на делото съдът взел предвид интензитета на намесата в личния живот на принцесата и отчел всекидневното ѝ следене и снимане³¹.

По правило снимката има много по-голямо въздействие от говореното и писмения текст. Тя много по-рязко и по много по-притеснителен начин засяга личността, като я излага на по-голям показ и разкрива личния ѝ живот по много по-чувствителен начин. Този, който държи снимката с образа на друг в някакъв смисъл „го държи в ръцете си“³². Всяко ново поглеждане на снимката е ново вмешателство.

Що се отнася до правото на глас, този проблем в момента е актуален с делото срещу APPLE, по което жена твърди, че гласът ѝ е използван за виртуалния асистент Siri без тя да е дала валидно разрешение за това.

Четвъртото по вид посегателство на правото на личен живот е свързано с експлоатиране на чуждо име или външност с цел извличане на ползи чрез създаване на невярна представа у трети лица, че определена известна личност подкрепя, рекламира или се солидаризира с даден продукт или дейност. В тази хипотеза се засяга не правото на уединение, а правото да използваш външността си за публичност, за извличане на изгода от разкриване на образа си, от изтъргуване на външността, името, гласа си. Пример за нарушение на това право е използването на образа на известна личност във видео игра³³. Използването на образа или гласа на едно лице в реклама без съгласието на това лице е нарушение на правото му на публична изява³⁴.

По делото *Douglas and Others v Hello! Ltd (2001)* Майкъл Дъглас и Катрин Зита Джоунс дали изключителни права на списанието OK за медийно отразяване на сватбата им. На сватбата обаче успял да се вмъкне фотограф, който тайно направил снимки, които впоследствие продал на конкурентното списание Hello!. Съдът приел, че информацията, предвид забраната на гостите да снимат и предоставянето на изключителни права за снимките, е конфиденциална и разпространението ѝ от списанието Hello! е нежелано от семейство Дъглас. Особено внимание било обър-

³¹ Cees van Dam, Op. Cit., p. 191-192.

³² Colombi Ciacchi, A., Brüggemeier, G. & O'Callaghan, P. (ed.), Op. Cit., p. 570.

³³ Френското дело Civ 16 July 1998 вж. Raymond Youngs, Op. Cit., 2014, p. 446.

³⁴ Неразрешено имитиране гласа на Бети Мидлър в реклама на автомобили по амери-

нато на това, че за ищците снимките са важен търговски актив, който те могат изгодно да продадат. Във връзка с това съдът извел на преден план „правото да продадеш историята си“.

Пети вид нарушение на правото на личен живот е създаването на невярна представа за едно лице в обществото. Така се засяга правото на това лице да контролира начина, по който другите го възприемат. Налице са допирни точки с клеветата. За разлика от нея обаче при създаването на невярна представа не се изисква разгласяване на позорни факти или на данни, сочещи на извършено престъпление. Извън това, при създаването на невярна представа по правило данните трябва да са изнесени публично, докато при клеветата е достатъчно твърденията да достигнат до едно или няколко лица. Пример за нарушение от тази категория е случая, при който била разпространена информация, че едно лице е от определена политическа партия, а то в действителност подкрепяло друга политическа сила³⁵. Такъв е и случая, при който в кампания на църквата против разводите била използвана и разпространена снимка на мъж и жена някъде в провинцията. Проблемът бил в това, че те нито били женени, нито одобрявали кампанията против разводите³⁶.

Шестият вид нарушения са свързани с правото на идентичност и самоопределяне като част от правото на личен живот. Тук може да попаднат твърде широк кръг от хипотези. Такива са например случаите на неуспешно проведена процедура по стерилизация и последвала нежелана бременност, както и случаите когато бременни жени не са били предупредени от лекарите, че има риск да родят дете с увреждания и по тази причина не са могли да направят аборт. Преценката на съдиите по такъв вида дела, водени срещу лекарите и болничните заведения, допуснали съответната грешка, често се концентрира върху това дали е нарушено правото на семейно планиране, на личен живот и автономия на избора³⁷.

4. Отговорност за вреди от нарушаване правото на личен живот по българското деликтно право

Член 4 КРБ възлага на държавата да гарантира живота, достойнството и правата на личността и да създаде условия за свободно развитие на човека. Личният живот, жилището, свободата и тайната на кореспонденцията са неприкосновени (чл. 32, чл. 33 и чл. 34).

канското дело *Midler v Ford Motor Co.* (1988), John L. Diamond, Lawrence C. Levine, Anita Bernstein, Op. Cit., p. 376.

³⁵ John L. Diamond, Lawrence C. Levine, Anita Bernstein, Op. Cit., p. 377.

³⁶ Италианското дело *Pretura Roma*, 6 May 1974, Colombi Ciacchi, A., Brüggemeier, G. & O'Callaghan, P. (ed.), Op. Cit., p. 573.

³⁷ *McFarlane v Tayside Health Board* (1999); Donal Nolan, 'New Forms of Damage in Negligence' (2007) 70 *The Modern Law Review*.

Българското право не познава отделни деликтни състави, обособени съобразно вида на засегнатото право и начина на накърняването му. Доколкото чл. 45 ЗЗД установява правилото на генералния деликт, защитата на правото на личен живот се осъществява чрез позоваване на чл. 32 КРБ във връзка с чл. 5, ал. 2, който установява непосредственото действие на Конституцията.

Засягането на правата по чл. 32 КРБ е основание за претърпените вреди да се търси обезщетение от основание чл. 45, съответно 49 ЗЗД. Защитата може да се осъществи и на специално основание, каквото на пример представлява Закона за защита на личните данни. Съгласно чл. 39, ал. 1 ЗЗЛД всяко физическо лице при нарушаване на правата му може да обжалва действия и актове на администратора по съдебен ред и да иска обезщетение за претърпените от него вреди вследствие на неправомерно обработване на лични данни от страна на администратора.

Правото на личен живот не е абсолютно и често следва да се съизмери със свободата на словото и правото на всеки да търси и получава информация. В това отношение съществуват специални правила относно медиите. § 1, т. 21 ДР на Закона за радиото и телевизията определя понятието „личен живот“ като животът на човек в семеен, здравен и сексуален аспект. Съгласно чл. 16, ал. 1 ЗРТ доставчиците на медийни услуги не могат да създават и предоставят за разпространение предавания, съдържащи информация, свързана с личния живот на гражданите, без тяхно съгласие. Те могат да включват в предаванията си информация в публичен интерес относно личния живот на граждани, осъществяващи правомощия на държавни органи, или на граждани, чиито решения имат влияние върху обществото. Тези ограничения не се прилагат, когато по отношение на лицето има влязла в сила присъда за умишлено престъпление от общ характер.

Правото на личен живот може да бъде накърнено по най-различни начини. Нарушение има когато без съгласието на едно лице се разпространи информация за личния му живот, която не е нужно да става достояние на трети лица. В един от случаите без съгласието на ищеца по телевизията били разгласени сведения за отношенията му с бившата му съпруга и упражняването на родителските права върху детето им. Съдът приел, че излъчената информация съдържа сведения за отрицателни прояви на ищеца, несъвместими с общоприетите начини на общуване между съпрузи. Искът за обезщетение за вреди бил уважен поради нарушено право на неприкосновеност на личния живот и посегателство върху честта и достойнство – нарушение на чл. 32, ал. 2 КРБ³⁸.

По друго дело искът бил за обезщетение за вреди от нарушаване правото на личен живот, осъществено чрез изнасяне в телевизионно предаване на информация, свързана с идентичността на ищцата – името, лицето ѝ, професията ѝ и висящ между нея и други лица съдебен спор. Искът бил отхвърлен, тъй като заснемането на ищцата станало не в жилището ѝ, а в

³⁸ Решение № 56 от 26.2.2009 г. на ВКС по гр. д. № 5814/2007 г., I г. о.

кабинета, където тя упражнявала професионалната си дейност; изразеното от нея противопоставяне не било срещу заснемането ѝ с камера, а срещу воденето на разговор и участието ѝ в телевизионно предаване. Освен това, изнесените в предаването факти и обстоятелства не били свързани с личния и семейния живот на ищцата, а касаели съществуващ имуществен спор, свързан с професионалната ѝ дейност³⁹.

В друг случай били публикувани факти, касаещи заболяване на ищцата. Съдът приел, че е накърнено прогласеното в чл. 32, ал. 1 КРБ право на неприкосновеност на личния живот. В допълнение изтъкнал, че е без значение дали изнесените факти са верни или не, тъй като, дори и да са верни, със самото им публикуване е осъществена недопустима намеса в личния живот на ищцата⁴⁰.

Съдебната практика у нас приема, че образът на един човек разкрива неговите уникални характеристики и съставлява една от основните черти на личността му. Макар снимката в конкретния случай да била направена от родителите на детето непосредствено след раждането му, тя била споделена с тесен кръг близки, а не с цел образът на детето да бъде разпространен в публичното пространство и да достигне до неограничен кръг хора. С оглед на това, съдът приел, че с публикуване на процесната снимка ответникът е нарушил прогласеното в разпоредбата на чл. 32, ал. 1 КРБ право на личен и семеен живот на ищците⁴¹.

Проявление на правото на личен живот може да се търси и във връзка с обявената в Конституцията неприкосновеност на жилището. В един от случаите съдът разгледал въпроса представлява ли денонощното видеонаблюдение на входната врата на жилищна сграда, етажна собственост, незаконно вмешателство в личния или семейния живот по смисъла на чл. 32, ал. 2 КРБ и дали е допустимо защитата на нарушеното лично право да се осъществи чрез разпореждане за демонтиране на камерата⁴². Искът бил предявен на основание чл. 97, ал. 1, предл. 1 ГПК (отм.) за възстановяване на нарушено право на личен живот чрез демонтиране на камера на основание чл. 32, ал. 1 вр. с. чл. 5, ал. 2 КРБ. Съдът приел, че денонощното видеонаблюдение на входната врата на сградата не съставлява вмешателство в личния живот на обитателите. По-нататък обаче съдът продължил разсъжденията си по повод защитата на конституционно защитеното право на личен живот и заключил, че ако се повдигне спор за нарушена неприкосновеност и не се претендира обезщетение за вреди, нито се търси защита на собствеността чрез негаторен иск, а се търсят последици, каквито законът не предвижда при защита на субективни права, съдът не може да даде търсената чрез такъв осъдителен иск защита на личната неприкосновеност⁴³.

³⁹ Решение № 6359 от 29.7.2016 г. на СГС по в. гр. д. № 1503/2016 г.

⁴⁰ Решение № 33226 от 12.2.2017 г. на СРС по гр. д. № 42553/2016 г.

⁴¹ Решение № 1122 от 21.2.2017 г. на СГС по в. гр. д. № 7949/2016 г.

⁴² Решение № 153 от 24.6.2016 г. на ВКС по гр. д. № 719/2016 г., I г. о.

⁴³ Определение № 129 от 1.2.2012 г. на ВКС по гр. д. № 750/2011 г., III г. о.

Макар и не по повод реализиране на деликтна отговорност за вреди, у нас е ясно установено, че правото на личен живот включва и правото на полово самоопределение. ВКС е имал възможност да разгледа случаи на смяна на пол и да се произнесе относно правата на транссексуалните лица⁴⁴. Възможността за промяна на пола не е пряко уредена в българското законодателство. Чрез нормите на чл. 9 от Закона за българските лични документи, чл. 20, т. 6 и чл. 22, ал. 6, т. 5 от Правилника за издаване на българските лични документи и § 1, т. 17 от ДР на Закона за защита от дискриминация косвено се признава възможността за промяна на пола, като се уреждат последиците, свързани с издаването на нови лични документи, промяната в актовете за гражданско състояние и защитата от дискриминация на тези лица. Съдържанието на правото на смяна на пола се определя основно чрез правото на личен живот по член 8 от ЕКПЧ, с оглед на което ВКС задълбочено е разгледал практиката на съда в Страсбург по този въпрос. В съответствие с нея полът е определен като телесен и психичен, а психичният пол е свързан в определено сериозно и необратимо полово съзнание и идентичност.

Заключение

Правото на личен живот придоби огромна значимост в деликтното право и се разрасна неимоверно много. То отдавна излезе извън първоначалната рамка, зададена от идеята, че всеки има право да бъде оставен сам. Неговата функция надхвърли чисто защитните цели и обхвана възможността на всеки да оформя и проявява собствената си идентичност и да контролира и влияе върху представата, която обществото има за собствената му личност. Това развитие провокира и се съпътства от зараждането и обособяването на едно по-общо понятие за права на личността по смисъла на деликтното право, важна част от които е правото на личен живот. Разрастването на съдържанието на правото на личен живот го направи нееднородно и трудно за дефиниране. Показателно за това развитие е открояването на отделни права, които получиха самостоятелна защита – правото на лични данни и правото да бъдеш забравен.

У нас също нарасна значимостта на правото на личен живот и се натрупа немалка съдебна практика. Съществено влияние оказва практиката на ЕСПЧ по член 8 от ЕКПЧ. Основен проблем, по който следва да работи е защитата на правото на личен живот, която не може да се ограничи само до обезщетение за вреди, произтичащи от виновното му нарушаване, а следва да обхване и възможността да се иска преустановяване на нарушението, забрана за извършването му, публично опровергаване на неверните факти, спиране на публикация, спиране на разпространението и др.

⁴⁴ Решение № 205 от 5.1.2017 г. на ВКС по гр. д. № 2180/2016 г., III г. о., Решение № 16 от 30.5.2017 г. на ВКС по гр. д. № 2316/2016 г., IV г. о.

ПЕРСОНАЛНАТА ПЕНСИЯ - ПРАВНА ВЪЗМОЖНОСТ ИЛИ СУБЕКТИВНО ПРАВО?

Мария Чочова¹,
Нов български университет

Резюме: Кодексът за социално осигуряване установява възможността Министерският съвет по определени от него условия и ред в изключителни случаи да отпуска пенсии на лица, по отношение на които не са налице някои от изискванията на кодекса. От друга страна, Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж в разпоредбата на чл. 7, ал. 2 регламентира, че персонални пенсии могат да се отпускат на конкретно изброени категории лица, на които не е отпускната пенсия по българското законодателство или по разпоредбите на двустранните или многостранните международни договори, по които Република България е страна. В изложението е разгледан въпросът субективно право ли е отпускането на персонална пенсия или представлява само правна възможност с оглед действащата нормативна уредба. Обсъдени са и въпроси, свързани с възможността за съдебен контрол върху актовете на компетентните органи по повод предложението за отпускане и отпускането на персонална пенсия.

Ключови думи: пенсия, персонална пенсия, субективно право, правна възможност

¹ Мария Чочова, доктор по право, хоноруван преподавател в НБУ, адвокат, имейл: m_chochova@abv.bg

THE PERSONAL PENSION - A LEGAL POSSIBILITY OR A SUBJECTIVE RIGHT?

Maria Chochova,
New Bulgarian University

Abstract: The Social Security Code establishes the possibility for the Council of Ministers, under certain terms and conditions govern by it, to grant pensions in exceptional cases to persons for whom some of the requirements of the Code haven't been met. On the other hand, the Ordinance on pensions and insurance practice in the provision of Article 7, para. 2 stipulates that personal pensions may be granted to specifically listed categories of persons, who have not been granted a pension under the Bulgarian legislation or the provisions of the bilateral or multilateral international treaties to which the Republic of Bulgaria is a party. The report examines if the right for personal pension insurance is subjective right or it represents only a legal possibility in accordance to the current legal settlement. Issues, related to the possibility of judicial review of the acts of the competent authorities regarding the proposal and the granting of a personal pension itself, are also discussed.

Keywords: Pension, Personal Pension, Subjective Right, Legal Possibility

Всеобщата декларация за правата на човека въздига в право на всеки човек жизнено равнище, включително прехрана, облекло, жилище, медицинско обслужване и необходимите социални грижи, което е необходимо за поддържане на неговото и на семейството му здраве и благосъстояние. Правото на социална сигурност е едно от основните човешки права². В съответствие с духа на международноправната уредба, чрез националното ни законодателство формално се изпълнява задължението на държавата да осигури социална и правна сигурност в определена степен. Споделяйки възгледа, че субективните права изобщо и човешките права могат да се разглеждат независимо едни от други и, че смесването им би представлявало теоретична недомислица³, следва да се отбележи, че правата на социална, икономическа и правна сигурност, освен човешки права, имат съответната нормативна установеност и поради това са и субективни. Ангажиран с нормативното им установяване и създаване на правните връзки между субектите по повод реализирането на социалната, икономическата и правната сигурност е българският законодател. Именно законодателният орган, а в много случаи и административните органи, са задължени да осигурят сигурността на субективните права, чрез правното им регулиране и да осигурят трайното въздействие на правното регулиране върху обществените отношения и стабилността на правото⁴.

В закона е установена правната възможност⁵ определен кръг лица, при наличието на съответните нормативно установени предпоставки, да получат персонални пенсии. Тази възможност, предвид видовото ѝ определение на пенсия, която не е свързана с трудовата дейност, е уредена в Кодекса за социално осигуряване, въпреки че фактически персоналната пенсия покрива изцяло характеристиките на социална помощ. Този вид

² За правото на социална сигурност вж. Средкова, Кр. Всеобщата декларация за правата на човека и правото на социална сигурност. – Съвременно право, 1999, № 1, 19–27.

³ Цит. по Йотов, Ст., Хабермас, Ю., Луман, Н. и др. Субективните права. С.: Изд. „Критика и хуманизъм“, 2016, с. 9.

⁴ Вж. Мръчков, В. Субективно право и субективни трудови права. С.: Сиби, 2017, с. 50–54.

⁵ Проф. Васил Мръчков застъпва становището, че „персоналните пенсии са субективно право на гражданите за получаването им при наличието на предвидените специфични предпоставки“. Мръчков, В. Осигурително право. 6. Изд. С.: Сиби, 2014, с. 323.

пенсия се разграничава от останалите пенсии, несвързани с трудовата дейност по това, че останалите видове са субективно право на осигурените лица, докато персоналната пенсия е една правна възможност⁶. Заслужава внимание решението на законодателят да установи редакция в разпоредбите на Закона за семейните помощи за деца⁷, съгласно която се регламентира право на месечни помощи за дете без право на наследствена пенсия от починал родител. В този смисъл по безспорен начин се установи правото на такава месечна семейна помощ за деца, като единствената предпоставка за отпускането ѝ е лицата да нямат право на наследствена пенсия. Този вид помощ в много отношения се доближава до персоналната пенсия, която при определените условия същият този кръг лица биха могли да получат, тъй като разпоредбата на чл. 7, ал. 2, т. 1-3 от Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж, установяваща кръга на лицата, които биха могли да поискат да им бъде отпусната персонална пенсия, не е изменена. Другите разлики между двете плащания се изразяват, на първо място, в процедурата по отпускането, която се предполага, че ще бъде значително по-облекчена по отношение на семейната помощ за деца. На следващо място, във вида на плащането, неговият размер и липсата на някои условия, като наличието на определен доход на член от семейството по отношение на лицата, имащи право на семейна помощ⁸. Този законодателен подход *de lege ferenda* би следвало да се приложи и по отношение на останалите лица, за които е установена правна възможност да искат и да им бъде отпусната персонална пенсия.

Към настоящия момент, разпоредбата на чл. 92 КСО установява възможността Министерският съвет по определени от него условия и ред в изключителни случаи да отпуска пенсии на лица, по отношение на които не са налице някои от изискванията на кодекса. Условията и редът са регламентирани в Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж, а размерът на пенсията е деветдесет на сто от този на социалната пенсия за старост.

Макар пенсията като вид осигурително плащане да има и социален характер⁹, обективният анализ на разглеждания вид пенсия налага становището, че мястото на уредбата на реда и условията за отпускането на пер-

⁶ По подобен начин в правната доктрина се разграничава и неплатения отпуск по чл. 160, ал. 1 КТ, като отпуск - правна възможност, от останалите видове отпуск, представляващи отпуск - субективно право. Вж. Стайков, Ив. Неплатеният отпуск по чл. 160, ал. 1 от Кодекса на труда. С.: Авангард Прима, 2016, с. 19.

⁷ Създаде се нова точка 4 на ал. 3 на чл. 2 от Закона за семейните помощи за деца. Разпоредбата е обнародвана в ДВ, бр. 88 от 2018 г. и влиза в сила от 1.1.2019 г.

⁸ Има се предвид изискването годишният доход на член от семейството на лицата да е по-малък от сбора на гарантирания минимален доход, установен за страната през последните 12 месеца преди искането на пенсия. От 1.1.2018 г. гарантирания минимален доход е определен в размер на 75 лв. месечно.

⁹ Вж. Среждова, Кр. Осигурително право. 5. Изд. С.: Сиби, 2016, с. 398.

сонални пенсии са в Закона за социалното подпомагане, а не в Кодекса за социалното осигуряване. Аргумент в тази посока е и обстоятелството, че Кодексът за социално осигуряване в разпоредбата на чл. 101, ал. 1, т. 4а установява забрана за получаване едновременно на персонална пенсия с друг вид такава, без да се държи сметка за реалния доход на лицето и установеното изискване за изключителност на случая. Въпреки законодателното решение, на което бе обърнато внимание по-горе, е редно да се отбележи, че в практиката съществуват случаи, при които, вследствие на настъпила смърт на един от родителите, на децата са отпуснати персонални пенсии поради наличието на съответните основания. Впоследствие умира и вторият родител, след смъртта на който те имат право на определен вид наследствена пенсия, получаването на която е несъвместимо с получаването на персонална пенсия. В релевантната съдебна практика е прието, че в този случай, независимо от материалното състояние на преживелите своите родители деца, получаването на персоналната пенсия следва да бъде прекратено¹⁰.

По аналогичен начин, в Закона за семейните помощи за деца е установено, че на месечна помощ имат право децата, без право на наследствена пенсия от починал родител. Законодателят е пропуснал да изключи от кръга на правоимащите децата, които получават персонална пенсия. В останалите случаи, *de lege ferenda* персоналните пенсии следва да намерят място в разпоредбите на Закона за социалното подпомагане като вид социални помощи, които да се отпускат при наличието на съответните предпоставки и да се спират и прекратяват при възникването на обстоятелства, даващи основание за това. С други думи, персоналната пенсия като правна възможност, така като е установена в Кодекса за социалното осигуряване, да се регламентира като персонална помощ, като субективно право на лицата при наличието на определени нормативно установени предпоставки.

Всъщност, въпреки че в Кодекса за социалното осигуряване не е установено кои случаи могат да бъдат приети за изключителни такива, Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж в разпоредбата на чл. 7, ал. 2 регламентира, че персонални пенсии могат да се отпускат на конкретно изброени категории лица, на които не е отпусната пенсия по българското законодателство или по разпоредбите на двустранните или многостранните международни договори, по които Република България е страна. Категориите лица, по отношение на които ще е налице правна възможност да получат персонална пенсия са изчерпателно изброени в разпоредбата. Други лица, попадащи извън установените хипотези, макар и тези хипотези да са изключителни по своя характер, ще бъдат лишени от материално основание за това да заявят и по преценка да им бъде отпусната персонална пенсия. С това действащата подзаконова нормативна уредба неоснователно отдалечава този вид пенсии от изискването за изключителност на случаите, при които ще се отпускат и ги приближава до социалното подпомагане, което се дължи при наличието на съответните предпоставки.

¹⁰ Решение № 12045 от 12. 11. 2015 г. на ВАС по адм. Дело № 2730 от 2015 г.

Освен на изискването за това случаят им да е изключителен, те трябва да отговарят и на това за максимален размер на доход по смисъла на чл. 89а, ал. 1 КСО, а лицата по чл. 7, ал. 2, т. 2 и 3 НПОС е необходимо да имат и действителен осигурителен стаж най-малко 3 години. За деца, настанени по реда на чл. 26 от Закона за закрила на детето, както и при настойник или попечител, не се изисква декларация за доход на член от семейството.

Дори „случаят“ на едно лице да е фактически изключителен по своя характер, то това лице няма как да заяви желанието си да се възползва от правната възможност да получи персонална пенсия, ако не попада в някоя от изброените категории и не отговаря на изискването за доход по чл. 89а, ал. 1 КСО, а именно годишният доход на член от семейството да е по-малък от сбора на гарантирания минимален доход, установен за страната през последните 12 месеца¹¹. Извън правните съображения, чисто житейски следва да се отбележи, че би било абсурдно да се приеме без възражения обстоятелството, че едно лице би могло да живее с доход от 75 лв. месечно, с които се очаква да задоволи минимално необходимите си нужди за оцеляването му. Всъщност законът оставя на преценката на Министерския съвет да приеме или не, че един случай е изключителен само привидно, което превръща отпускането на пенсия от този характер в една правна възможност. В подзаконовия нормативен акт обаче, приет именно от Министерския съвет, се въвежда освен точен изчерпателен кръг лица, на които е допустимо да се отпусне такава пенсия, и редица ограничения. Това дава основание да определим отпускането на персонална пенсия като субективно право на лицата, заявили и удостоверили необходимите предпоставки за това. По този начин се изопачава идеята и същността на този вид пенсия. С подзаконовия нормативен акт се въвеждат такива условия, които на практика отменят възможността на Министерския съвет за преценка на изключителността на случая и се въвеждат конкретни критерии.

Въвеждането на ясни критерии несъмнено щеше да е необходимо, ако персоналната пенсия бе установена в закона като субективно право, възникнало в резултат на установения правен ред¹² и при необходимост от съществуването му, а не като правна възможност, решението за реализирането на която е предоставено изцяло на преценката на Министерския съвет, за който не е въведено насрещно задължение да отпусне пенсия. Нещо повече, тези критерии следва да бъдат съобразени и с обективната действителност, а тя е, че сумата, необходима за издръжка на живот¹³ на

¹¹ За 2018 г. гарантирания минимален доход за страната е 75 лв. месечно; изчислена за дванадесетмесечен период сумата е в размер на 900 лв. Линията на бедност за 2018 г. е 321 лв.

¹² Вж. Ташев, Р. *Обща теория на правото*. С.: Сиби, 2010, с. 286.

¹³ Издръжката на живот, по данни от Национални статистически институт, за 2017 г. е средно 11 989 годишно на домакинство (или 999 лв. средно месечно), а на лице – средно 5217 лв. годишно (или 434, 75 лв. средно месечно), <http://www.nsi.bg>

едно лице надхвърля многократно сумата в размер на 75 лв. В подкрепа на това, сумата, определена като линия на бедност за 2019 г. е малко над четири пъти по-висока от доходът, определен като основание за отпускане на персонална пенсия¹⁴.

Правни и практически проблеми откриваме и при прегледа на уредбата на процедурата по отпускането на този вид пенсия. Уредено е, че предложението за отпускане на персонални пенсии се изготвя въз основа на заявление от лицето, законния представител или лице, посочено в чл. 26 от Закона за закрила на детето, адресирано до общинския съвет, което включва мотивите за отпускане на персоналната пенсия, данни за самоличността на лицето и за гражданското му състояние (7, ал. 4, т. 1 НПОС). Заедно с това се прилагат и съответните документи, изброени в разпоредбата на чл. 7, ал. 4, т. 2 - 9 НПОС, сред които е и решение, прието на сесия на общинския съвет, за внасяне на предложение в Министерския съвет.

На първо място, следва да бъде констатирано, че подобно волеизявление на общинския съвет се явява напълно излишно и необосновано като изискване на правната норма. Без да се подценява компетентността на общинския съвет и лицата, включени в състава му, следва да се отбележи, че далеч по-логично от житейска гледна точка би било процедурата да започва с подаване на заявление до министъра на труда и социалната политика, тъй като действащата нормативна уредба установява, че именно по негово предложение, съгласувано с министъра на финансите се отпускат персонални пенсии с решение на Министерския съвет.

На следващо място, това изискване, с изпълнението на което практически се стартира по същество процедурата, провокира въпросът, какви са възможностите за правна защита, в случай че общинският съвет изобщо не вземе решение или пък вземе такова решение, с което отказва да внесе съответното предложение до Министерския съвет.

За да бъде даден обективен отговор на този въпрос, следва първо да се разгледа компетентността на общинския съвет като орган, издаващ индивидуалния административен акт, какъвто характер има решението за внасяне на предложение в Министерски съвет. Съгласно разпоредбата на чл. 120, ал. 2 от Конституцията на Република България гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон. Конституционната разпоредба допуска обжалваемост на всички административни актове, но при задължителното условие обжалваният акт да засяга лицето, което го обжалва - да е налице пряк и непосредствен интерес от обжалване, който конституционен принцип е заложен в разпоредбата на чл. 147, ал. 1 АПК.

Съдебната практика в тази посока е твърде оскъдна. В нея е застъпено становището, че решението на общинския съвет по чл. 7, ал. 4, т. 3 НПОС не представлява индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21

¹⁴ Съгласно Постановление № 70 на Министерски съвет от 17.8.2018 г. линията на бедност за страната за 2019 г. е 348 лв.

АПК, тъй като с него не се създават, нарушават или застрашават права или задължения. Решението, според съдът, макар и да е издадено с оглед правомощията по чл. 7, ал. 4, т. 3 от Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж, не подлежи на самостоятелен съдебен контрол, тъй като е само част от процедурата по отпускането на персонална пенсия по чл. 92 КСО, а съобразно разпоредбата на чл. 21, ал. 5 АПК, когато са част от производствата по издаване или изпълнение на индивидуални или общи административни актове, волеизявленията, действията и бездействията не съставляват индивидуални административни актове¹⁵.

Това становище не може да бъде споделено. На първо място, защото с този акт на общинския съвет се поставя началото на процедура, от успешното приключване на която са заинтересовани конкретни лица. Неиздаването на акта или волеизявлението, с което се отказва да бъде направено съответното предложение, препятстват по-нататъшния ход на тази процедура, с което безспорно се засягат права и законни интереси на конкретно лице. В случай на незаконосъобразно решение конкретното лице следва да разполага с правни средства за защита, които са предвидени в закона. На следващо място, при вземането на решение по чл. 7, ал. 4, т. 3 НПОС общинският съвет действа при условията на обвързана компетентност – при наличието на съответните предпоставки той следва да вземе решение за предложение и да постави фактическото начало след подаване на заявлението на административното производство. Решението, с което се отказва внасяне на предложение в Министерския съвет следва да подлежи на съдебен контрол, тъй като ще препятства хода на производството пред Министерския съвет.

По друг начин стои въпросът ще подлежи ли на съдебен контрол решението, с което Министерският съвет отказва да отпусне персонална пенсия. Този въпрос е свързан с дефинирането на този вид пенсия като правна възможност или като субективно право. Ако следваме волята на законодателят, установил правната възможност за Министерския съвет по преценка на изключителността на случая да отпусне или не персонална пенсия, то отговорът му следва да е отрицателен. Подзаконовата нормативна уредба обаче въвежда конкретни, изчерпателно изброени критерии, при изпълнението на които правната възможност установена в Кодекса за социалното осигуряване се превръща в субективно право. Ако се възприеме последното становище, то това предполага и възможност за съдебен контрол на акта на Министерски съвет, с който се отказва да бъде отпусната персонална пенсия.

¹⁵ Определение № 102, с което съдът оставя без разглеждане жалбата на Областен управител на Област Ямбол против Решение по т. 4 от Протокол № 45 от заседание на Общински съвет – Ямбол, проведено на 29.3.2011 г. и прекратява производството по адм. дело № 101 по описа на Административен съд – Ямбол за 2011 г.).

В заключение следва да бъде споделено становището, че „неравенството, бедността и трудностите в съвременната социална държава в развитите страни поставят пред изпитание субективните права“¹⁶. Въпреки това, и извън правните доводи за необходимостта от ревизия на уредбата на персоналните пенсии, и изобщо на социалните помощи, откриваме и житейски несъответствия с обективната действителност, които налагат промяна във възприятието на този вид заместващи липсващия доход плащания, чиято цел е осигуряване на средства за физическо съществуване на лица, попаднали в изключително и затруднено положение.

¹⁶Цит. по Мръчков, В. Субективно право и субективни трудови права. С.: Сиби, 2017, с. 44.