

RIMSKO PRAVO KAO POZITIVNO PRAVO U REPUBLICI HRVATSKOJ

Prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa
donesenih prije 6. travnja 1941. godine

Doc.dr.sc. MARKO PETRAK
Katedra za Rimsko pravo
Pravni fakultet Zagreb

Svrha je rada analizirati moguću ulogu i značenje rimskog prava kao izvora pozitivnog prava u Republici Hrvatskoj. U uvodnom dijelu rada, ukratko se istražuje uporaba rimskih pravnih pravila kao pravnih načela u zakonodavnoj proceduri Hrvatskog sabora te u judikaturi Ustavnog suda RH i Vrhovnog suda RH. Autor u tom kontekstu posebice ističe da navedena tijela državne vlasti u svojim aktima niti jednom prilikom nisu izričito navela koji je mogući pravni temelj pozivanja na ta pravila u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu. Stoga se, u središnjem dijelu rada, polazeći od odredbi Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, analizira mogu li se i na koji način primjenjivati rimska pravna pravila kao izvor hrvatskog pozitivnog prava. Na osnovi te analize, autor zaključuje da je njihova primjena moguća pod uvjetima određenim navedenim Zakonom, zahvaljujući ponajprije činjenici da je pandektno pravo, tj. recipirano rimsko pravo sistematizirano od strane njemačke pandektističke doktrine, bilo na snazi 6. travnja 1941. g. kao supsidijarno pravo u pojedinim krajevima Hrvatske. U zaključnom dijelu rada, autor se zalaže za što širu primjenu, temeljem navedenog Zakona, onih rimskih pravnih pravila koja u sebi sadrže pravna načela zajednička gotovo svim europskim pravnim sustavima kao jednog od načina europeizacije suvremenog hrvatskog pravnog sustava.

Ključne riječi: rimsko pravo, izvori prava, hrvatski pravni sustav

1. Uvodne napomene

Svrha sljedećeg rada jest analizirati mogućnost primjene rimskih pravnih pravila kao izvora suvremenog prava u Republici Hrvatskoj. Interes autora za navedenu temu izazvalo je *Vjerodostojno tumačenje članka 3. stavka 1. Zakona o zateznim kamatama* («Narodne Novine», br. 28/96.), koje je Hrvatski sabor dao na svojoj sjednici 30. travnja 2004. g. U navedenom tumačenju Sabora doslovno se ističe sljedeće: «Još od Justinijanovih Digesta, kamate se smatraju plodovima glavnice («*Usura non natura pervenit, sed iure percipitur*») no ne dolaze po samoj prirodi

glavnice, već se stječu po nekom pravu kao *fructus civiles*»¹. Cilj navedenog vjerodostojnog tumačenja bio je - pozivajući se, *inter alia*, i na Justinijanova *Digesta* kao pravni izvor - onemogućiti raširenu praksu obračunavanja kamata na kamate, odnosno suzbiti gospodarsku praksu protivnu načelu zabrane anatocizma, tj. pravilu *usurae usurarum non potest*².

Nakon donošenja navedenog tumačenja, posebice obzirom na njegovo iznimno gospodarsko značenje, posvećena mu je relativno velika pozornost u domaćoj pravnoj publicistici. Nekolicina autora izložila je kritiku njegova sadržaja³, a pojedini autori iskoristili su navedeni povod za radikalnu kritiku ustanove vjerodostojnog tumačenja Hrvatskog sabora kao takve⁴. Ne ulazeći u sadržaj i opravdanost navedene kritike, budući da to nije tema ovog rada, osvrnut ćemo se u ovom kontekstu samo na jedan segment kritičkih shvaćanja S. Rodina, kojem se, za razliku od svih ostalih autora, učinila krajnje spornom i primjena Justinijanovih *Digesta* u navedenom tumačenju Sabora. Prema mišljenju tog autora, «značenje prava ne može se odrediti pozivanjem na latinske pravne izreke, već mora biti utemeljeno na bitnim procesnim jamstvima legitimnosti zakonodavnog postupka i društvenom prihvaćanju», a saborski zastupnici se pri donošenju zakona ne vode «pravnim načelima Justinijanovih *Digesta*», već izražavaju «pluralistički formiranu volju birača»⁵. Držeći promišljanja navedenog autora iznimno interesantnim prilogom raspravi o problematici instituta vjerodostojnog tumačenja, moramo ipak istaknuti kako nipošto ne dijelimo tvrdnju - pogotovo ako bi je trebalo shvatiti uopćeno, tj. i izvan konteksta instituta vjerodostojnog tumačenja - da je pozivanje na rimska pravna pravila nespojivo s legitimnošću zakonodavnog postupka, tj. da saborski zastupnici ne uzimaju u obzir rimska pravna pravila kao relevantne normative sadržaje pri donošenju zakona.

¹ NN 58/04 od 7. svibnja 2004. Navedeno rimsko pravilo izvorno je bilo sadržano u djelu *Questiones* klasičnog pravnika Papinijana (*Aemilius Papinianus*), odakle je preuzeto u Justinijanova *Digesta* (D. 6. 1. 62. pr.).

² O načelu zabrane anatocizma i značenju rimskog pravila *usurae usurarum non potest* u kontekstu suvremenog hrvatskog građanskog prava, v. Vedriš/Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2003, 386 sqq.; o zabrani anatocizma u rimskom pravu v. npr. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1980, 224.

³ V. npr. Giunio, Autentično tumačenje obračuna zateznih kamata, *Hrvatska pravna revija*, 4 (2004), br. 6, 8 sqq.; Šimundić, Zakonska zatezna kamata – metoda obračuna, *Informator* 51 (2004), br. 5109, 32 sqq.

⁴ V. posebice Rodin, Demokratsko-pluralistička kritika instituta tzv. vjerodostojnog tumačenja, *Novi Informator*, br. 5337-5338, 1; cf. i Giunio, Ustavnost i vjerodostojnost autentičnog tumačenja zakona u hrvatskoj praksi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 42 (2005), br. 3, 221 sqq.

⁵ V. Rodin, (n. 4), loc. cit.

No prije što se osvrnemo na navedeni problem, nužno je prethodno ukratko objasniti na što se točno pojam «rimska pravna pravila» u ovom radu odnosi. Pod tim pojmom u navedenom kontekstu valja imati u vidu prije svega pravne izreke (*dicta et regulae iuris*) sadržane u izvorima antičkog rimskog prava ili pak oblikovane u srednjovjekovnoj i novovjekovnoj rimskoj pravnoj tradiciji na temelju tih antičkih izvora. Te pravne izreke posebice su značajne iz razloga što je u njima na krajnje sažet i jezgrovit način sabrano tisućljetno rimsko i europsko pravničko iskustvo, u rasponu od temeljnih pravnih načela do sasvim konkretnih rješenja, a njihov je sadržaj i danas u vrlo velikoj mjeri ugrađen u europske privatnopravne sustave⁶. Polazeći od navedene konstatacije, u sljedećem dijelu rada ponajprije će se ukratko osvrnuti na uporabu tako shvaćene kategorije «rimskih pravnih pravila» u zakonodavnom postupku Hrvatskog sabora te u judikaturi Ustavnog suda RH i Vrhovnog suda RH. Potom će se u središnjem dijelu rada istražiti može li rimsko pravo imati status izvora pozitivnog prava u okvirima suvremenog hrvatskog pravnog sustava.

2. Rimsko pravo u zakonodavnoj proceduri Hrvatskog sabora

Potaknuti spomenutim kritičkim opaskama o odnosu «legitimnosti zakonodavnog postupka» i pozivanja na «latinske pravne izreke», izvršili smo sumarno istraživanje o uporabi rimskih pravnih pravila u zakonodavnoj proceduri Hrvatskog sabora. Valja u svakom slučaju istaknuti da ne nedostaju primjeri u kojima se Vlada RH kao predlagatelj zakona ili pojedini saborski zastupnici izravno referiraju na rimska pravna pravila. Tako, primjerice, u obrazloženju konačnog prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz srpnja 1996 g., predlagatelj *explicite* na latinskom jeziku navodi rimsko načelo *superficies solo cedit*, tj. načelo jedinstvenosti nekretnine, obrazlažući nužnost njegova ponovnog uvođenja u hrvatski stvarnopravni sustav razlozima «slijeđenja europske pravne tradicije» i potrebama «poduzetništva i tržišnog gospodarstva». Navedeno načelo ugrađeno je u čl. 9. st. 1. spomenutog Zakona⁷.

⁶ O značenju rimskih pravnih izreka kao jednog od temeljnih elemenata europske pravne tradicije i kulture v. pobliže Wacke, *Sprichwörtliche Prinzipien und europäische Rechtsangleichung*, *Orbis iuris romani*, 5 (1999) 174 sqq.; cf. i Kranjc, *Latinski pravni reki*, Ljubljana, 1998, 5 sqq.

⁷ V. Obrazloženje konačnog prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, in: Žuvela (ed.), *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Zagreb, 1997, 312; o ponovnom uvođenju načela *superficies solo cedit*, njegovim rimskim temeljima i njegovu značenju u hrvatskom stvarnom pravu v.

Sljedeća iznimno interesantna saborska rasprava u kojoj se referiralo na rimsko pravo kao normativnu kategoriju odnosila se na jedno od središnjih pitanja hrvatske obiteljskopravne reforme provedene posljednjih godina: treba li načelo *mater semper certa est* kao temeljno pravilo koje uređuje podrijetlo djeteta od majke - ukorijenjeno gotovo dvije tisuće godina u rimskoj i europskoj pravnoj tradiciji - i nadalje ostati na snazi ili je mimo navedenog milenijskog iskustava, obzirom na razvoj tzv. reproduktivnih tehnologija, možda moguće iznaći neko bolje i vremenu primjerenije rješenje? Tako se, prilikom rasprave o regulaciji navedenog načela u novom Obiteljskom zakonu iz 2003. g., jedna zastupnica izričito pozvala na činjenicu «da je još od rimskih vremena i rimskog prava majka bila žena koja je rodila dijete» te da «zemlje visoke demokratičnosti i prava imaju definiciju pojma majka usklađenu s rimskim pravom»⁸. Zakonodavac je novelom Obiteljskog zakona iz 2004. g., nakon kratkotrajnog razdoblja eksperimentiranja s drukčijim rješenjem, prihvatio navedeno shvaćanje te iznova formulirao odredbu čl. 53. Zakona o podrijetlu djeteta od majke u vidu neoborive predmnjeve (*praesumptio iuris et de iure*), potvrđujući time iznimnu etičku i pravnu vitalnost rimskog načela *mater semper certa est* iz kojeg se navedena predmnjeva izvodi⁹.

U navedenog kontekstu, zanimljivo je spomenuti i raspravu o Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama. U konačnom prijedlogu Zakona, sadržana je i sljedeća definicija morske obale kao pomorskog dobra: «Morska obala se proteže od crte srednjih viših visokih voda mora i obuhvaća pojas kopna koji je ograničen crtom do koje dopiru najveći valovi za vrijeme nevremena...». Prilikom saborske rasprave o navedenoj normi, koja je kasnije postala čl. 4. st. 1. navedenog Zakona, također se izravno pozivalo na rimsko pravo¹⁰, imajući pri tome očito u vidu kao relevantni

poblize Petrak, Rimsko pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 52 (2002) 1058 sq., s uputama na izvore i daljnju literaturu o tom problemu.

⁸ Izvješća Hrvatskog sabora 14 (2003), br. 373, 30.

⁹ O navedenom načelu u kontekstu reforme hrvatskog obiteljskog zakonodavstva v. poblize Hrabar, Što je s podrijetlom djeteta ako *mater non semper certa est*, in: Hrabar (ed.), Obiteljski zakon. Novine dvojbe i perspektive, Zagreb 2003, 23 sqq., s uputama na daljnju literaturu; o noveliranom čl. 53 Obiteljskog zakona v. ukoliko Hrabar, in: Alinčić/Bakarić-Abramović/Belajec/Hrabar/Hrvatini/Jakovac-Lozić/Korać, Obiteljski zakon, Zagreb 2004, (redakcijski pročišćeni tekst zakona s napomenama, uputama, sudskom praksom i pojmovnim kazalom), 54; o rimskim temeljima navedenog načela u suvremenom kontekstu v. Petrak, Rimsko pravna pravila kao izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 55 (2005) 615 sqq., s uputama na izvore i daljnju literaturu o tom problemu.

¹⁰ Izvješća Hrvatskog sabora 14 (2003), br. 376, 21

normativni temelj istoznačnu odredbu Justinijanovih Institucija: *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*¹¹.

Navedeni primjeri svakako nisu jedini slučajevi pozivanja na rimsko pravo i njegov normativni sadržaj u saborskoj proceduri¹². No oni nedvojbeno u dostatnoj mjeri svjedoče o činjenici da pozivanje na «latinske pravne izreke» nije u suprotnosti s «legitimnošću zakonodavnog postupka i društvenim prihvaćanjem» te da saborski zastupnici u određenim slučajevima pri donošenju zakona izražavaju «pluralistički formiranu volju birača» upravo na način da se pri tome vode «Justinijanovim pravnim načelima».

3. Rimsko pravna pravila u judikaturi Ustavnog suda RH i Vrhovnog suda RH

Nakon analize referiranja na rimsko pravo u zakonodavnoj proceduri Hrvatskog sabora, ukratko ćemo se osvrnuti i na pozivanje na rimska pravna pravila u judikaturi Ustavnog suda RH i Vrhovnog suda RH. Na temelju sumarnog istraživanja, obavljenog isključivo temeljem pretraživanja internetom dostupnih elektroničkih baza judikature navedenih sudova, u nastavku ćemo navesti samo one odluke u čijim obrazloženjima sud na latinskom jeziku doslovno citira pojedino rimsko pravno pravilo.

Što se tiče Ustavnog suda, u njegovoj judikaturi od 1998 g. do danas, u obrazloženjima ili izdvojenim mišljenjima pojedinih odluka i rješenja, citiraju se,

¹¹ I. 2.1.5: «Morska obala je (prostor) dokle dosežu najviši zimski valovi»; za prijevod na hrvatski cf. Romac, Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973, 198 sq.; o rimskim temeljima suvremene hrvatske regulacije morske obale (*litus maris*) kao općeg dobra (*res communes omnium*) v. ukratko Petrak (n. 7), 1052, s uputama na izvore i daljnju literaturu.

¹² Tako primjerice, u obrazloženju čl. 2. konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2004 g., predlagatelj se zalaže za povratak na uobičajenu definiciju načela krivnje prema kojoj nema kazne bez krivnje, izričito se pri tome pozivajući na navedeno načelo u latinskoj formulaciji *nulla poena sine culpa*. Nadalje, kao svojevrsan kuriozum možemo u ovom kontekstu navesti i dio obrazloženja Prijedloga Zaključka Hrvatskog sabora o smjernicama za sklapanje ugovora o javno-privatnom partnerstvu (JPP), podnesenog dana 31. ožujka 2005. g. od strane kluba zastupnika jedne opozicijske stranke, u kojem se, pod naslovom «JPP model kroz povijest», *inter alia*, doslovno navodi sljedeće činjenice: «JPP je poznat iz vremena Rimskog carstva kada su mnogi javni radovi npr. luke, tržnice ili javna kupališta građeni i održavani kroz koncesiju privatno partnera. Naime, Rim u novoosvojenim područjima nije imao dovoljno razvijenu upravu, te je rimski Senat javne poslove i usluge povjeravao privatnim tvrtkama zvanim "publicani". Ako nije bilo jake kontrole vlasti takvi pothvati su propadali, a umjesto "publicana" uvedena je sposobna državna uprava. S privatnim partnerima za JPP u Hrvatskoj ne treba postupati kao u Rimu s neuspješnim "publicanima" (npr. njihovim sučeljavanjem s lavovima), ali ipak iz toga treba izvući jasnu pouku: JPP bi trebalo osigurati kvalitetnu privatnu upravu, ali uz odgovornost javnog partnera za osiguranje kvalitetnog javnog nadzora JPP-a».

kronološkim redom navedeno, sljedeća rimska pravna pravila na latinskom jeziku: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*¹³; *mater semper certa est*¹⁴; *nemo iudex in causa sua*¹⁵; *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*¹⁶; *nullum crimen, nulla poena sine culpa*¹⁷; *lex specialis derogat legi generali*¹⁸; *lex posterior derogat legi priori*¹⁹; *petitorium absorbet possessorium*²⁰.

Što se tiče Vrhovnog suda, pak, u njegovoj judikaturi od 1993 g. do danas, u obrazloženjima pojedinih presuda i rješenja navode se sljedeća rimska pravna pravila u latinskoj formulaciji: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*²¹; *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*²²; *ne bis in idem*²³; *res iudicata pro veritate habetur*²⁴; *falsa nominatio non nocet*²⁵; *res iudicata*

¹³ U-III-1107/1994 od 28. siječnja 1998.; o značenju pravila *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet* kao načela kod derivativnog stjecanja prava u hrvatskom građanskom pravu v. npr. Vedriš/Klarić (n. 2) 174 sq.; Gavella/Josipović/Gliha/Belaj/Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, 323 sqq.; o navedenom pravilu u rimskom pravu, sadržanom u Ulp. D. 50. 17. 54, v. npr. Horvat (n. 2) 176.

¹⁴ U-I-11/1993; U-I-904/1995 od 24. svibnja 2000.; o značenju pravila *mater semper certa est* u rimskom pravu i u suvremenom obiteljskom pravu v. supra pod 2., posebice literaturu navedenu u n. 9.

¹⁵ U-VII-868/2001 od 28. travnja 2001.; o značenju pravila *nemo iudex in causa sua* kao izraza ustavnog prava na nepristranog suca v. npr. Triva, *Rječnik građanskog procesnog prava*, Zagreb, 1968, 181; cf. i Triva/Dika, *Građansko procesno pravo*, Zagreb 2004, 226 sqq.; o navedenom pravilu u rimskoj pravnoj tradiciji, formuliranom na temelju jedne konstitucije careva Valensa, Gracijana i Valentinijana (C. 3. 5. 1), v. npr. Kranjc (n. 6) 165.

¹⁶ U-I-607/1998; U-I-362/2000; U-I-479/2000 od 20. lipnja 2001.; o značenju pravila *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* kao izraza načela zakonitosti u suvremenom kaznenom pravu v. npr. Horvatić (ed.), *Rječnik kaznenog prava*, Zagreb, 2002, 275 sq.; o nastanku ovog načela iz klasičnih rimskih vrela, prije svega Ulp. D. 50. 16. 131. 1 i Paul. D. 50. 16. 244, v. ukratko Kranjc (n. 6) 176.

¹⁷ U-I-107/1995; U-I-366/2000 od 19. lipnja 2002.; o značenju pravila *nullum crimen, nulla poena sine culpa* kao izraza načela krivnje u kaznenom pravu v. npr. Horvatić (ed.) (n. 16) 327.

¹⁸ U-III-3309/2003 od 7. srpnja 2004.; o značenju pravila *lex specialis derogat legi generali* kao temeljnog pravnog načela v. npr. Perić, *Država i pravni sustav*, Zagreb, 1994, 190 sqq.; cf. i Kranjc (n. 6) 142.

¹⁹ U-I-2788/2003 od 22. prosinca 2004.; o značenju pravila *lex posterior derogat legi priori* kao temeljnog pravnog načela v. npr. Perić (n. 18), loc. cit.; cf. i Kranjc (n. 6) 140 sq.

²⁰ U-III-2714/2004 od 2. svibnja 2006.; U-III-632/2006 od 28. lipnja 2006.; o značenju pravila *petitorium absorbet possessorium* u kontekstu odnosa posjedovnih i vlasničkih parnica, prema kojem je u postupku zbog smetanja posjeda iznimno dopušteno isticati petitorni prigovor prava na posjed u slučajevima kada je prije završetka tog postupka pravomoćno okončan drugi postupak kojim je tuženiku priznato pravo vlasništva na spornoj stvari, v. npr. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, 136, posebice n. 410.

²¹ II Rev 26/1993-2 11. svibnja 1993.; Rev 2749/1993-2 od 17. siječnja 1995.; Rev 1822/1993-2 od 14. ožujka 1995.; o navedenom pravilu v. supra n. 13.

²² I Kž 545/1991-3 od 15. srpnja 1993.; o značenju pravila *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* kao izraza načela nemogućnosti konvalidacije ništetnih pravnih poslova u suvremenom građanskom pravu v. npr. Vedriš/Klarić (n. 2) 171 sq.; o navedenom pravilu u rimskom pravu, nazvanom *regula Catoniana* po njenom tvorcu, republikanskom pravniku M. Porciju Katonu, sačuvanom u Paul. D. 50. 17. 29, v. npr. Horvat (n. 2) 190 sq.

²³ Rev 1396/1993-2 od 16. lipnja 1994; IV Kž 129/03-3 od 14. travnja 2005.; o značenju pravila *ne bis in idem* kao bitnog elementa pravomoćnosti u suvremenom procesnom pravu v. npr. Triva/Dika (n. 15)

*facit ius inter partes*²⁶; *genus perire non potest*²⁷; *pacta sunt servanda*²⁸; *petitorium absorbet possessorium*²⁹; *superficies solo cedit*³⁰; *quod non est in actis non est in mundo*³¹; *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*³²; *lex posterior derogat legi priori*³³; *lex specialis derogat legi generali*³⁴.

Problematika pozivanja hrvatskih sudova na rimska pravna pravila svakako bi zaslužila posebnu monografsku obradu. Takvo bi istraživanje moralo uzeti u obzir sve odluke hrvatskih sudova, bez obzira na njihovu instanciju, u kojima se *explicite* navode rimska pravna pravila na latinskom jeziku; uzeti u obzir i sve odluke u kojima su se sudovi *implicite* referirali na pojedina rimska pravna pravila; konačno, na temelju prikupljene građe, detaljno istražiti svaki takav pojedini slučaj referiranja na

632 sq.; o navedenom pravilu u rimskom pravu kao izrazu procesne konsumpcije, v. npr. Horvat (n. 2) 357.; cf. i Kranjc (n. 6) 158.

²⁴ Rev 1396/1993-2 od 16. lipnja 1994.; Revt-80/02-2 od 14. svibnja 2002.; o značenju pravila *res iudicata pro veritate habetur* kao bitnog elementa pravomoćnosti u suvremenom građanskom procesnom pravu v. v. Triva/Dika (n. 15) 633 sqq.; o navedenom pravilu u rimskom pravu, sadržanom u Ulp. D. 1. 5. 75. i D. 50. 17. 207, v. npr. Horvat (n. 2) 358; cf. i Kranjc (n. 6) 220.

²⁵ Rev 2977/1994-2 od 20. listopada 1994.; Rev-1878/00-2 od 28. svibnja 2003.; Revr 448/05-2 od 19. listopada 2005.; o značenju pravila *falsa nominatio non nocet* u suvremenom pravu v. npr. Triva/Dika (n. 15) 200; o navedenom pravilu u rimskoj pravnoj tradiciji, nastalom na temelju Marc. D. 35. 1. 33. pr. i Scaev. D. 32. 102. 1., v. Kranjc (n. 6) 95.

²⁶ Rev 371/1995-2 od 12. travnja 1995.; II Rev 123/01-2 od 10. ožujka 2004.; Rev 887/03-2 od 02. ožujka 2005.; Rev 888/03-2 od 09. ožujka 2005.; Rev 630/03-2 od 23. ožujka 2005.; o značenju pravila *res iudicata facit ius inter partes* kao bitnog elementa pravomoćnosti u suvremenom građanskom procesnom pravu v. Triva/Dika (n. 15) 634; o navedenom procesnom pravilu u rimskoj pravnoj tradiciji v. Kranjc (n. 6) 220.

²⁷ Rev 1422/1993-2 od 20. rujna 1995.; Rev 2851/1994-2 od 14. svibnja 1997.; o pravilu *genus perire non potest* u kontekstu pravnog značenja diobe na zamjenjive i nezamjenjive stvari u suvremenom građanskom pravu v. npr. Vedriš/Klarić (n. 2) 76 sq.; o navedenom pravilu u rimskom pravu v. npr. Horvat (n. 2) 101 sq.; 213 sq.; cf. i Kranjc (n. 6) 103.

²⁸ II Rev-122/1995-2 od 29. siječnja 1998.; Rev-3401/1994-2 od 12. veljače 1998.; II Rev-68/1995-2 od 26. veljače 1998.; Rev-1959/1995-2 od 3. travnja 1998.; Revt-33/02-2 od 19. ožujka 2002.; premda je načelo *pacta sunt servanda*, tj. načelo dužnosti ispunjenja obveze, konačno oblikovano tek u srednjovjekovnoj kanonistici, drevne rimske začetke ovog načela nalazimo već u obećanju rimskog pretora: «*pacta conventa servabo*» (v. Ulp. D. 2. 14. 7. 7.); o navedenom načelu u hrvatskom građanskom pravu v. npr. Vedriš/Klarić (n. 2) 369.

²⁹ Gzz-30/1999-2 od 2. rujna 1999.; Gzz-91/00-2 od 31. siječnja 2001.; Gzz 97/03-2 od 7. listopada 2003.; o navedenom pravilu v. supra n. 20.

³⁰ Rev-1584/1997-2 od 29. kolovoza 2000.; o značenju pravila *superficies solo cedit* u rimskom pravu i u suvremenom stvarnom pravu v. supra pod 2., posebice literaturu navedenu u n. 7.

³¹ Rev-1012/01-2 od 04. srpnja 2001.; o značenju pravila *quod non est in actis non est in mundo* u suvremenom procesnom pravu v. npr. Triva/Dika (n. 15) 189 sq.; o navedenoj reguli u rimskoj pravnoj tradiciji v. Kranjc (n. 6) 211.

³² Rev 684/1999-2 od 18. listopada 2001.; o navedenom pravilu v. supra n. 16.

³³ Gr1-154/03-2 od 18. veljače 2003.; Gr1-624/03-2 od 30. rujna 2003.; I Kž 804/03-5 od 15. veljače 2005.; o navedenom pravilu v. supra n. 19.

³⁴ Revr-602/03-2 od 03. prosinca 2003.; I Kž 508/03-5 od 13. listopada 2004.; o navedenom pravilu v. supra n. 18.

rimaska pravna pravila u našoj sudskoj praksi, tj. u prvom redu precizno utvrditi pravni kontekst u kojem su ona uporabljena te usporediti izvorno značenje pojedinog pravila sa njegovom suvremenom uporabom u svrhu kritičke analize svih slučajeva primjene «rimskog supstrata» u hrvatskoj sudskoj praksi. Razumije se da u okvirima ovog rada nije moguće izvesti takvo obuhvatno istraživanje, no smatramo da se i na temelju iznesenog skromnog fragmenta tog budućeg istraživanja mogu izvući određeni zaključci. Prije svega, upada u oči činjenica da referiranje na rimska pravna pravila na latinskom jeziku u judikaturi Ustavnog suda i Vrhovnog suda ne predstavlja ni rijetku, niti neuobičajenu pojavu. Povrh toga, može se uvidjeti da su pojedina pravila (npr. *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet; falsa nominatio non nocet; res iudicata facit ius inter partes; pacta sunt servanda; petitorium absorbet possessorium*) višekratno primjenjivane u navedenoj judikaturi. Sve to upućuje na zaključak da su pojedina rimska pravna pravila prihvaćena kao važeći normativni sadržaji u sudskoj praksi Ustavnog suda i Vrhovnog suda.

Poredbenopravno gledano, treba istaknuti da izravna primjena rimskih pravnih pravila od strane današnje pravne prakse nipošto predstavlja *unicum* ni u europskim, a niti u svjetskim razmjerima. Štoviše, rimsko pravo i danas predstavlja supsidijaran izvor pozitivnog privatnog prava u desetak europskih i izvaneuropskih zemalja, a sudska praksa u tim zemljama često temelji svoje odluke izravno na rimskim pravnim izvorima³⁵. Također, i u zemljama gdje rimsko pravo ne predstavlja izvor pozitivnog prava, sudska praksa se učestalo referira na brojna rimska pravna pravila, posebice u

³⁵ Tako je od europskih zemalja rimsko pravo supsidijarni izvor pozitivnog privatnog prava u pojedinim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva (Škotska, Channel Islands), Malti, San Marinu, Andori, a u striktno ograničenom opsegu i u Španjolskoj i Njemačkoj. Od izvaneuropskih zemalja, rimsko se pravo *in subsidio* primjenjuje na čitavom području Južne Afrike (Južnoafrička Republika, Zimbabve, Bocvana, Lesoto, Svaziland, Namibija) te Šri Lanki i Gvajani; o rimskom pravu kao suvremenom pozitivnom pravu u vidu pregleda po pojedinim zemljama svijeta v. Chorus, *Römisches Recht auf dem Südpol und anderswo*, in: Spruit (ed.), *Coniectanea Neerlandica Iuris Romani*. Inleidende Opstellen over Romeins Recht, Zwolle, 1974, 139 sqq.; v. i Evans-Jones (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, Edinburgh, 1995 (za Škotsku); Zwalve, *Snell v. Beadle*. The Privy Council on Roman law, Norman customary law and the *ius commune*; in: Ligt, L. de (ed.), *Viva vox iuris romani*. Essays in honour of J.E. Spruit, Amsterdam, 2002, 379 sqq. (za Channel Islands); Reinkenhof, *Die Anwendung von ius commune in der Republik San Marino*. Einführung in die Grundlagen und Erbrecht, Berlin, 1997 (za San Marino); Reinoso Barbero, *España y el derecho romano actual*, in: Labeo. Rassegna di diritto romano, (32) 1986, 310 sqq. (za Španjolsku); Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, München, 2003, 14 sqq. (za Njemačku); Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*. Einführung in die Grundlagen und *usus hodiernus*, Darmstadt, 1983 (za Južnu Afriku); Van den Horst, *The Roman-Dutch Law in Sri Lanka*, Amsterdam, 1985 (za Šri Lanku); Smits, *The Making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp/Oxford/New York, 2002, 139 (za Gvajanu).

značenju pravnih načela³⁶. U navedenom kontekstu posebno je zanimljivo podvući da su se sudska tijela EU, jednako kao i međunarodni sudovi, u relevantnom broju slučajeva također izravno pozivali na rimska pravna načela³⁷. Stoga je nedvojbeno da i hrvatska pravna praksa, kako je tome i slučaj, može u konkretnim slučajevima kreativno primjeniti rimska pravna pravila, posebice ona u kojima su sadržana opća pravna načela. Međutim, za razliku od pravnih sustava gdje rimsko pravo i danas predstavlja izvor pozitivnog prava te nacionalnih i supranacionalnih pravnih sustava u kojima je predviđen pravni temelj za primjenu općih načela prava kao izvora prava, pa time i rimskih pravnih pravila koja u sebi inkorporiraju ta načela, hrvatski sudovi u pravilu nisu – osim u iznimnim slučajevima u kojima se sadržaj rimskog pravnog pravila u potpunosti sadržajno podudara s određenom važećom hrvatskom normom³⁸ - izričito navodili neki pozitivni hrvatski propis temeljem kojeg su citirana rimska pravna pravila kao relevantan normativni sadržaj. Ustavni sud RH se konzistentno pozivao na navedena pravila kao «pravna načela»³⁹. Vrhovni se sud RH, pak, u navedenom kontekstu pozivao na njih kao «pravna načela»⁴⁰, «klasične pravne

³⁶ V. npr. Carbonnier, *Usus hodiernus Pandectarum*, in: Festschrift für I. Zajtay, Tübingen, 1982, str. 107 sqq. (za Francusku); Micali, *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione*, in: *Giurisprudenza it.* 145, Parte IV (1993) 489 sqq. (za Italiju); Wolodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków, 2003 (za Poljsku); cf. i Astorino, *Roman Law in American Law: Twentieth Century Cases of the Supreme Court*, *Duquesne Law Review* 40 (2001-2002) 627 sqq. (za SAD).

³⁷ O primjeni rimskih pravnih pravila i u njima sadržanih pravnih načela od strane sudskih tijela EU, v. poblize Knütel, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in: *Juristische Schulung*, Heft 9, 1996, 768 sqq.; Rainer, *Il Diritto romano nelle sentenze delle Corti europee*, in: Castellano, *L'anima europea dell'Europa*, Napoli, 2002.; Andrés Santos, *Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*, *European Review of Private Law* 3 (2004) 347 sqq.; o njihovoj primjeni od strane međunarodnih sudova v. npr. Lesaffer, *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, *European Journal of International Law* 16 (2005) 25 sqq.; cf. i Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft: zur Rezeptionsfähigkeit römischen Denkens*, Frankfurt a. M., 2000.

³⁸ Navedeno se odnosi isključivo na pojedine slučajeve u kojima se Vrhovni sud pozvao na pravilo *pacta sunt servanda* kao načelo obveznog prava, utvrdivši da je ono izraženo čl. 17. tada važećeg Zakona o obveznim odnosima; v. II Rev-122/1995-2 od 29. siječnja 1998.; Rev-3401/1994-2 od 12. veljače 1998.; II Rev-68/1995-2 od 26. veljače 1998.; Rev-1959/1995-2 od 3. travnja 1998.; u ovom kontekstu može se navesti i slučaj u kojem je Vrhovni sud utvrdio da čl. 65 Zakona o radnim odnosima iz 1990. «proklamira princip kaznenog prava» *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; v. Rev 684/1999-2 od 18. listopada 2001.

³⁹ V. npr. U-I-11/1993; U-I-904/1995 od 24. svibnja 2000.; U-I-607/1998; U-I-362/2000; U-I-479/2000 od 20. lipnja 2001.; U-I-107/1995; U-I-366/2000 od 19. lipnja 2002.; U-III-3309/2003 od 7. srpnja 2004.; U-I-2788/2003 od 22. prosinca 2004.

⁴⁰ II Rev-122/1995-2 od 29. siječnja 1998.; Rev-3401/1994-2 od 12. veljače 1998.; Gzz-30/1999-2 od 2. rujna 1999.; Rev-1584/1997-2 od 29. kolovoza 2000.; Gzz-91/00-2 od 31. siječnja 2001.; Rev 684/1999-2 od 18. listopada 2001.; Gzz 97/03-2 od 7. listopada 2003.; I Kž 804/03-5 od 15. veljače 2005.

maksime»⁴¹, «općeprihvaćena pravna pravila»⁴², «temeljna pravila»⁴³ ili jednostavno «pravila»⁴⁴, pri čemu između navedenih kategorija očito nije utvrđena precizna hijerarhija ili razlika⁴⁵. Smatramo nadasve opravdanom i neupitnom postojeću hrvatsku praksu referiranja na rimska pravna pravila kao pravna načela ili pak normativne sadržaje kojima je svrha popuna pravnih praznina, odnosno, preciznija interpretacija postojećih pravnih normi. Međutim, da bi takva praksa mogla poprimiti još šire i precizno definirane razmjere u svrhu usavršavanja hrvatskog pravnog sustava, imajući pri tome u vidu i njegovu daljnju europeizaciju⁴⁶, mišljenja smo da nije na odmet pokušati odgovoriti na pitanje postoji li u našem pravnom sustavu pozitivnopravni temelj za direktnu primjenu rimskih pravnih pravila.

4. Rimska pravna pravila kao izvor pozitivnog prava u RH temeljem Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine

Pri pokušaju adekvatnog odgovora na to pitanje jedini je mogući put krenuti od teksta Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine (dalje u tekstu: ZNPP), koji je stupio na snagu 31. prosinca 1991⁴⁷. Prema odredbama navedenog Zakona, pravni propisi (zakoni, uredbe, naredbe, pravilnici i dr.) koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941. godine primjenjivat će se u Republici Hrvatskoj kao pravna pravila na odnose koji nisu uređeni važećim propisima Republike Hrvatske ukoliko su u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske te ukoliko su, sukladno posebnim propisima, do dana stupanja na snagu ovoga zakona, primjenjivana u Republici Hrvatskoj (čl 1-2. ZNPP-a). Osnovni *ratio* navedenog zakona jest popuna pravnih praznina koje postoje u pravnom sustavu RH putem

⁴¹ I Kž 545/1991-3 od 15. srpnja 1993.

⁴² V. npr. Revr 448/05-2 od 19. listopada 2005.

⁴³ V. npr. Rev-1959/1995-2 od 3. travnja 1998.

⁴⁴ V. npr. II Rev 26/1993-2 11. svibnja 1993.; Rev 1422/1993-2 od 20. rujna 1995.; Rev 2851/1994-2 od 14. svibnja 1997.; Rev-1878/00-2 od 28. svibnja 2003.; Revr-602/03-2 od 03. prosinca 2003.; I Kž 508/03-5 od 13. listopada 2004.; Rev 887/03-2 od 02. ožujka 2005.; Rev 888/03-2 od 09. ožujka 2005.; Rev 630/03-2 od 23. ožujka 2005.; IV Kž 129/03-3 od 14. travnja 2005.

⁴⁵ Tako se, primjerice, pravilo *pacta sunt servanda* u dva slučaja naziva «načelom obveznog prava» (II Rev-122/1995-2 od 29. siječnja 1998.; Rev-3401/1994-2 od 12. veljače 1998.), a u jednom slučaju «temeljnim pravilom obveznopravnog odnosa» (Rev-1959/1995-2 od 3. travnja 1998.). Izreka *lex posterior derogat legi priori* naziva se «načelom» (I Kž 804/03-5 od 15. veljače 2005.), a izreka *lex specialis derogat legi generali* samo «pravilom» (Revr-602/03-2 od 03. prosinca 2003.; I Kž 508/03-5 od 13. listopada 2004.)

⁴⁶ O primjeni rimskih pravnih pravila kao načinu europeizacije suvremenog hrvatskog pravnog sustava v. infra pod 5.

⁴⁷ NN 73/91.

primjene pravnih propisa koji su bili na snazi na teritoriju današnje RH na dan 6. travnja 1941. g.⁴⁸. Navedenim Zakonom je zapravo određeno da svi pravni propisi iz svih pravnih poredaka koji su važili 6. travnja 1941. g. na području današnje RH mogu postati supsidijarno pravo u rangu pravnih pravila ako ispunjavaju sljedeća tri uvjeta: 1.) da su do 31. prosinca 1991. g. primjenjivani na području današnje Hrvatske; 2.) da postoji pravna praznina na koju se pojedini pravni propis može primjeniti; 3.) da su u skladu s Ustavom i zakonima RH.

Od ova tri uvjeta, spornim se jedino čini značenje prvog od njih. Prema našem mišljenju, jedino razborito tumačenje jest da se kao supsidijarno pravo, uz ispunjenje drugog i trećeg navedenog uvjeta, mogu primjeniti svi oni propisi koji su bili na snazi 6. travnja 1941. g., ako su u bilo kojem vremenskom periodu između 6. travnja 1941. g. (*dies a quo*) i 31. prosinca 1991. g. (*dies ad quem*) važili na teritoriju današnje RH. Primjenom bilo kojeg drugog kriterija, navedeni Zakon uopće ne bi mogao ispuniti svoju svrhu. Da bi potkrijepili ispravnost navedenog tumačenja navest ćemo sljedeći primjer: člankom 27. Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, koji je stupio na snagu 8. listopada 1991 g.⁴⁹, bilo je određeno da će se paragrafi Općeg građanskog zakonika glede darovanja i ortakluka primjenjivati kao pravna pravila ukoliko su u suglasnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske. Navedenim člankom u potpunosti je onemogućena primjena svih ostalih paragrafa OGZ-a koja su se do tada, sukladno jugoslavenskom Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. IV. 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije⁵⁰, primjenjivali kao pravna pravila na području današnje RH (npr. pravila o ugovoru o posudbi, ugovoru o prekariju itd.)⁵¹. Na isti način je čl. 18 Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, koji je također stupio na snagu 8. listopada 1991. g.⁵², svojim taksativnim nabrojanjem pravnih pravila koji su bili na snazi 6. travnja 1941. g., a koja se imaju i nadalje primjenjivati u RH kao pravna pravila, zapravo stvorio, sukladno primjerenim riječima Z. Stipkovića, «veliku pravnu prazninu» u području

⁴⁸ O Zakonu o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine v. Vedriš/Klarić (n. 2) 19 sq.; Gavella/Alinčić/Klarić/Sajko/Tumbri/Stipković/Josipović/Gliha, Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug, Zagreb 1994, 170 sq.; Stipković (ed.), Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb 1991, 6.

⁴⁹ NN 53/91

⁵⁰ Službeni list FNRJ 86/1946.; o tom propisu v. npr. Vedriš/Klarić (n. 2) 19 sq.

⁵¹ Cf. Tumbri (ed.), Zakon o obveznim odnosima, Zagreb 1997, V.

⁵² NN 53/91

stvarnog prava⁵³. Budući da je većina pravnih praznina u trenutku preuzimanja spomenutih zakona u pravni sustav RH postojala upravo u području građanskog prava i građanskog procesnog prava, te da je navedenim zakonima o preuzimanju u potpunosti onemogućena primjena svih onih pravnih pravila donesenih prije 6. IV. 1941. koja nisu izričito u tim zakonima navedena, a primjenjivala su se na području današnje RH - sukladno spomenutom jugoslavenskom Zakonu o nevažnosti iz 1946. g. – sve do 8. listopada 1991. g., nastao je pravni diskontinuitet u primjeni nekolicine temeljnih segmenata građanskog prava i građanskog procesnog prava reguliranih pravnim pravilima do tada važećeg supsidijarnog prava. Navedeni diskontinuitet se ni u kom slučaju - iz razloga zakonitosti i pravne sigurnosti - ne smije previdjeti. Stoga ni ZNPP ne bi mogao iznova omogućiti primjenu pravnih pravila koja su ispuštena u spomenutim propisima o preuzimanju, ako bi se dio rečenice iz čl. 1 tog Zakona koji glasi “...sukladno posebnim propisima, do dana stupanja na snagu ovoga zakona, primjenjivana u Republici Hrvatskoj”, tumačio na način da su se navedena ispuštena pravna pravila morala kontinuirano primjenjivati kao supsidijarno pravo sve do 31.12.1991 g. Naime, u slučaju takve interpretacije, postoji temeljni prigovor neporecivog diskontinuiteta u primjeni između 8. listopada 1991. g. i 31. prosinca 1991. g.! Iz istog razloga, sintagmu “sukladno posebnim propisima” iz čl. 1. tog hrvatskog Zakona, ne bi bilo razborito tumačiti u smislu da se ona odnosi na jugoslavenski Zakon o nevažnosti iz 1946 g., budući da taj jugoslavenski Zakon nije preuzet u pravni sustav RH te da je iz tog razloga njegova pravna snaga također prestala 8. listopada 1991. g. Stoga, da bi hrvatski ZNPP uopće mogao ostvariti svoju temeljnu funkciju, jedina svrsishodna interpretacija čl. 1 tog Zakona jest da se kao supsidijarno pravo mogu primjeniti svi propisi koji su bili na snazi 6. travnja 1941. g. na teritoriju današnje RH, pod sljedećim uvjetima: da su u bilo kojem vremenskom periodu između 6. travnja 1941. g. i 31. prosinca 1991. g. važili na tom istom teritoriju; da postoji pravna praznina na koju se pojedini pravni propis može primjeniti; te da su u skladu s Ustavom i zakonima RH.

Premda ZNPP, nakon donošenja niza sistemskih novih zakona iz područja građanskog prava (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁵⁴; Zakon o

⁵³ Cit. Stipković (ed.), (n. 48) 6; cf. Gavella et al. (n. 48) 181, n. 534. Primjerice, formalno gledano, zemljišnoknjižno pravo je gotovo u cjelosti ostalo neuređeno jer se više nisu mogla primjenjivati do tada primjenjivana pravna pravila donesena prije 6. IV. 1941., koja su uređivala zemljišne knjige i postupanje s njima.; cf. Gavella et al. (n. 48) 170, n. 494.

⁵⁴ NN 91/96

zemljišnjim knjigama⁵⁵; Zakon o obveznim odnosima⁵⁶) danas više nema takvu krucijalnu ulogu u hrvatskom pravnom sustavu kao devedesetih godina 20. stoljeća, svrha njegova postojanja nije ni izdaleka iscrpljena, prije svega u sferi građanskog prava i građanskog procesnog prava.

U prvom redu, budući da u RH nije donesen opći zakon koji regulira izvanparnično procesno pravo, primjena ZNPP-a omogućava normalno funkcioniranje tog iznimno važnog dijela građanskog procesnog prava⁵⁷.

Povrh toga, budući da u RH ne postoji građanski zakonik, tj. građanskopravni poredak je uređen parcijalnim zakonima, ne postoji sustavna regulacija općeg dijela građanskog prava kao zajedničkog temelja svih ostalih građanskopravnih segmenata⁵⁸. Stoga je u tom aspektu nužno, u određenim slučajevima, referirati se na pravne propise koji su bili na snazi 6. travnja 1941. g. kao supsidijarno pravo. Primjerice, novi Zakon o obveznim odnosima određuje da su «objekt posudbe nepotrošne stvari» te «potrošna stvar može biti objektom posudbe samo ako se ugovori povrat iste stvari» (čl. 510). Međutim, ni u navedenom zakonu, a niti u bilo kojem drugom suvremenom hrvatskom propisu, nećemo naići na odredbu što su potrošne, a što nepotrošne stvari. U tom slučaju, zbog nedostatka općeg dijela građanskog zakonika, čini nam se opravdanim pozvati na § 301 OGZ-a, koji definira razliku između navedenih vrsta stvari⁵⁹.

Polazeći od navedenog primjera, čini nam se napose važnim upozoriti na još jednu činjenicu glede tumačenja odredbi ZNPP-a. Mišljenja smo da je sintagmu iz čl. 1. Zakona "...pravni propisi (zakoni, uredbе, naredbe, pravilnici i dr.) koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941. godine..." ispravno tumačiti jedino u smislu da se pojedini propis kao cjelina (npr. OGZ), prema stanju na dan 6. travnja 1941. g., a ne tek pojedine njegove odredbe (npr. paragrafi OGZ-a o posudbi), treba tretirati kao potencijalno supsidijarno pravo i to bez obzira na činjenicu koja se pravna pravila iz tog propisa - pod pretpostavkom da su ispunjena maloprije spomenuta tri uvjeta –

⁵⁵ NN 91/96

⁵⁶ NN 35/05

⁵⁷ Tako se, temeljem ZNPP-a, primjenjuju pravila Zakona o vanparničnom postupku od 24. VII. 1934. i Uvodnog zakona za taj zakon od 26. VII 1934. godine.; v. Triva/Dika (n. 15) 54 sqq.

⁵⁸ O potrebi stvaranja hrvatskog građanskog zakonika v. Gavella, Teze za izradu hrvatskog građanskog zakonika, *Zakonitost* (46) 1992, 751 sqq.

⁵⁹ Za još nekoliko primjera moguće primjene OGZ-a u svrhu popuna pravnih praznina u općem dijelu građanskog prava, v. infra pod 4.1. za § 7 OGZ-a (primjena načela naravnog prava) te infra n. 61 za § 10 OGZ-a (primjena pravila običajnog prava).

mogu u konkretnom slučaju primjeniti. Navedeno temeljno načelo pravne hermeneutike formulirao je još znameniti klasični rimski pravnik Celzo: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere* (“Nije u skladu s pravom - ne razmotrivši zakon u cjelini - suditi ili davati pravni savjet na osnovu samo jedne njegove odredbe”)⁶⁰. U protivnom, ZNPP, kako smo vidjeli na temelju navedenog primjera odredbi o potrošnim i nepotrošnim stvarima, također ne bi mogao u cjelosti ispuniti svoju osnovnu funkciju popune pravnih praznina.

Međutim, glede središnje problematike rada, tj. pitanja mogu li rimska pravna pravila biti izvorom pozitivnog prava u RH, kako u svrhu popune pravnih praznina, tako u svrhu preciznije interpretacije postojećih pravnih normi, mnogo je važnije razmotriti pitanje omogućava li uopće ZNPP na bilo koji način primjenu rimskih pravnih pravila kao važećeg prava?

4.1. Rimska pravna pravila kao “načela naravnog prava” u smislu § 7 OGZ-a

U navedenom kontekstu ponajprije treba skrenuti pozornost na § 7 OGZ-a. Sažeto govoreći, u tom je paragrafu određeno da se “načela naravnog prava” (*natürliche Rechtsgrundsätze*) kao izvor prava trebaju primjeniti u svim onim situacijama kada se određeni pravni slučaj ne može riješiti pukom primjenom pozitivnopravnih pravila ili metoda. Budući da ni suvremeni hrvatski propisi ne sadrže odredbe kako postupiti u situacijama kada se na temelju pozitivnog prava ne može na nedvojben način riješiti određeni pravni slučaj, valja zaključiti da u takvim situacijama treba – na temelju ZNPP-a – treba primjeniti § 7 OGZ-a, odnosno “načela naravnog prava”⁶¹. Vodeći računa o činjenici da se navedeni paragraf i danas primjenjuje u austrijskom privatnopravnom sustavu⁶², nužno je odrediti što su zapravo

⁶⁰ Cels. D. 1. 3. 24; o značenju navedenog klasičnog načela za interpretaciju pravnih pravila u rimskom pravu kao i u suvremenoj pravnoj teoriji v. npr. Waldstein, *Teoria generale del diritto. Dall’ antichità ad oggi*, Roma, 2001, 145 sqq.

⁶¹ Usput rečeno, suvremena je hrvatska građanskopravna doktrina na analogan način odgovorila na problematiku važenja običajnog prava, zastupajući shvaćanje da je relevantan propis koji općenito regulira pitanje primjene običajnog prava u građanskom pravu § 10 OGZ-a, koji određuje da se običaji mogu primjeniti kao izvor prava samo u slučajevima gdje se zakon na njih poziva; cf. Gavella et al.(n. 13) 34 sq.

⁶² O primjeni § 7 ABGB-a u suvremenom austrijskom pravnom sustavu v. npr. Mayer-Maly, *Die Natürlichen Rechtsgrundsätze als Teil des geltenden österreichischen Rechts*, in: Mayer-Maly/Simons (Hrsg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlin, 1983,

u svojoj biti “načela naravnog prava”. Prema shvaćanju starije austrijske doktrine, navedena načela su u velikoj mjeri sadržana u rimskom pravu⁶³: *ius gentium* Rimljana predstavlja u stvari naravno pravo kao takvo⁶⁴. Navedeno mišljenje zastupala je i hrvatska doktrina do Drugog svjetskog rata, što je napose važno istaknuti u kontekstu moguće današnje primjene § 7 OGZ-a u RH. Tako, prema riječima I. Maurovića⁶⁵, redaktori ABGB-a shvaćali su naravno pravo kao “*ratio naturalis*, koju smatrahu nepromjenjivom bazom rimskog prava i austrijskog zakona”⁶⁶. Nije teško uvidjeti da Maurović na navedenom mjestu zapravo ima pred očima znamenito Gajevo određenje pojma *ius gentium* kao općeg prava kojeg je sam naravni razum (*naturalis ratio*) stvorio među svim ljudima te kojeg svi narodi podjednako poštuju i njime se služe⁶⁷. Shvaćanje da su “*natürliche Rechtsgrundsätze*” iz § 7 ABGB-a u prvom redu naravnopravna načela oblikovana na temelju pravila rimskog prava kao općeg privatnog prava u Antici (*ius gentium*) te u srednjovjekovnoj i novovjekovnoj kontinentalnoj Europi (*ius commune*), iznova je - okončavajući podulji period dominacije jednodimenzionalnog pravnopozitivističkog pristupa u interpretaciji navedenog propisa – na uvjerljiv način afirmirao W. Waldstein, jedan od najvećih današnjih europskih romanista⁶⁸. Na temelju ove kratke analize pojma “načela naravnog prava” iz § 7 OGZ-a, valja zaključiti da rimska pravna pravila koja u sebi sadrže naravnopravna načela mogu - na temelju ZNPP-a - biti supsidijarnim izvorom prava u RH.

Prelazeći sa razine apstrakcije na konkretne slučajeve, pri čemu ćemo se ograničiti na sferu obiteljskog prava, čini se posebice važnim istaknuti da je navedeno

853 sqq., s uputama na daljnju literaturu; cf. i Schwimman (ed.), Schwimman (ed.), Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Bd. 1., Wien 1997, 58 sq.

⁶³ V. npr. Pffaf/Hofmann, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. I, Wien 1877, 206 sq.: “...überhaupt ist das röm Recht größtentheils ein in seinen Folgerungen dargestelltes Naturrecht”.

⁶⁴ Cf. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig 1876, 67 sq.

⁶⁵ O životu i djelu Ivana Maurovića (1873-1952), profesora građanskog prava na Pravnom fakultetu u Zagrebu v. Stipković, in: Gavella et. al. (n. 48) 46 sq.

⁶⁶ Cit. Maurović, Nacrt predavanja o općem privatnom pravu. Prva knjiga: opći dio, Zagreb 1919, 13.

⁶⁷ Gai. Inst. 1. 1: *...quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*; o pojmu *ius gentium* kod Gaja v. npr. Horvat (n. 2) 5 sqq.; cf. i Vedriš/Klarić (n. 2) 5.; o značenju rimskog *ius gentium* za suvremeni europski pravni sustav v. Waldstein, *Ius gentium* und das Europäische *ius commune*, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 26 (1998) 453 sqq.

⁶⁸ V. npr. Waldstein, Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 17 (1967) 1 sqq.; *idem*, Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen, in: Mayer-Maly/Simons (Hrsg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlin, 1983, 239 sqq., posebice 250 sqq.

shvaćanje o primjeni rimskih pravnih pravila kao “načela naravnog prava”, sadržajno gledano, u velikoj mjeri u skladu sa onim današnjim znanstvenim pravcem u hrvatskoj obiteljskopravnoj doktrini koji nastoji reafirmirati pojam naravi i naravnog prava kao predpozitivnog i nadpozitivnog temelja obiteljskog prava. Štoviše, provedena analiza upućuje na zaključak da § 7 OGZ-a može biti konkretan normativni temelj za takvo naravnopravno utemeljenje obiteljskopравnih instituta. U tom smislu, primjerice, latinska pravna izreka *de natura condere iura* (“pravo treba stvarati prema naravi”), pripadna rimskopravnoj i naravnopravnoj tradiciji te višekratno citirana u posljednje vrijeme od strane naše obiteljskopравne doktrine kao prilog raspravi o potrebi (re)afirmacije naravnopravnih temelja pojedinih instituta obiteljskog prava⁶⁹, ne bi tek bila vrijedni znanstveni argument za prihvaćanje zakonodavnih rješenja zasnovanih na naravnom razumu (*naturalis ratio*) nasuprot njemu suprotnih legislativnih pokusa, već općeobvezujuće pravno načelo u smislu § 7 OGZ-a. Stoga sva ona rimska pravna pravila iz sfere obiteljskog prava koja u sebi sadrže načela naravnog prava, primjerice već spomenuto pravilo *mater semper certa est*⁷⁰ ili pravilo *adoptio naturam imitatur*⁷¹, mogu u konkretnom slučaju biti izvorom obiteljskog prava u RH. U ovom kontekstu posebice je važno ukazati na definiciju naravnog prava (*ius naturale*) od strane slavnog klasičnog pravnika Ulpijana, uvrštenu u prvi titul prve knjige Justinijanovih *Digesta*, na temelju koje se precizira da su tri temeljna instituta naravnog prava brak (*matrimonium*) muškarca i žene, rađanje djece (*liberorum procreatio*) te njihov odgoj (*educatio*)⁷². U granicama ovog rada neće se detaljnije upuštati u općenitu problematiku naravnog prava, pa će stoga zaključno biti

⁶⁹ V. npr. Hrabar, in: Alinčić/Bakarić-Abramović/Hrabar/Jakovac-Lozić/Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2001, 148, n. 10; Hrabar, *Pobrskani lončići: Obiteljski zakon, majčinstvo i očinstvo*, Vjesnik, 11. srpnja 2003.; općenito o izreci *de natura condere iura* v. Romac, *Minerva. Florilegij latinskih izreka*, Zagreb 1988, 478.

⁷⁰ V. supra pod 2.

⁷¹ I. 1.11.4.: *Adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater*; o navedenoj odredbi Justinijanovih Institucija, formuliranoj na temelju jednog fragmenta klasičnog pravnika Javolena (D. 1. 7. 16: *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere*) v. npr. Horvat (n. 2) 85 sq.; Kranjc (n. 6) 25; o pravilu *adoptio naturam imitatur* kao načelu suvremenog obiteljskog prava u značenju da «posvojiteljski odnos ima biti što sličniji roditeljskom odnosu», odnosno da «posvojitelji budu u životnoj dobi koja se može nazvati optimalnom za roditeljstvo» v. npr. Bakarić-Abramović/Jakovac-Lozić, in: Alinčić et al. (n. 69) 297; 315.; cf. i Petrak (n. 9) 620.

⁷² Cf. Ulp. D. 1,1,1,3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris*

dostatno potcrtati da je ZNPP, posredstvom § 7 OGZ-a, otvorio vrata primjeni rimskog prava u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu, pod uvjetom da pojedina rimska pravna norma sadrži u sebi određeno naravnopravno načelo.

4. 2. *Digesta* 50, 17 kao primarni izvor važećeg prava na dan 6. travnja 1941. godine u hrvatskim krajevima pripadnim bivšem ugarskom pravnom području

Treba, međutim, istaknuti da OGZ nije uređivao privatnopravni poredak na čitavom teritoriju današnje RH na dan 6. travnja 1941. godine. U određenim područjima, točnije u Međimurju i Baranji, u to je vrijeme važno ugarsko privatno pravo⁷³, utemeljeno još na Werböczyevu Tripartitu iz 1514 g. te brojnim kasnijim propisima, koji su svi zajedno sačinjavali *Corpus iuris hungarici* kao zbirku svekolikog ugarskog prava⁷⁴. U doba socijalističke Jugoslavije, zahvaljujući prihvaćanju pravno-političkog načela “jedinstva prava”⁷⁵, pojedini segmenti ugarskog privatnog prava primjenjivali su se kao supsidijarno pravo na cijelom hrvatskom teritoriju sve do osamostaljenja RH. Nakon osamostaljenja RH, sudska praksa nastavila je primjenjivati – na temelju ZNPP-a - pojedina pravila ugarskog privatnog prava kao supsidijarno pravo, primjerice u području zemljišnoknjižnog prava, rukovodeći se pri tome i nadalje načelom “jedinstva prava” kao mjerodavnog kriterija⁷⁶.

peritia censeri.; o navedenoj definiciji naravnog prava (*ius naturale*) v. npr. Horvat (n. 2) 6 sq.; o njenim filozofijskim temeljima v. ukratko Petrak (n. 9) 607., n. 33.

⁷³ Općenito o šest različitih pravnih područja u Kraljevini SHS, odnosno Kraljevini Jugoslaviji v. Radović, Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (“Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju”), Zagreb 1975, p.o. iz Radovi 7, Instituta za hrvatsku povijest, 253 sqq., s uputama na daljnju literaturu.

⁷⁴ O nastanku, značenju i strukturi *Corpus iuris hungarici* v. Lanović, Privatno pravo Tripartita, Zagreb 1929, 93 sqq., s uputama na daljnju brojnu latinsku, mađarsku, njemačku i hrvatsku literaturu; općenito o vrelima ugarskog privatnog prava primjenjivanog u pojedinim područjima Kraljevine SHS, odnosno Kraljevine Jugoslavije v. npr. Milić, Pregled mađarskog privatnog prava u poredjenju sa austrijskim građanskim zakonikom, Subotica 1921, 7 sqq.

⁷⁵ O spomenutom načelu “jedinstva prava”, kojim je u socijalističkoj Jugoslaviji pri rješavanju konkretnog slučaja – u nedostatku poslijeratnih propisa - postavljen kriterij da se kao *ius in subsidio* trebaju primjeniti pravna pravila koje je sudska praksa, bez obzira na činjenicu s kojeg su od šest predratnih pravnih područja potjecala, smatrala najprikladnijim i najsuvremenijim, a ne pravna pravila onog pravnog poretka koje je na odnosnom području vrijedilo na dan 6. travnja 1941. godine., v. Gavella, Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalno-europski pravni krug – u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 43 (1993) 358 sq. , s uputama na daljnju literaturu.

⁷⁶ Tako je, primjerice, sve do 1. siječnja 1997. godine, tj. do stupanja na snagu važećeg Zakona o zemljišnim knjigama, primjenjivan ugarski Zakonski članak XXIX o sastavljanju gruntovnih uložaka iz 1886. godine; v. Josipović, in: Gavella et al. (n. 48) 130, n. 354.

Obzirom na temu rada, vrlo je važno napomenuti da je u *Corpus iuris hungarici* kao njegov integralni dio preuzet posljednji titul posljednje knjige Justinijanovih *Digesta* (D. 50, 17), koji nosi ime *De diversis regulis iuris antiqui*. Navedeni titul, nedvojbeno jedan od najznamenitijih djelova Justinijanove kodifikacije, sadrži 211 kratkih fragmenata rimskih pravnikâ u kojima su u obliku regula sažeta temeljna rimska pravna načela na kojima je u potonjim vremenima u relevantnoj mjeri sazdana europska pravna kultura i europski privatnopravni sustavi⁷⁷. Navedeni titul *Digesta* uključio je već u prvo izdanje *Corpus iuris hungarici* iz 1581. godine njegov prireditelj, ugarski humanist Iohannes Sambucus (János Zsámboki)⁷⁸, čime su u njemu sadržana rimska pravna pravila postala pozitivno pravo u ugarsko-hrvatskom kraljevstvu. Navedena pravila stoljećima su bila integralni dio ugarskog privatnog prava⁷⁹, a budući da u pravnim izvorima nema niti najmanjeg traga o mogućoj njihovoj derogaciji, nedvojbeno su još uvijek bila na snazi i 6. travnja 1941. godine u hrvatskim krajevima pripadnim bivšem ugarskom pravnom području (Međimurje, Baranja). Stoga smatramo da ih i danas treba tretirati – vodeći pri tome računa o spomenutom načelu “jedinstva prava” - kao potencijalno supsidijarno pravo u RH u smislu odredbi ZNPP-a.

U tom kontekstu posebice je zanimljivo istaknuti da se naš Vrhovni sud – nakon osamostaljenja RH - u obrazloženjima svojih odluka višekratno *explicite* pozvao na pojedine regule sadržane u navedenom titulu Justinijanovih *Digesta*, primjerice *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50. 17. 29)⁸⁰, *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (D. 50. 17. 54)⁸¹ ili *res iudicata pro veritate accipitur* (D. 50. 17. 207)⁸², što nedvojbeno dokazuje da su navedena rimska pravna pravila prihvaćena kao važeći normativni

⁷⁷ O titulu *De diversis regulis iuris antiqui*, njegovoj strukturi, sadržaju i značenju u europskoj pravnoj tradiciji v. pobliže Stein, *The Digest Title, De diversis regulis iuris antiqui, and the General Principles of Law*, in: Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis/New York, 1962, 1 sqq., s uputama na daljnju literaturu.

⁷⁸ V. Mora, *Über den Unterricht des römischen Rechtes in Ungarn in den letzten hundert Jahren*, *Revue internationale des droit de l'antiquité (RIDA)* 11 (1964) 413; Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*, Budapest 2002, 133.

⁷⁹ Cf. Lanović (n. 74) 96.

⁸⁰ I Kž 545/1991-3 od 15. srpnja 1993.; o navedenom pravilu v. supra n. 22.

⁸¹ II Rev 26/1993-2 11. svibnja 1993.; Rev 2749/1993-2 od 17. siječnja 1995.; Rev 1822/1993-2 od 14. ožujka 1995. Na navedeno pravilo, kako smo vidjeli, pozvao se i Ustavni sud RH u svojem judikatu U-III-1107/1994 od 28. siječnja 1998.; v. supra n. 13.

sadržaji u hrvatskoj sudskoj praksi. Međutim, upravo provedena raščlamba o *Digesta* 50. 17. ima za cilj ukazati na činjenicu da bi hrvatska sudska praksa zasigurno mogla otići i korak dalje u smislu da se pravne regule sadržane u navedenom titulu ne primjenjuju tek kao puki argument u obrazloženju sudskih odluka, već da se navedeni dio Justinijanove kodifikacije može – pod uvjetima određenim ZNPP-om – primjeniti kao izvor pozitivnog prava u RH.

4.3. Pandektno pravo kao supsidijarni izvor važećeg prava na dan 6. travnja 1941. u hrvatskim krajevima pripadnim bivšem ugarskom pravnom području

Prema mišljenju autora, međutim, aplikabilnost rimskih pravnih izvora unutar suvremenog hrvatskog pravnog sustava - zahvaljujući činjenici da je ugarski privatnopravni sustav bio na snazi u hrvatskim područjima na dan 6. travnja 1941. godine te da stoga, pod uvjetima određenim ZNPP-om, predstavlja i danas potencijalno supsidijarno pravo - nije ograničena samo na regule iz *Digesta* 50. 17., već da bi se rimska pravna pravila mogla primjeniti u znatno širem opsegu. Kako smo vidjeli, *Digesta* 50. 17. su u ugarskom privatnopravnom sustavu predstavljala primarni izvor prava. Premda se ugarsko pravo nekoliko stoljeća odupiralo neposrednoj recepciji rimskog prava⁸³, ugarska sudska praksa i doktrina je od druge polovice 19 st. nadalje - uslijed odumiranja feudalnih odnosa te uzastopnih neuspjelih nastojanja za donošenjem modernog nacionalnog građanskog zakonika⁸⁴ – postupno uzdigla pandektno pravo, tj. recipirano rimsko pravo kao opće pravo (*ius commune*) sistematizirano od strane njemačke pandektističke doktrine, na razinu supsidijarnog izvora prava⁸⁵. Shvaćanje da je pandektno pravo supsidijarni izvor ugarskog privatnog

⁸² Rev 1396/1993-2 od 16. lipnja 1994; Revt-80/02-2 od 14. svibnja 2002.; o navedenom pravilu v. supra n. 24.

⁸³ O razlozima navedenog odupiranja recepciji rimskog prava u Ugarskoj v. npr. Zajtay, Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois, in: L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker, Vol. II, Milano, 1954, 183 sqq.; Bónis, Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn, in: *Ius romanum medii aevi*, Pars V, 10, Mediolani, 1964, 1 sqq., napose 111 sqq; Földi, Living Institutions of Roman Law in Hungarian Civil Law, Helikon 28 (1988) 364 sqq.; Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen i hrvatska pravna povijest, lectio annalis, Rijeka, 1997, 16.

⁸⁴ O različitim pokušajima, prijedlozima i nacrtima kodifikacije građanskog prava u Ugarskoj u 19 st. i prvoj polovici 20 st., v. npr. Zlinszky, Die historische Rechtsschule und die Gestaltung des ungarischen Privatrechts im 19. Jahrhundert, in: Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii. Acta universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica, Tomus XXXIII., Fasciculus 1-31 (1985), 433 sqq., s uputama na daljnju literaturu; cf. i Heymann, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, Tübingen 1917, 9 sqq.; Hamza (n. 78) 135 sqq.

⁸⁵ O postupnom prihvaćanju pandektnog prava kao supsidijarnog prava u ugarskom privatnopravnom sustavu v. npr. Hamza, Sviluppo del diritto privato ungherese e il diritto romano, in: Ivris vincvla. Studi

prava zastupala je i naša doktrina između dva svjetska rata, što je napose važno istaknuti u kontekstu utvrđivanja opsega moguće današnje primjene rimskih pravnih pravila u RH. Tako, primjerice, I. Milić već na samom početku svog djela “Pregled mađarskog privatnog prava u poredjenju sa austrijskim građanskim zakonikom” odlučno ističe da gdje “...nema pozitivnih propisa, treba bez bojazni primjenjivati načela općeg, pandektarnog prava, koja su bila osnovom i austrijskom građanskom zakoniku i ... mađarskom privatnom pravu”⁸⁶. Navedena situacija glede pravnih izvora ugarskog privatnopravnog sustava nije se mjenjala do dana 6. travnja 1941. godine⁸⁷.

Na temelju prethodne analize, može se ustvrditi da bi rimska pravna pravila - pod uvjetima određenim ZNPP-om – bilo moguće primjeniti kao izvor suvremenog prava u RH putem tri različita “kanala”. Kao prvo, rimska pravna pravila koja u sebi sadrže naravnopravna načela primjenjiva su na temelju § 7 OGZ-a. Kao drugo, zahvaljujući činjenici da su *Digesta* 50. 17 bila važeći primarni izvor prava na dan 6. travnja 1941. godine u hrvatskim krajevima pripadnim bivšem ugarskom pravnom području, načela sadržana u navedenom titulu *Digesta* i danas su aplikabilna u RH u smislu odredbi ZNPP-a, što je potvrđeno i judikaturom našeg Vrhovnog suda. Kao treće, budući da ZNPP ne pravi nikakvu razliku između primarnih i supsidijarnih izvora važećeg prava na dan 6. travnja 1941. godine, a polazeći od činjenice da je pandektno pravo bilo supsidijarni izvor privatnog prava u bivšem ugarskom pravnom području, valja ustvrditi da cjelokupni *corpus* recipiranog rimskog prava može predstavljati potencijalni izvor suvremenog hrvatskog prava. Budući da je treći navedeni “kanal” po svojem opsegu znatno širi od prethodna dva te da ih potpunosti apsorbira, potrebno je na koncu zaključiti da sva rimska pravna pravila ugrađena u sustav pandektnog prava, tj. u prvom redu pravila koja sadrže Justinijanova *Digesta* (*Pandectae*) i Institucije (*Institutiones*) u svojoj cjelini – a ne tek pravna pravila koja u

in onore di M. Talamanca, Napoli 2001, 357 sqq.; cf. i Heymann (n. 84) 12 sqq; Földi (n. 83) 366 sq.; Hamza (n. 78) 134 sq.; općenito o sistematiziranju rimskih pravnih pravila od strane njemačke pandektističke doktrine u drugoj polovici 19 st. i stvaranju sustava pandektnog prava v. npr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1996, 430 sqq., s uputama na brojnu daljnju literaturu.

⁸⁶ Cit. Milić (n. 74) 1.; o životu i djelu Ive Milića (1881-1957), profesora rimskog prava te međunarodnog privatnog prava i građanskog procesnog prava na pravnim fakultetima u Zagrebu v. Apostolova Maršavelski, *Rimsko i pandektno pravo na Pravnom fakultetu u Zagrebu*, in: Pavić (ed.), *Pravni fakultet u Zagrebu II. Prilozi za povijest katedri i biblioteke Fakulteta*, Zagreb 1996, 237.

⁸⁷ U istom značenju, gotovo pola stoljeća poslije Milića, H. Sirotković ističe «načela pandektarnog prava» kao najvažniji izvor ugarskog privatnog prava nakon ugarskog običajnog i zakonskog prava; v. Horvat/Bastaić/Sirotković, *Rječnik historije države i prava*, Zagreb, 1968, 605.

sebi sadrže naravnopravna načela ili pak samo pravila sadržana u *Digesta* 50. 17 - mogu imati status izvora našeg prava pod uvjetima određenim ZNPP-om.

5. Zaključne napomene

Na temelju provedene analize, čini nam se da je pruženo dostatno argumenata za konstataciju da rimska pravna pravila, na temelju odredbi ZNPP-a, mogu imati status izvora suvremenog hrvatskog pozitivnog prava. Njihova je primjena moguća, kako smo vidjeli, zahvaljujući ponajprije činjenici da je pandektno pravo, tj. recipirano rimsko pravo sistematizirano od strane njemačke pandektističke doktrine, bilo na snazi 6. travnja 1941. godine kao supsidijarno pravo na teritoriju Hrvatske u krajevima pripadnim bivšem ugarskom pravnom području. Premda rimska pravna pravila u formalnom smislu mogu imati status tek podrednog izvora prava, u sadržajnom smislu ona mogu biti od fundamentalnog značenja za suvremeni pravni sustav, budući da čitav niz takvih pravila sadrži u sebi temeljna pravna načela na kojima se u znatnoj mjeri zasniva nekolicina najvažnijih suvremenih pravnih instituta⁸⁸. Stoga bi prihvaćanje rimskih pravnih pravila kao supsidijarno važećeg prava od strane sudske prakse i pravne doktrine moglo u relevantnoj mjeri pridonijeti ispravnom tumačenju i primjeni suvremenih pravnih propisa, a pravna bi praksa mogla u mnogo većem i preciznije definiranom opsegu nego što je to do sada bio slučaj, tj. pod uvjetima određenim ZNPP-om, direktno primjeniti pravna načela sadržanih u tim pravilima - u slučaju postojanja pravnih praznina ili uz usporednu primjenu suvremenih pravnih normi koje se temelje na navedenim načelima - s ciljem usavršavanja hrvatskog pravnog sustava⁸⁹. Takva primjena rimskih pravnih pravila, kako smo već istakli, nipošto ne bi predstavljala *unicum* u europskim ili svjetskim razmjerima⁹⁰.

⁸⁸ Tako je, primjerice, rimsko pravilo *superficies solo cedit* kao fundamentalno načelo suvremenog hrvatskog stvarnog prava danas nadalje relevantno za pravnu regulaciju gotovo svih stvarnopravnih instituta, pa čak i onih koji - za razliku od instituta vlasništva, služnosti ili založnog prava - nisu nastali u okrilju rimske pravne tradicije (npr. etažno vlasništvo, zemljišne knjige i dr.); v. поближе Petrak (n. 7) 1058 sq.; o navedenom načelu cf. i supra pod 2. i 3.

⁸⁹ Općenito o značenju rimskih pravnih pravila koja u sebi inkorporiraju opća načela prava i njihovoj funkciji u suvremenim privatnopravnim sustavima v. поближе Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999, 83 sqq., s uputama na daljnju literaturu; cf. i Reinoso Barbero, *El derecho romano como desideratum del derecho del tercer milenio: los principios generales del derecho*, in: *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 3 (1997) 23 sqq.; cf. i supra pod 3.

⁹⁰ V. поближе supra pod 3.

U navedenom se kontekstu, naravno, postavlja pitanje koja bi sve konkretna rimska pravila iz Justinijanovih Digesta ili Institucija kao primarnih izvora pandektnog prava mogla biti na temelju ZNPP-a primjenjiva u suvremenoj pravnoj praksi. Prema našem mišljenju, svako istraživanje u navedenom smjeru, kako je to već i otpočeto u našoj doktrini⁹¹, trebalo bi u hrvatskim okvirima prije svega krenuti od brojnih latinskih pravnih izreka, sabranih u najvećoj suvremenoj europskoj zbirci latinskih izreka A. Romca “*Minerva. Florilegium sententiarum latinarum*”, pod odrednicama koje se odnose na temeljne pravne pojmove i institute⁹², uz usporedbu s odgovarajućim odredbama u Justinijanovim Pandektama i Institucijama.

Polazeći od činjenice da rimska pravna pravila formulirana u obliku latinskih pravnih izreka predstavljaju tradicionalni sažeti izraz same biti europske pravne tradicije i kulture⁹³, postavlja se zaključno i pitanje u kojoj bi mjeri njihova ekstenzivnija primjena u našoj praksi mogla pridonijeti daljnjoj europeizaciji hrvatskog pravnog sustava? U recentnim detaljnim analizama primjene rimskih pravnih pravila od strane sudskih tijela EU, kako u slučaju postojanja pravnih praznina u europskom pravnom poretku, tako i u svrhu preciznije interpretacije njegovih postojećih pravnih normi (npr. *alterum non laedere; audiatur et altera pars; dolo petit qui petit quod statim redditurum est; ne bis in idem; nemo auditur propriam turpitudinem allegans; nemo censetur ignorare legem; non contra factum proprium; nulla poena sine culpa; nulla poena sine lege; nullum crimen sine lege; pacta sunt servanda; patere legem quam fecisti; venire contra factum proprium; vim vi repellere licet*), posebice se ističe da sustavna primjena takvih pravila kao općih pravnih načela zajedničkih svim nacionalnim europskim pravnim sustavima pripadnim tradiciji recipiranog rimskog prava (*ius commune*) predstavlja, uz različite vrste legislativnih akata, jedan od načina daljnje harmonizacije i/ili unifikacije europskog pravnog

⁹¹ V. npr. Hrabar, in: Alinčić et al. (n. 69) 148 n. 10; 164. n. 38.

⁹² Romac (n. 32); usput rečeno, navedeno Romčevo kapitalno djelo doživjelo je laudativne prikaze u europskoj romanističkoj periodici. Tako je primjerice Andreas Wacke, jedan od najvećih živućih njemačkih romanista, istakao da bi bilo više nego poželjno (“ein Desiderat”) prevesti navedeno djelo na njemački jezik; v. Wacke, Lehrmaterialien zum Juristenlatein in Europa und Südafrika, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 109 (1992) 571 sq. Dodajmo da bi u istom smislu “deziderat” predstavljalo i novo hrvatsko izdanje tog djela, koje bi – vodeći se potrebama pravne prakse – bilo nadopunjeno referencijama na odgovarajuće suvremene pravne propise, na isti način kako je to, primjerice, učinjeno u zbirci “Latinski pravni reki” ljubljanskog profesora rimskog prava J. Kranjca.; v. supra n. 6.

⁹³ Cf. Kranjc (n. 6) 5.; Wacke (n. 6) 174 sqq.

prostora⁹⁴. Povrh toga, treba spomenuti da su pojedini tvorci već znamenitih «Načela europskog ugovornog prava» (*Principles of European Contract Law*), najznačajnijeg dosadašnjeg projekta usmjerenog ka europeizaciji privatnog prava, u svojim detaljnim analizama utvrdili da su navedena načela u svojoj biti jedna suvremena reformulacija pravila recipiranog rimskog prava (*ius commune*)⁹⁵. Ako se imaju u vidu navedene činjenice, mogući širi razmjeri primjene rimskih pravnih pravila u hrvatskoj sudskoj praksi ne bi predstavljali tek nostalgичno traganje za skrivenim blagom europske pravne tradicije, već jedan dio dugotrajnog kreativnog napora za europeizacijom suvremenih pravnih poredaka na čvrstim temeljima zajedničke pravne kulture.

U samom času završetka ovog rada, posebnu pozornost su nam pobudile dvije recentno donesene odluke Ustavnog suda RH u kojima je taj sud utvrdio da načelo *petitorium absorbet possessorium* nije dio hrvatskog pozitivnog prava, jer da nije regulirano ni jednim važećim hrvatskim propisom. Stoga su, odlučio je Ustavni sud, niži sudovi općinske i županijske instancije - pozvavši se na to načelo - pogrešno primjenili mjerodavno materijalno pravo⁹⁶. Navedene su odluke Ustavnog suda u zamjetnoj suprotnosti sa stoljećima europske pravne tradicije⁹⁷, desetljećima jednodušnog mišljenja hrvatske pravne doktrine (*opinio communis doctorum*)⁹⁸, presudama Vrhovnog suda RH⁹⁹ te s procesnim načelom ekonomičnosti¹⁰⁰. Da je Ustavni sud imao pri formuliranju tih judikata u vidu sve opisane mogućnosti

⁹⁴ V. Knütel (n. 37) 768 sqq.; Rainer (n. 37) loc. cit.; Andrés Santos (n. 37) 347 sqq. u kojim je radovima pružena detaljna analiza pojedinih slučajeva primjene rimskih pravnih pravila u sudskoj praksi EU; cf. i Wacke (n. 6) 174 sqq., koji posebice naglašava ulogu latinskih pravnih izreka i u njima sadržanih pravnih načela u procesu europeizacije privatnog prava; općenito o rimskoj pravnoj tradiciji kao «zajedničkom nazivniku» europskih (privatno)pravnih sustava u kontekstu stvaranja jedinstvenog europskog građanskog zakonodavstva v. npr. Sturm, *Droit romain et identité européenne*, in: *Droit romain et identité européenne*, RIDA. Supplément au tome XLI (1994), 147 sqq.; Knütel, *Römisches Recht und Europa*, in: *Droit romain et identité européenne*, op. cit., 185 sqq.; Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001.

⁹⁵ V. Zimmermann, *Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, in: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmermann (Hg.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, 2006, 1 sqq.

⁹⁶ U-III-2714/2004 od 2. svibnja 2006.; U-III-632/2006 od 28. lipnja 2006.; o navednom rimskom pravnom pravilu v. supra n. 20.

⁹⁷ V. npr. Jakobs, *Petitorium et possessorium in eodem libello intendere*. D. 5, 1.37 und C. 3, 32, 13 in der *Lectura* de Odofredus bei Azo und in der *glossa ordinaria*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (115) 1998 323 sqq.; cf. i Wacke, *Besitzschutz und Selbsthilfeverbot im deutschen und italienischen Recht - Grenzen des Kumulationsverbots von possessorium und petitorium*, in: Mansel et al (eds), *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, Bd. 2, 1605 sqq.

⁹⁸ V. npr. Gavella (n. 20) 136, n. 410, s uputama na stariju literaturu; Vedriš/Klarić (n. 2) 216; Triva/Dika (n. 15) 809 sq.

⁹⁹ V. npr. Rev-638 od 6. listopada 1982; Gzz-30/1999-2 od 2. rujna 1999.

¹⁰⁰ V. npr. Gavella (n. 20), loc. cit.

primjene ZNPP-a, možda ne bi u navedenom slučaju donio takve odluke koje zasigurno ne pridonose europeizaciji hrvatskog pravnog sustava, već bi pozivanje na rimsko pravno pravilo *petitorium absorbet possessorium* shvatio kao savim logičnu popunu jedne pravne praznine u tom sustavu. No to je tema za jednu drugu iscrpnu raspravu.