

PIGNUS REI IMMOBILIS KAO FIDUCIJARNI POSAO? SHVAĆANJA O NARAVI ZALOGA NEKRETNINA U TRIPARTITU

Doc. dr. sc. Tomislav Karlović*

UDK: 347.723(497.5:439)(091)
34(37)

Izvorni znanstveni rad
Primljeno: listopad 2013.

U radu se obrađuje pitanje definicija i porabe rimskih pravnih pojmova u istraživanju srednjovjekovnih pravnih instituta, konkretnije ispituje se usporedba fiducije (cum creditore) rimskog prava i zaloga nekretnina prava Tripartita. Polazi se od spora u znanosti rimskog prava o pravnoj naravi i učincima fiducije te tezama o fiduciji kao kupoprodaji s pravom iskupa. U drugom dijelu rada obrađuje se razvoj pojma i tumačenja zaloga nekretnina od početne definicije dane u Tripartitu pa do komentara prve polovice 20. stoljeća u kojima je iznesena usporedba fiducije i pignus rei immobilis. Analiza pokazuje utjecaj recipiranog rimskog prava na promjene u pravnoj literaturi ugarsko-hrvatskog prava tijekom 18. i 19. stoljeća, na prilagodbe u sistematizaciji privatnog prava i na pokušaje redefiniranja instituta. Upravo su pokušaji utvrđenja pojma pignus rei immobilis, u vezi s nejedinstvenim stavom u romanistici o formi i pravnoj naravi fiducije rimskog prava, omogućili donošenje sudova o mogućoj sličnosti dvaju instituta. Rad u tom aspektu upućuje na važnost definicija pravnih instituta rimskog prava u pravno-povijesnim istraživanjima, mogućnosti, ali i zamke koje one skrivaju.

Ključne riječi: fiducia, pignus rei immobilis, Tripartitum, ugarsko-hrvatsko privatno pravo, poredbena pravna povijest

* Dr. sc. Tomislav Karlović, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

I. UVOD

Uz istraživanja u području poredbene pravne povijesti u užem smislu, koja po svojoj definiciji već podrazumijevaju analizu različitih pravnih poredaka, njihovih određenih elemenata ili pak pravnih instituta, razdvojenih geografski ili kronološki¹, i u ostalim pravnopovijesnim istraživanjima često je moguće susresti usporedbe određenog instituta s povezanim ili sličnim institutima koji su šire poznati ili na određen način bliži kontekstu u kojem je analiza provedena. Svrhe povezivanja variraju od argumentacije *per analogiam*, analize mogućeg povijesnog kontinuiteta pa do samo pojašnjenja i približavanja materije ciljanoj publici. U slučaju obrade srednjovjekovnog privatnog prava referentna matrica najčešće je rimsko pravo iz više razloga. To su terminologija, koja velikim dijelom potječe iz rimskog prava i naslanja se na nj, uvijek prisutno pitanje utjecaja i dosega recepcije rimskog prava te činjenica da su o navedenom razdoblju razvoja prava, posebno tijekom 19. stoljeća, dijelom upravo pisali romanisti. Međutim, neovisno o tome tko bi provodio istraživanja i upućivao na usporedbe, kod povlačenja paralela bitno je pružiti što cjelovitiju sliku o obama elementima usporedbe (ili više njih) jer je često zbog sporova u pravnoj znanosti teško uzeti određenu definiciju kao konačnu. Dodatno, protekom vremena, novim otkrićima i radovima može doći do promjene prevladavajuće koncepcije pa konačni zaključci više neće imati istu snagu te biti jednako (samo)razumljivi.

Povod ovome radu je komentar koji smo susreli u udžbeniku prava Tripartita, tog temeljnog izvora ugarsko-hrvatskog privatnog prava², poznatog profe-

¹ Vidi npr. o problematici komparativne pravne povijesti s uputom na bogatu raniju literaturu: Hamza, G., *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991.; Schrage, E.; Heutger, V., *Legal history and comparative law*, u: Smits, J. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham – Northampton, 2006., str. 393 i sl.; Musson, A.; Stebbings, C. (eds.), *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, Cambridge, 2012.

² *Tripartitum* ili punim imenom *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inelyti Regni Hungariae* iz 1514. godine temeljna je poluslužbena zbirka običajnog prava koju je sastavio István Werbőczy (oko 1465. – 1541.) koja je vrijedila u Ugarskoj, Hrvatskoj i Slavoniji do uvođenja Općeg građanskog zakonika 1853. godine. Zbirka je napisana na latinskom jeziku te tiskana 1517., dok je hrvatski (kajkavski) prijevod pripremio Ivanuš Pergošić 1574. godine. U pripremi rada korištena su sljedeća izdanja teksta na latinskom jeziku i prijevodi: Werbőczy, I., *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inelyti Regni Hungariae*, Wien, 1564.; Kadlec, K., *Stefana Verbecija Tripartitum*, Beograd, 1909.; Verboczy, I.; Pergošić, I., *Decretum 1574.: hrvatski kajkavski editio princeps*, Čakovec, 2003.; Werbőczy, S., *The Customary Law of the Renowned*

sora zagrebačkog Pravnog fakulteta Mihajla Lanovića iz 1929. godine, a u vezi s analizom zaloga nekretnina (*pignus rei immobilis*) i prikaza suprotstavljenih mišljenja ranijih autora o njegovoj pravnoj prirodi.³ On je, naime, Kelemenovo mišljenje prema kojemu se *pignus rei immobilis* sastojao od kupoprodaje *dominium utile* na određeno vrijeme⁴ okarakterizirao riječima: “potonjima je, dakle, zalog nepokretne stvari sličan prodaji na vjeru (*fiducia cum creditore*) staroga rimskog prava”.⁵ Ove riječi Breitenfeld je u svojem radu iz 1936. uzeo kao temelj za tvrdnju da su neki raniji pisci u institutu prepoznali fiduciju rimskog prava⁶, dok je Dabinović obrađujući unose za hipoteku naveo da se o njoj razli-

Kingdom of Hungary: A Work in Three Parts (The “Tripartitum”), 1517., edited and translated by János M. Bak, Péter Banyó and Marty Rady with an introductory study by László Péter, Budapest, 2005. Više o Tripartitu vidi u uvodnoj studiji posljednjeg navedenog djela te, među ostalim, sljedećim studijama i udžbenicima: Kadlec, K., *Verboeczyovo tripartitum a soukrome pravo uherske i chorvatske šlechty v nem obsažene*, Praha, 1902.; Lanović, M., *Stjepan pl. Verböcz, veliki učitelj staroga našega prava*, Zagreb, 1943.; Hamza, G., *Das “Tripartitum” von István Werböczy als Rechtsquelle: ein Beitrag zur Rechtsquellenlehre in der europäischen Rechtsgeschichte*, Ungarn-Jahrbuch, vol. 24, 1998./1999., str. 19 i sl.; Rady, M. (ed.), *Custom and Law in Central Europe*, Cambridge, 2003.; Čepulo, D., *Hrvatska pravna povijest u europskom kontekstu*, Zagreb, 2012., str. 96 – 98.

- ³ Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb, 1929., str. 268 – 272. Više o Mihajlu Lanoviću (1882. – 1968.), poznatom pravniku koji je nakon sudske i upravne službe predavao više predmeta, među njima i Privatno pravo Tripartita, na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, vidi u spomenici: Pavić, Ž. (ur.), *Pravni fakultet u Zagrebu*, Zagreb, 1996. (u knj. II, sv. 1, članci: Čepulo, D., *Povijest i pravo: opća povijest, povijest staleža i pravna izobrazba na Kraljevskoj akademiji u Zagrebu (1776-1850)*, str. 97 – 99; Engelsfeld, N., *Povijest katedre hrvatske pravne povijesti*, str. 307 – 308 te u knj. III, sv. 2, odjeljak posvećen Lanoviću koji obuhvaća Nekrolog H. Sirotkovića i Bibliografiju radova prof. dr. M. Lanovića, str. 266 – 269).
- ⁴ Za navedeni stav vidi Kelemen, I., *Institutiones juris privati hungarici*, Lib. II, vol. II, Pest, 1814., str. 1079 (§ 622.). Više o Imri (Emeriku) Kelemenu (1744. – 1819.), poznatom mađarskom profesoru prava kraja 18. i početka 19. stoljeća, čije su *Institutiones juris privati hungarici* dugo vremena bile glavni udžbenik mađarske pravne povijesti i prava Tripartita, vidi *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950*, Bd. 3 (Lfg. 13), Wien, 1963., str. 285.
- ⁵ Lanović, *op. cit.* u bilj. 3, str. 269. Usporedi i Kelemen, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1079 (§ 622.).
- ⁶ Breitenfeld tako uvodno o zalogu nekretnina kaže: “Pravna narav zaloga na nekretninama po našem je pravu među pravnicima sporna. Jednima je to čista založno-pravna pogodba, dok je drugima ona privremena kupoprodaja s priuzdržajem prava nazadkupa u času dospjeća duga.”, no bez navoda konkretnih autora i djela. Međutim, kako u sljedećoj rečenici, govoreći o pravu uživanja predmeta zaloga upućuje na Lanovića, čije djelo je, uz navode iz arhivske građe, temelj Breitenfeldovih razmatranja, može se zaključiti da je Breitenfeld pri tome mislio upravo na Lanovića.

laze pisci, a po navođenju teze o “privremenoj kupoprodaji uz uvjet povratne kupoprodaje nakon podmirenja duga” zaključio: “Slično je bilo naime prilikom prodaje na vjeru (fiducia cum creditore)”.⁷ Isto objašnjenje slijedio je nešto kasnije (1959.) i Šamšalović, pojašnjavajući konstataciju: “Pri tumačenju te definicije (Tripartit I,81, op. a.) slažu se, jamačno na osnovu praktičnog života, svi ugarsko-hrvatski pravni pisci XVII. i XVIII. stoljeća u tom smislu, da zalaganje nije ništa drugo, nego kupoprodaja sklopljena s pravom otkupa...”, sljedećim riječima: “Ti su dakle založni ugovori vrlo naličili na rimski pactum fiduciae, ugovor, koji je služio da dade realnu sigurnost vjerovniku time, što mu je bila prenesena vlasnost neke stvari do naplate duga.”⁸

U kasnijim radovima više nismo uočili usporedbu postavke o zalogu nekretnina u Tripartitu kao privremenoj kupoprodaji s fiducijom⁹, međutim i ovaj

Pri tome valja istaknuti da je u sljedećem paragrafu Breitenfeld i izričito spomenuo fiduciju navodeći: “Imade listina, koje doista govore u prilog teorije nekih pisaca našeg prava, da je zalog na nekretninama u nas jednak staroj rimskoj fiducia cum creditore. No to ipak ne možemo zato uzeti kao opće pravilo. Jedna ovakova na oko tipična fiducijarna listina je ona izdana godine 1279. u Zadru.” Iako autor ne prihvaća postavku o istovjetnosti ili sličnosti fiducije i zaloga nekretnina, prema citiranim dijelovima teksta očito je i na njega imala utjecaj Lanovićeva opservacija o mogućoj vezi. Usporedi Breitenfeld, F., *Pravni poslovi nekretninama u 12. i 13. vijeku*, Vjesnik Arheološkog muzeja u Zagrebu, vol. 17, br. 1, 1936., str. 142.

⁷ Ista tvrdnja susreće se i u djelu koje je izdao Klub slušača prava u Zagrebu 1940. pod naslovom *Tripartit, Izvadak po nacrtu Prof. Dra. A. Dabinovića* (Zagreb, 1940., str. 57), i u autoriziranom udžbeniku, Dabinović, A., *Hrvatska državna i pravna povijest*, Zagreb, 1940., str. 387. Više o Antunu Dabinoviću (1882. – 1964.), profesoru hrvatske pravne povijesti na Pravnom fakultetu u Zagrebu, vidi Engelsfeld, *op. cit.* u bilj. 3, str. 308 - 310, te odjeljak spomenice *Pravni fakultet u Zagrebu (op. cit. u bilj. 3)* koji se odnosi na A. Dabinovića u knj. IV, sv. 2, str. 171 – 183.

⁸ Pri tome valja istaknuti da Šamšalović kao izvor za obradu rimske fiducije navodi G. Puchtu (*Institutionen*, Leipzig, 1866., Zweiter Band, str. 615 – 618), dok kod ostalih autora nema nikakvih naznaka literature ni izvora. Usporedi Šamšalović, M., *O zalažanju nekretnina u banskoj Hrvatskoj XVII stoljeća*, Zbornik Historijskog instituta Jugoslavenske akademije, vol. 2, 1959., str. 132.

⁹ Margetić navodi Kelemenovu postavku o privremenom prijenosu vlasništva te je izlaže kritici, no ne navodi usporedbu s fiducijom koju su iznijeli raniji autori (Margetić, L., *Srednjovjekovno hrvatsko pravo – stvarna prava*, Rijeka, 1983., str. 148), dok Beuc prenosi tvrdnju da se prema Tripartitu “zalog na nekretnini sklapao se kao privremena kupoprodaja koristivnog vlasništva založene nekretnine uz uvjet da se ono vrati prodavaocu čim ispuni vjerovnikovu tražbinu.” (Beuc, I., *Povijest država i prava na području SFRJ*, Čakovec, 1988., str. 258). Zdravčević pak navodi fragmente iz Paulovih Sentencija o fiduciji prilikom usporedbe zaloga nekretnina prema Tripartitu, Iločkom statutu i Statutu Gradeca s rimskim pravom, na temelju čega

niz smatramo dovoljno važnim u smislu potrebe razjašnjenja osnova i opravdanosti predloženih interpretacija. Prvo pitanje koje se nameće pri tome odnosi se na potencijalni izvor i temelje Lanovićeve tvrdnje. Je li riječ o izvornom zaključku ili preuzetom stavu? U okvirima provedenih istraživanja nismo pronašli raniju sličnu tvrdnju te smo stoga skloni ocijeniti da je riječ o izvornom opažanju, međutim, pri tome se postavlja pitanje koliko je ono opravdano. Kako bismo pokušali dati odgovor na to pitanje, potrebno je prvo ispitati problem pravne naravi fiducije, odnosno prihvaćenosti ideje o fiduciji kao privremenoj, uvjetovanoj kupoprodaji. Ovo će pitanje, s obzirom na logiku stvari, i prvo biti obrađeno, dok će nakon toga više pozornosti biti posvećeno utvrđenju pojma i pravne naravi *pignoris rei immobilis* s obzirom na dileme koje su izložene u literaturi. Uz odgovor o razlozima i valjanosti tvrdnje o sličnosti instituta, cilj je rada upozoriti i na važnost određenja pravnih instituta rimskog prava u povijesnopравnim istraživanjima, mogućnosti, ali i zamke koje ona skrivaju.

II. FIDUCIJA RIMSKOG PRAVA KAO KUPOPRODAJA S PRAVOM OTKUPA?

U poglavlju o založnom pravu Tripartita Lanović je uvodno kratko izložio oblike realnog osiguranja tražbina po rimskom pravu navodeći prvo fiduciju *cum creditore*, pod hrvatskim nazivom kao “t.zv. prodaju na vjeru”.¹⁰ Opisao ju je kao “prijenos vlasništva izvjesne stvari na vjerovnika uz uglavak da ga ovaj natrag prenese na dužnika, kad njegovo dugovanje bude podmireno.” Ta, u određenoj mjeri pojednostavnjena, definicija u osnovi odgovara objašnjenjima instituta u (suvremenim) udžbenicima rimskog prava u kojima je *fiducia*, odnosno *fiducia cum creditore* kao njezin praktično važniji i bolje evidentiran oblik, najčešće definirana kao prijenos vlasništva u formama *mancipatio* ili *in iure cessio* izvršen u svrhu osiguranja uz koji se ugovarao poseban fiducijarni uglavak kojim se vjerovnik (fiducijar) obvezivao vratiti stvar dužniku (fiducijantu) nakon

bi se na prvi pogled mogao izvući zaključak o njihovu povezivanju u smislu ranijih autora, no iz daljnjeg teksta te izostanka upute na autore koji su prethodno pisali o toj problematici smatramo da se može razaznati da nije riječ o nastavljanju iste ideje. Vidi Zdravčević, A., *Oko založnog prava po Iločkom statutu iz 1525. godine*, Pravni vjesnik, vol. 14, 1998., str. 109.

¹⁰ Lanović, *op. cit.* u bilj. 3, str. 268.

plaćanja duga.^{11,12} Time se u sažetom obliku odražava stav o formi i pravnoj prirodi fiducije koji predstavlja vladajuće shvaćanje u romanistici posljednjih stotinjak godina, a čija je bit u formalnoj razdvojenosti formalističkih formi prijenosa vlasništva i fiducijarnog uglavka, *pactum fiduciae*, pri čemu je samo potonji bio temelj pravne zaštite u obliku *actio fiduciae*.¹³ Međutim, problem koji se naočigled javlja jest odnos naziva koji koristi Lanović, koji je zatim prihvaćen u radovima navedenima u uvodu (Breitenfeld, Dabinović, Šamšalović), i pojedinih aspekata navedene romanističke definicije instituta. Naime, romanistički autori prema čijim je djelima ona formirana u pravilu fiduciju ne shvaćaju kao kupoprodaju, već polaze od mancipacije kao formalističkog apstraktnog pravnog posla. Fiduciju u najranije razdoblje rimske pravne povijesti, prije i oko donošenja Zakonika XII ploča, tj. doba u kojem je mancipacija imala narav realne kupoprodaje i kojem bi više pristajala teza o fiduciji kao uvjetovanoj prodaji, nasuprot tome, uglavnom smještaju zastupnici protivnog

¹¹ Vidi npr. Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948., str. 292 (i sva naknadna izdanja udžbenika samo autora Horvat, M.); Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, Bd. I, München, 1971., str. 460 (i sva izdanja udžbenika autora Kaser, M., *Römisches Privatrecht*, zasebno i obrađena po Knütel, R.); Thomas, J. A. C., *Textbook of Roman Law*, Oxford, 1976., str. 329; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990., str. 552 i sl.; Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006., str. 448 i sl.; Apathy, P.; Klingenberg, G.; Pennitz, M., *Einführung in das römische Recht*, Wien, 2007., str. 120; Kranjc, J., *Rimsko pravo*, Ljubljana, 2008., str. 592; Harke, J. D., *Römisches Recht*, München, 2008., str. 260 i sl.; Pichonnaz, P., *Les fondaments romains du droit privé*, Genève, 2008., str. 402., kao i udžbenike navedene u bilješci 13.

¹² Nadalje će se uglavnom govoriti o *mancipatio* jer je ona središnji dio većine razmatranja, a i izvori jedino pružaju materijal za moguće rekonstrukcije *mancipatio fiduciaria*.

¹³ Postavka je zastupljena kod sljedećih autora: Degenkolb, H., *Bemerkungen zu dem Pactum Fiduciae*, Hermes, br. 3, 1869., str. 290 i sl.; Ihering, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, t. II, Leipzig, 1869., str. 546 i sl.; Bechmann, A., *Der Kauf nach gemeinem Recht, I: Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876., str. 289 i sl.; Jacquelin, R., *De la fiducie*, Paris, 1891., str. 86 i sl.; Salkowski, C., *Institutionen: Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1902., str. 300 i sl.; Girard, P. F.; Senn, F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929., str. 552; Longo, C., *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano, 1933., str. 55; Erbe, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940., str. 9 i sl.; Magdelain, A., *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958., str. 101 i sl.; Frezza, P., *Le garanzie delle obbligazioni II: Le garanzie reali*, Padova, 1963., str. 9; Jolowicz, H. F.; Nicholas, B., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1972, str. 298 i sl.; Jörs, P.; Kunkel, W.; Wenger, L., *Römisches Recht*, Berlin, 1978., str. 94; Noordraven, B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999., str. 138 i sl.

stava koji je bio vladajući tijekom 19. stoljeća.¹⁴ Prema njemu izvor fiducijarne obveze bio je sadržan u samoj mancipaciji, tj. formulama koje su se izgovarale kod mancipacije ili *in iure cessio* pridodavane su određene riječi u obliku *nuncupatio* koje su upućivale na to da nije riječ o uobičajenom prijenosu vlasništva, već o fiducijarnom, dok bi tek daljnje sastojke posla stranke dogovarale u okviru *pactum fiduciae* (odgovornost stranaka, način prodaje itd.). Shodno tomu, i moguća hipoteza o fiduciji kao uvjetovanoj kupoprodaji na prvi bi pogled bila bliža potonjoj teoriji koja shvaća fiduciju kao uvjetovani prijenos vlasništva mancipacijom. Međutim, pregledom literature može se razabrati da ni jednoj ni drugoj grupi autora nije bio zajednički stav koji bi upućivao na fiduciju kao “t.zv. prodaju na vjeru”, već je riječ o shvaćanju pojedinih rijetkih autora koje ćemo ispitati u nastavku.

Među romanistima 19. stoljeća u tom se smislu ističe Voigt koji je ustvrdio da *fiducia* predstavlja “Verkauf nebst Eigenthumsübertragung mit Vorbehalt des Rückkaufsrechtes”.¹⁵ Naime, u kontekstu izlaska fiducije iz prakse Voigt je izrazio shvaćanje da je formalnu kupoprodaju u obliku fiducije nakon prve

¹⁴ Ova postavka korijene ima u prvim radovima o fiduciji nastalima tijekom 18. st. i početka 19. st. (Puffendorf, S., *De Iure Naturae et Gentium*, Bd. V, Frankfurt/Main, 1716., str. 729 i sl.; Conradi, F. C., *De pacto fiduciae*, u: *Scripta minora*, Bd. I, Lausanne, 1823., str. 179 i sl.), dok su njezini zastupnici bili na primjer i poznati pandektisti Dernburg (Dernburg, H., *Das Pfandrecht*, Bd. I, Leipzig, 1860., str. 9 i sl.), Huschke (Huschke, D., *Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex praedictura*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, vol. 14, 1848., str. 231 i sl.) i Karlowa (Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. I, Leipzig, 1885., str. 789 i sl.), no kako su o pitanju svoj stav iznijeli skoro svi autori koji su pisali udžbenike pandektnog i rimskog prava, za puni popis autora do pred kraj 19. st. upućujemo na Oertmann, P., *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890., str. 87 i sl. Među kasnije autore koji zastupaju navedenu teoriju mogu se svrstati Oertmann (Oertmann, *op. cit.*, str. 93 i sl.), Manigk (Manigk, A., *Fiducia*, u: Wissowa, G.; Kroll, W. (ur.), *Paulys Real-Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, VI, 2, Stuttgart, 1909., str. 2291 i sl.), Pernice (Pernice, A., *Labeo*, 3, Halle, 1892., str. 122 i sl.), Grosso (Grosso, G., *Sulla fiducia a scopo di “manumissio”*, RISG, 4, 1929., str. 254 i sl. (= *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001., str. 189 i sl.)); Monier (Monier, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, II, Paris, 1948., str. 121 i sl.); Burdese (Burdese, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949., str. 9); Biscardi (Biscardi, A., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976., str. 43); Bove (Bove, L., *Documenti di operazioni finanziarie dall’archivio dei Sulpici*, Napoli, 1984., str. 89) i Dunand (Dunand, J.-P., *Le transfert fiduciaire: “donner pour reprendre”*. *Mancipio dare ut remanipetur*, Bâle-Genève-Munich, 2000., str. 93 i sl.).

¹⁵ Usporedi Voigt, M., *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, Leipzig, 1858., str. 939.

polovice 4. stoljeća, zbog gubitka svrsishodnosti i nestanka mancipacije i *in iure cessio* iz prakse, zamijenila funkcionalno istovjetna neformalna kupoprodaja *iuris gentium* s uglavkom o nazadkupnji te “mit solenner Tradition”.¹⁶ Autor je stav o fiduciji kao uvjetovanoj kupoprodaji dalje izgradio u svojoj poznatoj monografiji o Zakoniku XII ploča.¹⁷ Na samom početku izlaganja instituta njegovo objašnjenje u skladu je s objašnjenjima ostalih zastupnika tada vladajuće teorije o nunkupativno modificiranoj mancipaciji. Međutim, kod izlaganja naravi obveze povrata fiducijarno prenesene stvari detaljnijim objašnjenjem položaja stranaka i ulogom kreditirane svote kao cijene autor je jasno iznio postavku o kupoprodaji kao temelju fiducije.

Voigt je svakako iznimka u širini i jasnoći postavljanja hipoteze s obzirom na to da se ona kod drugih autora nazire tek u tragovima.¹⁸ Tako je kod Unterholznera asocijacija na kupoprodaju dana tek u fusnoti u vezi s odgovornosti za slučajnu propast stvari¹⁹, dok je Rein samo ustvrdio da je institutu vrlo

¹⁶ Voigt se tu poziva na konstituciju Aleksandra Severa C. 4.54.2 u kojoj je uređena prodaja s nazadkupnjom zemljišta. *Ibid.*, str. 940.

¹⁷ Iako nije dao sažetu definiciju kao u *Ius naturale*, Voigt je vlastita razmišljanja o pravnoj prirodi instituta ovdje iznio puno šire. Funkcionalno izjednačavanje s kupoprodajom pri tome je vidljivo kroz nazivlje, a posebno to možemo izvesti iz tvrdnje: “das pretium mancipationis, wie remancipationis vereinigt in sich die doppelte Funktion, juristisch als pretium venditionis, ökonomisch als res credita zu dienen: das von dem Darleiher gewährte Darlehn wird nicht in der Form der nexi datio gegeben, sondern als Kaufpreis für die mancipirte fiducia.” Vidi Voigt, M., *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883., str. 182.

¹⁸ U tom smislu ćemo navesti Büchela i Huga, no za koje su argumenti svrstavanja vrlo slabi. Napominjemo da je za Büchela bilo nedostupno djelo *Dissertatio de fiducia, pignore et hypotheca: commentatio prima de fiducia* (Marburg, 1828.) na koje se referira Oertmann u svojoj kritici ove hipoteze, no u njegovu kasnijem djelu *Ueber die Natur des Pfandrechts* (Marburg, 1833., str. 4) u uvodnom dijelu u kojem pojašnjava fiduciju nema ni spomena bilo kakve kupoprodaje, što bi bilo logično ako je riječ o jednoj od osnova stava. Hugo (Hugo, G., *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, bis auf Justinian*, vol. 1, Aufl. VII, Berlin, 1832., str. 232) je svrstan u zagovornike hipoteze o kupnji samo na temelju izraza “ein wiederkäufliches Veräußern, als beim des Verpfändens (*fiducia*)”, što se može ocijeniti kao nedostatan argument za svrstavanje među pobornike stava. Glede ostalih autora koji su navedeni u kontekstu odgovornosti fiducijara za slučajnu propast stvari (von Bassewitz, Rudorff), što bi bilo posljedica koncepcije prodaje s nazadkupnjom, pri čemu predmet fiducije ima funkciju predmeta kupnje, analizom njihovih djela nismo našli elemente koji bi uputili na zaključak da su fiduciju smatrali kupoprodajom. Usporedi Oertmann, *op. cit.* u bilj. 14, str. 179 – 180.

¹⁹ Odgovarajući dio rečenice koja se odnosi na pravilo da stvar propada na štetu fiducijara uz utručne tražbine glasi: “aus dem Gesichtspunkte eines Kaufgeldes zu be-

slična srednjovjekovna kupoprodaja s nazadkupnjom.²⁰ S obzirom na otkriće Gajevih Institucija početkom 19. st. te objašnjenje mancipacije kao izvorno realne kupoprodaje, a kasnije *imaginaria venditio*, možemo čak reći da je broj autora koji bi doveli u vezu fiduciju i kupnju vrlo ograničen. Međutim, i pri tome valja istaknuti da su navedeni autori gledali na fiduciju i u njezinu razvijenom obliku kao jedan oblik uvjetovane kupoprodaje, što je bilo teško uskladiti s postojećim izvorima. Stoga je stav bio izložen žestokoj kritici (posebno Dernburga i Oertmanna²¹) te zabačen, odnosno dobar dio autora koji su fiduciju prikazivali u okvirima širih djela o sustavu rimskog (privatnog) prava ovu postavku ni ne spominju, već se zadržavaju na uobičajenom prikazu osnovnih značajki instituta.

Nakon kasnije Oertmannove kritike razvijenu fiduciju izjednačio je s kupnjom još samo, koliko nam je poznato iz monografija i članaka o temi, američki autor Wigmore.²² U njegovu komparativnom istraživanju realnog osiguranja tražbina, odnosno “the pledge-idea” objavljenom krajem 19. stoljeća, autor je ustvrdio da “skoro svi pravni sustavi” imaju kao jedan od oblika osiguranja i kupoprodaju s nazadkupnjom. U rimskom pravu to bi bila *fiducia cum creditore*.²³ Pri navedenoj tvrdnji koja se provlači kroz cijeli dio teksta koji se odnosi na fiduciju autoru je glavni oslonac bila sličnost s *mortgage* engleskog prava, uz poredbu i s ostalim pravima (npr. grčko, japansko, švedsko), no detaljnijih objašnjenja o

trachten ist, was er natürlich, nachdem der Rückkauf unmöglich geworden, nicht wieder erhält.” Usporedi Unterholzner, K. A. D., *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung*, 2. Bd., Leipzig, 1840., str. 852, bilj. i).

²⁰ Rein, W., *Das römische Privatrecht und der Civilprozess bis in das erste Jahrhundert der Kaiserherrschaft*, Leipzig, 1858., str. 351.

²¹ Usporedi Dernburg, *op. cit.* u bilj. 14, str. 12; Oertmann, *op. cit.* u bilj. 14, str. 179 – 180.

²² U dvama radovima odvojenima 50 godina, prvome 1897. – 1898. i drugome 1941. – 1942., Wigmore je sasvim jasno i nedvosmisleno iznio shvaćanje da je *fiducia cum creditore* zapravo Sale-for-Repurchase. Pri tome u prvom se radu u prvom redu koncentrirao upravo na komparativnu prisutnost kupoprodaje s nazadkupnjom koja bi tako bila uobičajena i u rimskom pravu, dok je u centru analize kasnijeg rada interpolacionistička teorija o zamjeni fiducije hipotekom u Justinijanovoj kodifikaciji, no pri čemu nije propustio upozoriti na nužnost postojanja Sale-for-Repurchase koju je predstavljala fiducija. Usporedi Wigmore, J. H., *The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas, III*, Harvard Law Review, vol. XI, 1897. – 1898., str. 18 i sl.; *idem*, *The Pledge-Mortgage Idea in Roman law: A Revolutionary Interpretation*, Illinois Legal Review, vol. 36, 1941. – 1942., str. 371 i sl.

²³ “The Sale-for-Repurchase form is represented in Roman law by the *fiducia*.” Usporedi Wigmore, *The pledge-idea, op. cit.* u bilj. 22, str. 31.

rimskom pravu *per se* u tom pravcu nema.²⁴ Općenito se može zaključiti da je Wigmoreova argumentacija primarno utemeljena na globalnoj primjeni bipartitnog modela oblika založnog prava, u kojem jedan oblik čini “pledge-mortgage idea” s dvjema podvarijantama koje odgovaraju rimskima *pignus datum* i *pignus obligatum* (hipoteka), a drugi oblik čini kupoprodaja s nazadkupnjom. Model je dosljedno proveden i na primjeru rimskog prava, iako bez detaljnije elaboracije o konkretnoj supsumpciji fiducije pod pojam uvjetne prodaje.²⁵

U radovima o fiduciji koji su nastali tijekom 20. stoljeća, prilikom čega je problem uvjetovane kupoprodaje dosta često i preskočen te ostavljen bez komentara, tako reći stavljen *ad acta*, forma kupnje s pravom na iskup primarno je promatrana u aspektu povijesnog razvoja i izvornog oblika fiducije.²⁶ Arangio-Ruiz tako se izričito izjasnio da je prvotno fiducija bila strukturirana na način da je zajamska svota bila kupovna kod *mancipatio*.²⁷ Nešto je skeptičniji, navodeći mogućnost za takav razvoj, Kaser. Prema raščlambi u monografiji “Eigentum und Besitz” moglo bi se reći da je njegov stav o postojanju ovog stupnja u razvoju fiducije bio načelno negativan jer ga smatra malo vjerojatnim.²⁸ Međutim, prema izričaju u njegovu temeljnom djelu “Das römische Privatrecht” (Bd. I), smatramo da je Kaser ipak bio bliži stavu da je fiducija izvorno bila koncipirana kao realna mancipativna kupoprodaja.²⁹ Imao je određene rezerve (npr. pitanje jamstva za evikciju) te je upozoravao na

²⁴ Iznimno bi se moglo uputiti na izlaganje o obvezi povrata viška koja ne bi postojala kod fiducije prije kraja klasičnog doba, a koja bi odgovarala naravi prodaje, no ni tu nema izričitog navoda o vezi. *Ibid.*, str. 32, bilj. 2.

²⁵ *Ibid.*, str. 31 – 32.

²⁶ Pri tome valja istaknuti da ne postoji bliska veza glede stava o porijeklu fiducije s postavkama o formi fiducije s obzirom na divergentna razmišljanja autora unutar prije navedenih skupina. Naime, dok su pripadnici prve teorije složni u pogledu postojanja fiducije u doba Zakonika XII ploča u istoj formi u kojoj je zabilježena i kasnije, te je tijekom 19. stoljeća jedan dio autora češće zaokupljen postavkom o izvornom obliku fiducije u prodaji uz uglavak o nazadkupnji, oni većim dijelom nisu ulazili u njezinu pretpovijest, kao ni autori druge skupine koji međusobno ne dijele ni isto mišljenje o starosti fiducije. Manjak podataka i činjenica da je riječ o polju čistih pretpostavaka koje su tek rubno relevantne za kasnije uređenje instituta ostavile su pitanje mogućeg porijekla fiducije dobrim dijelom izvan opsega analiza.

²⁷ Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14a ed., Napoli, 1960., str. 308.

²⁸ Pri tome Kaser također upućuje na Rabela koji se nedvosmisleno negativno izjasnio o stavu da bi fiducija bila kupoprodaja s uglavkom o nazadkupnji (Rabel, E., *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* [dalje u tekstu: SZ], vol. 41, 1907., str. 351). Vidi Kaser, M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln – Graz, 1956., str. 161.

²⁹ Kaser, *op. cit.* u bilj. 11, str. 136.

dogmatsku razliku prodaje s nazadkupnjom i koncepta “reine Sachhaftung”³⁰ kao osnove založnog prava čiji je bio čvrsti pristaša³¹, no sagledavanjem evolucije njegova stava o tom pitanju smatramo da mu je s vremenom postao sve skloniji. To je očito i Busse iščitao iz njegova opisa mogućeg porijekla fiducije u “Barkauf mit Rückkaufvorbehalt”, izvevši zaključak da je takav razvoj bio “höchst Wahrscheinlich”.³²

Prema našem shvaćanju, razlika između anticipativne predaje stvari koja služi namirenju u slučaju izostalog vraćanja duga (teorija o “reine Sachhaftung”) i kupoprodaje s nazadkupnjom što kao pitanje doktrine ističe Kaser, sastoji se praktički samo u tome je li zajam odvojen od predaje stvari ili nije. Kako je pak pitanje vremena nastanka rimskog zajma sporno, a i za stipulaciju nije sasvim sigurno da je služila samostalnom zasnivanju obveze u doba Zakonika XII ploča, možemo se svakako upitati je li shvaćanje o tome da je bila riječ o dvama odvojenim poslovima točno za taj period. Također, uzimajući u obzir mijene koje je fiducija doživjela kroz stoljeća razvoja, npr. pretpostavljeni prijelaz s namirenja konačnim stjecanjem vlasništva (Verfallpfand) na redovito namirenje prodajom predmeta osigurana (Verkaufpfand) u klasičnom pravu, mogućnost rane transformacije instituta vezana uz promjenu naravi mancipacije ne može se odbaciti *a limine*. Naime, kao što je već ukazano u Wigmoreovim komparativnim istraživanjima koja i kritički promotrena daju dovoljnu podlogu za argumentaciju, kupoprodaja s mogućnošću otkupa ili nazadkupnje bila bi pravno najjednostavniji način ostvarenja svrhe osiguranja zajma u najranijem razdoblju. Prodajom određene stvari, čije se porabe u određenom trenutku može odreći, prodavatelj dobiva traženi novac, odnosno univerzalno sredstvo plaćanja, a kupac dobiva stvar koja odgovara vrijednosti novca, uz pravo prodavatelja da stvar iskupi u dogovorenom roku. U početnom stadiju razvoja, uz koje se i veže ova forma kao rudimentarni oblik realnog osiguranja, takav bi pravni posao bila realna,

³⁰ Odgovornost samom stvari su kao temeljni stadij u razvoju realnog osiguranja uzeli ranije i Manigk i Erbe, međutim oba su zabacila postavku o realnoj mancipaciji kao osnovi fiducije: Manigk polazeći od odijeljenosti kreditnog posla i fiducije, a Erbe je samo spominjući kao nedokazivu pretpostavku o porijeklu fiducije. Usporedi Manigk, *op. cit.* u bilj. 14, str. 2290; Erbe, *op. cit.* u bilj. 13, str. 9, 37 – 38.

³¹ Vidi više Kaser, M., *Studien zum romischen Pfandrecht*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 44, 1976., str. 235 (= *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982., str. 3); *idem*, *Studien zum römischen Pfandrecht II, Actio pignoratitia und actio fiducia*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 47, 1979., str. 330 (= *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982., str. 110).

³² Busse, K., *Der Wiederkauf in der Rechtsliteratur des 12. – 18. Jahrhunderts*, München, 1965., str. 20.

mancipativna kupoprodaja.³³ Sukladno navedenom shvaćanju, zajmodavac, koji je istodobno bio i kupac, davao bi bakar, dok bi zajmoprimac, prodavatelj, predavao *res Mancipi* odgovarajuće vrijednosti. Nakon što bi zajmoprimac skupio količinu potrebnu za povrat u predviđenom roku, on bi kupovao istu stvar natrag, vjerojatno po višoj cijeni koja bi služila kao kamata. Također, ako je bila riječ o robu ili životinji, oni bi bili predani kupcu te bi njihovim korištenjem bile plaćane kamate. Zemlja bi nasuprot ostajala u posjedu dužnika do dospijea tražbine. Na sličan bi način kod neksuma dužnik koji nije imao vrijednije imovine koju bi mogao predati mancipacijom davao sebe pod vlast vjerovnika, koju bi ovaj realizirao tek u slučaju neplaćanja, dok bi povrat duga bio izvršen kao i kod remancipacije, tj. nazadkupnje, putem *gesta per aes et libram*.³⁴ Tek naknadnim prelaskom mancipacije u apstraktnu formu prijenosa vlasništva, kao i razvojem samostalnih formi zasnivanja zajma, došlo bi do razdvajanja dvaju poslova: glavnog kojim je došlo do zasnivanja obveze na povrat zajamske svote te sporednog u obliku posla osiguranja, u ovom slučaju fiducije.

U skladu s navedenim bilo bi dopušteno pretpostaviti mogućnost da je u početnom stadiju razvoja rimskog stvarnog prava fiducijarni prijenos vlasništva bio vezan za realnu mancipaciju kao kupoprodaju, pri čemu bi *fides* obvezivala mancipatara da dopusti iskup stvari od strane mancipanta. S gubitkom navedene svrhe mancipacije fiducija bi se svakako odvojila u samostalni pravni posao, odnosno ona je svakako već i prije pretklasičnog perioda postala samostalna osnova formalističkog prijenosa vlasništva učinjenog *fiduciae causa*. U klasičnom pravu, na koje se odnosi većina izvora, fiducija više nije imala nikakve veze s kupoprodajom te je stoga i razumljiva kritika stava koji je i u razvijenoj fiduciji vidio kupnju izvršenu u svrhu osiguranja. Što je pak od navedenih stavova možebitno doprlo do Lanovića pri formiranju njegova zaključka o fiduciji kao prodaji na vjeru, spomenutog u uvodu, teško je procijeniti zbog izostanka odgovarajućih fusnota i upute na literaturu rimskog prava u njegovu djelu.³⁵ U sljedećem su poglavlju stoga analizirani izvori i literatura o zalogu

³³ U skladu s Gajevim objašnjenjem porijekla mancipacije, Gai. Inst. I,119.

³⁴ Više o neksumu s uputom na daljnju literaturu vidi: Puhan, I., *Istorija starog rimskog neksuma*, Godišnik na pravno-ekonomski ot fakultet vo Skopje 1954, 1955., str. 139 i sl.; Stanojević, O., *Zajam i kamata, istorijska i usporednopravna studija*, Beograd, 1966., str. 47 i sl.; Kaser, *op. cit.* u bilj. 11, str. 165 i sl.; Behrends, O., *Das Nexum im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehns*, Revue internationale des droits de l'antiquité, vol. 21, 1974., str. 137 i sl.; Guarino, A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001., str. 768 i sl.

³⁵ Također i u literaturi korištenoj u drugim njegovim djelima, kao i udžbenicima tog doba koji su korišteni na Pravnom fakultetu u Zagrebu, nismo mogli naći podlogu

nekretnina u srednjovjekovnom ugarsko-hrvatskom pravu radi ocjene opravdanosti mogućih usporedbi s fiducijom *cum creditore*.

III. ZALOG NEKRETNINA U TRIPARTITU

Prilikom objašnjenja materije založnog prava Tripartita Lanović je uvodno ustvrdio da fiducija nije bila poznata srednjovjekovnom ugarsko-hrvatskom pravu, što je i u skladu s općim izostankom recepcije fiducije u srednjem vijeku zbog brisanja i zamjene pojma *pignus* (i/ili hipotekom – *pignus vel hypotheca*) u tekstovima preuzetima u Justinijanovu kodifikaciju.³⁶ Međutim, on se nije libio povezati taj institut koji je još bio predmet kontroverzija u romanistici s predmetom svojega izlaganja. Naime, dalje u tekstu Lanović je objašnjavajući *pignus rei immobilis*, tj. založno pravo na nekretninama, iznio dva shvaćanja njegove pravne prirode – jedno prema kojem su založno pravo na pokretninama i na nekretninama samo dva oblika istog prava³⁷ te drugo, prema kojem se *pignus rei immobilis* sastojao u kupoprodaji *dominium utile* na određeno vrijeme – te pri tome usporedio formu zastupljenu u potonjem shvaćanju s fiducijom rimskog prava. Tom originalnom usporedbom autor je naznačio šire pitanje određenja, odnosno odnosa normativnog i funkcionalnog elementa u realnom osiguranju tražbina u literaturi o ugarsko-hrvatskom privatnom pravu.

Temelj problema na koji upućuje Lanović jest činjenica da Werbőczy u prikazu stvarnog prava i prava vlasništva nije izvršio podjelu na *dominium directum* i *dominium utile*.³⁸ Iako je u određenim dijelovima pratio tradiciju rimskog prava³⁹, u ovom području Werbőczy je niz varijacija stvarnopravnih ovlaštenja s obzirom na objekte i razine posjedovanja opisao držeći se postojećeg feudalnog prava bez uvođenja teorijske razlike dviju vrsta vlasništva. Nasuprot tome, ka-

za Lanovićevu tvrdnju. Vidi npr. Baron, I., *Institucije rimskoga prava*, Zagreb, 1925., str. 175 i sl. Vidi šire o literaturi rimskog prava tog doba vezano uz nastavu Apostolova Maršavelski, M., *Rimsko i pandektno pravo na Pravnom fakultetu u Zagrebu*, u: Horvat, M. et al., *Hrestomatija rimskog prava*, Zagreb, 1998., str. 359 i sl.

³⁶ Usporedi npr. Noordraven, *op. cit.* u bilj. 13, str. 17 i sl. te djela navedena u bilj. 13 i 14.

³⁷ Lanović, *op. cit.* u bilj. 3, str. 269.

³⁸ Više o ovoj podjeli i njezinoj pojavi u praksi na slavonskom području vidi rad M. Apostolove Maršavelski "D^{ominium utile} u tekstovima Ivana arhiđakona Goričkog (1334. god.)" objavljen u ovom broju Zbornika.

³⁹ Tako npr. vidi za institucijski sistem, iako ni on nije dosljedno proveden, više Lanović, *op. cit.* u bilj. 2, str. 86 i sl., te Hamza, G., *Die römischrechtliche Tradition und die Privatrechtsentwicklung in Ungarn*, Revista Chilena de Historia del Derecho, br. 22, 2010., str. 217.

sniji autori su pokušali sistematizirati stvarno pravo Tripartita upravo u skladu s tom podjelom zbog čega je i došlo do divergencije u tumačenjima pravne naravi *pignus rei immobilis*.

Počevši od samog Tripartita kao polazne točke, ne ulazeći ovom prilikom u praksu koja je razvijana prije i nakon njegova sastavljanja s obzirom na uvodno izložene ciljeve rada, *sedes materiae* založnog prava čine tituli 80. do 83. prve knjige (I,80-83). U njima je Werbőczy izložio opća pravila založnog prava na nekretninama (*impignoratio iurium possessionarium*) krenuvši od samog pojma.⁴⁰ Pri tome, i prije same definicije, Werbőczy je iznio vrlo negativan stav prema založnom pravu, primarno zbog jedne od njegovih bitnih značajki u ugarsko-hrvatskom srednjovjekovnom pravu: ugovaranja antihreze kojom se zaobilazila kršćanska zabrana uzimanja kamata.⁴¹ Ograđujući se od zalaganja već u prvom titulu (I,80), iz religijskih razloga jer je prema razvijenoj praksi ono “vrijedno osude i protivno spasu duše” pa o njemu nije poželjno ni pisati (*nedum possidere aut gubernare damnabile salutique contrarium verum etiam aliquid de illis scribere formidabile videatur*), istodobno je izrazio njegovo prihvaćanje kao nužnog i sastavnog dijela pravnog poretka, što opravdava činjenicom da ga priznaju *leges imperiales atque civiles*, čime se upućuje i na rimsko pravo.^{42,43} Me-

⁴⁰ U tekstu Tripartita nije posebno razdvojeno i obrazloženo zalaganje pokretnina i nekretnina, već je samo uvodno u I,80 napomenuto da nakon izlaganja materije vlasništva (*proprietas*) i nasljedstva (*hereditas*) *iura possessionaria* treba objasniti i zalaganje, što znači da se tekst odnosi samo na zalog nekretnina. Objasnjenje *possessio* (u smislu i vlasništva – *dominium, usus, gubernatio*, i objekta prava) i *iura possessionaria* dano je u I,24:2-4, a odnosi se na nekretnine. Šire o pojmu *iura possessionaria* vidi Margetić, *op. cit.* u bilj. 9, str. 140 – 141; Apostolova Maršavelski, M., *Zagrebački Gradec – Iura possessionaria*, Čakovec, 1986., str. 63 i sl.

⁴¹ Na antihrezu Werbőczy upozorava u I,81 navodeći da je uzimanje plodova i odbijanje njihove vrijednosti od glavnice prihvatljivo, dok uzimanje plodova i istodobno traženje glavnice nije. O zabrani uzimanja kamata koja proizlazi iz kanonskog prava vidi npr. Funk, F. X. von, *Geschichte des kirchlichen Zinsverbotes*, Tübingen, 1876.; Tan, E. S., *An Empty Shell? Rethinking the Usury Laws in Medieval Europe*, *The Journal of Legal History*, vol. 23, br. 3, 2007., str. 177 i sl.

⁴² U Pergošićevu prijevodu odgovarajući dio I,80 glasi: “Mozibiti nie što bi listor protiv duši ili skvarjeno dugovanje bilo v zalog dana imienja ladati, da jošče je i pisati ružno i grišno od takovoga posla. Da zato što cesarovska i purgarska pravda to takovo založenje dopušča...” Uputa na rimsko pravo može se izvući iz Werbőczyeva navoda u Prologu, II:9, u kojemu je kao treće značenje pojma *ius civile* naveo rimsko pravo, koje se još naziva i *ius imperiale*. Usporedi Werbőczy, *The Customary Law*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 23, 159.

⁴³ Također, Werbőczy je u I,80 upozorio i na učestalu pojavu da vjerovnici odmah ne vraćaju stvar nakon plaćanja duga, već s time odugovlače, uz što valja istaknuti

đutim, kao što će biti vidljivo iz sljedećega, založno pravo u srednjovjekovnom ugarsko-hrvatskom pravu bitno se razlikovalo od hipoteke rimskog prava. Prema Werbőczyju, gledano sa strane zalagodavca, *impignoratio* je “privremeni prijenos vlastitog prava zbog stanja nužde drugoj osobi na porabu” (*est iuris proprii necessitate cogente temporalis ad utendum alteri concessio*).⁴⁴ Na odgovarajući način, za zalogoprimeca ono se sastoji od privremenog pridržaja prava s pravom ubiranja plodova do vraćanja glavnice (*iuris alieni cum fructuum perceptione & capitalis summae repetitione pernitiosa damnabilisque ad tempus detentio*). Premda se može primijetiti nepodudarnost glede obujma ovlaštenja (*uti – frui*) u ovim dvama određenjima pojma, što može biti i odraz kraćeg vremena pripreme teksta⁴⁵, iz obiju perspektiva ističe se element vremenske ograničenosti uživanja prava. Na taj je način autor diferencirao založno pravo od prava vlasništva, posebno s obzirom na nezastarijevanje prava na iskup založene stvari od strane zalagodavca i njegovih nasljednika, što je jedna od bitnih odrednica zaloga ugarsko-hrvatskog prava.⁴⁶ Dok prijenos vlasništva ima konačne učinke⁴⁷, *impignoratio* ima samo privremeni učinak, premda može obuhvatiti i više generacija.⁴⁸

Razdvojenost prava vlasništva i založnog prava posebno je izražena u petom i šestom paragrafu 82. titula u kojima Werbőczy izlaže mogućnost pro-

situacije u kojima su vjerovnici zadržavali isprave o davanju stvari u zalog i nakon što je dug plaćen, pa bi s time osporavali nakon nekoliko generacija da je tražbina prestala. Vidi šire I, 83, posebno I,83:10.

⁴⁴ Usporedi i autorski te Pergošićev prijevod u Margetić, L.; Apostolova Maršavelski, M., *Hrvatsko srednjovjekovno pravo: vrela s komentarom*, Zagreb, 1999., str. 263. Glede forme, postupka zasnivanja založnog prava na nekretninama, treba istaknuti da je njegov sastavni dio bila *fassio*, “svečana izjava volje pred vjerodostojnim mjestom.” (Lanović, *op. cit.* u bilj. 3, str. 276.). U slučaju kada je bilo izvršeno konačno otuđenje, riječ je o *fassio perennalis*, a kod zalaganja je riječ o *fassio pignoris titulo ili temporalis*. Vidi Trip. I,60 i sl.; šire Lanović, *op. cit.* u bilj. 3, str. 275 – 278.

⁴⁵ O pitanju perioda u kojem je sastavljen Tripartit opširnije Rady, M., *Stephen Werbőczy and his Tripartitum*, u: Werbőczy, *The Customary Law*, *op. cit.* u bilj. 2, str. xxxiii.

⁴⁶ Usporedi Margetić, *op. cit.* u bilj. 9, str. 148.

⁴⁷ Prijenos vlasništva ne može se osporavati osim u slučaju izostanka *admonitio* ili *prae-monitio*, što je bila obavijest o prodaji ili zalaganju stvari koju je trebalo učiniti djeci i rođacima na koje bi stvar trebala prijeći nasljedstvom (aviticitetska dobra) ako ne bi bila prodana ili založena kako bi je oni mogli otkupiti, o čemu detaljnije u I,60. Također vidi Homoki-Nagy, M., *Das Pfand als Vertragssicherung und als selbständiger Vertragstyp*, u: Máthé, G.; Mezey, B. (Hrsg.), *Ungarische Rechtsgeschichte. Einige Abschnitte aus einem Lehrbuch der ungarischen Staats- und Rechtsgeschichte*, Halle – Budapest, 2006., str. 15 – 18.

⁴⁸ Pri tome se ističe izostanak zastare glede dužnika (I,82:1-2). Usporedi Apostolova Maršavelski, *op. cit.* u bilj. 40, str. 183.

mjene pravne osnove držanja (*tenere*) stvari od strane zalagoprimeca, odnosno nemogućnost istodobnog posjedovanja stvari na temelju dviju različitih pravnih osnova. Naime, u okviru obrade zastare glede založnog prava, nakon što je prethodno utvrdio da založni vjerovnik može steći trajno vlasništvo na stvari na temelju sporazuma s dužnikom, čime prestaju sva prava dužnika i njegovih srodnika (I,82:5), Werböczy u I,82:6 navodi: “*nam duplici titulo, impignoratio videlicet et perennali simul nemo ius aliquod possessionarium tenere potest (sed postquam perpetuitatis titulo quis illud possidere coeperit mox virtus impignorationis cessabit & expirabit omnino)*.”⁴⁹ Iz toga je vidljivo da je riječ o dvjema različitim pravnim osnovama glede istog prava, čiji nositelj ne može biti ista osoba, a ne glede različitih vrsta prava.

Kod Kitonića, koji se prema mišljenju kasnijih pravnikâ, čija će djela u nastavku biti analizirana, može ocijeniti kao najznačajniji rani komentator Tripartita⁵⁰, navedene odredbe nisu izazvale posebnu pozornost ni dvojbe. U *Directio Methodica* 6,23,2 on tek spominje *pignus* određujući ga riječima “*quod traditur Creditori, in securitatem rei creditae, donec, quod debetur, sit exolutum. Et hujus usus redundat in Creditorem, & quidem adeo magnus, ut etiam conscientiam non parum laedat.*”⁵¹ U *Centuria Certarum Contrarietatum et Dubietatum, ex Decreto Tripartito Desumptarum, et Resolutarum* pak spominje založno pravo u tezama XXVII., XXVIII. i XLIV., no u njima ne raspravlja o pojmu, već o posebnim

⁴⁹ I u Pergošićevu prijevodu sasvim se jasno razdvajaju dvije pravne osnove, pa tako odgovarajući dio teksta 82. titula glasi: “Jer ništor ne more nekoga imienja na jednokrat dvema zakonma i putma držati, poimene založenjem i vekvečine titulušem ili imenom. Da pokedobe što počne imienje vekvečine imenom ladati, lekmestu zalogu moč pogine, i vun se založno imienje spuni.”

⁵⁰ Ivan Kitonić Kostajnički (Johannes Kitonich de Koztanicza) (1561. – 1619.) jedan je od najistaknutijih autora ugarsko-hrvatskog prava čiji je priručnik postupovnog prava *Directio Methodica Processus Judiciarii Juris Consuetudinarii, Inclyti Ragni Hungariae* dugo bio u sudskoj primjeni te je korišten i u sveučilišnoj nastavi. Vidi šire Jureković, M., *Ivan Kitonić Kostajnički: bilješka o životu i djelu*, u: Kitonić Kostajnički, I., *Directio methodica processus iudiciarii juris consuetudinarii, Inclyti Regni Hungariae = Metodična uputa u sudbeni postupak po običajnom pravu slavnog Ugarskog Kraljevstva*, ur. Krapac, D., prijevod Jovanović, N., Zagreb, 2004., str. 661 i sl.

⁵¹ U *Directio Methodica* Kitonić posebno definira i hipoteku u 6,23,3, pri čemu jasno napominje da kod nje ne dolazi do prijenosa posjeda (*est nuda conventio, qua res tantum obligatur Creditori, cum translatione quidem juris in re in Hypothecarium, sed sine actuali traditione rei hypothecatae, et possessionis translatione: per quod differt a Pignore, stricte accepto.*). Usporedi Kitonich de Koztanicza, J., *Directio Methodica Processus Judiciarii Juris Consuetudinarii, Inclyti Ragni Hungariae*, u: *Corpus Iuris Hungarici*, t. 2, Tyrnaviae, 1751., str. 108.

pitanjima primjene, pri čemu su u XXVII. (uz I,60:2) glede obveze *admonitio* i *impignoratio* i *renditio* stavljeni na istu razinu kao i kod Verboczya.⁵² Glede definicije pojma ne uočava se veći odmak od samog Tripartita, no može se osjetiti jačanje utjecaja komentara rimskog prava u njihovu oblikovanju, što je postalo razvidnije u djelima iz 18. stoljeća.⁵³

IV. *PIGNUS REI IMMOBILIS* U PRAVNOJ LITERATURI OD 18. DO POČETKA 20. STOLJEĆA

U poznatom Szegedyjevom djelu *Tripartitum juris Hungarici Tyrocinium* može se uočiti da se autor u temeljnim pojmovima te načinu obrade materije više drži samog Tripartita te pod naslovom "*Ius pignoratum. Tit 80 & 81. Quod sit? & quot modis intelligatur?*" daje gotovo prepisana, odvojena za zaloga-davca i za zalogoprimca, određenja *impignoratio* iz Tripartita.⁵⁴ U nastavku su komentari nešto širi, u odgovarajućim dijelovima s pozivom na tekstove Justinijanove kodifikacije, kao na primjer u vezi prava na kamatu i njezine visine. Može se tek istaći, glede ranije spomenutog teksta Trip. I,82:6, da je autor potvrdio nemogućnost istodobnog posjedovanja stvari na temelju dviju pravnih osnova. Situaciju je dijelom usložnio uvodeći u odnos posjedovanje stvari *iure hereditario*, odnosno mogućnost njezina istodobnog stjecanja po objema pravnim osnovama *iure hereditario* (sin ima nasljedno pravo glede stvari koje pripadaju majci, a dane su ocu u залог), iako se navedeno čini ponajprije kao varijacija kojom je autor htio pokazati pravničko umijeće.⁵⁵

⁵² Kitionich de Koztanicza, J., *Centuria Certarum Contrarietatum et Dubietatum, ex Decreto Tripartito Desumptarum, et Resolutarum*, Posoni, 1700., str. 10.

⁵³ Općenito o utjecaju rimskog prava na razvoj ugarsko-hrvatskog privatnog prava u praksi i pravnoj doktrini vidi Zajtay, I., *Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois*, u: *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, vol. II, Milano, 1954., str. 183 i sl.; Bónis, M., *Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn*, u: *Ius Romanum Mediæ Aevi*, Milano, 1964.; Zlinszky, J., *Das Recht, erhalten und neu belebt durch römisches Recht*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 62, 1994., str. 65; Zlinszky, J., *Legal Studies and Works of János Baranyai Decsi*, Acta Ethnographica Hungarica, vol. 45, br. 3-4, 2000., str. 327 i sl.; Gönczi, K., *Die europäischen Fundamente der ungarischen Rechtskultur*, Frankfurt/Main, 2008., str. 17; Hamza, *op. cit.* u bilj. 39, str. 211 i sl.

⁵⁴ Szegedy, J., *Tripartitum juris Hungarici Tyrocinium*, Zagrabiae, 1762., str. 76. Glede važnosti ovoga djela Jánosa Szegedyja (1699. – 1760.) koje je prvi put tiskano 1734. vidi npr. Csizmadia, A., *Hungarian customary law before the bourgeois rebellion of 1848*, The Journal of Legal History, vol. 4, No. 2, 2007., str. 21; Hamza, *op. cit.* u bilj. 39, str. 220.

⁵⁵ Szegedy, *op. cit.* u bilj. 54, str. 73.

Do znatnije promjene u sistemu izlaganja dolazi kod Husztyja kod kojeg je rimsko pravo prisutno u većoj mjeri.⁵⁶ Analizom Husztyjeva komentara može se utvrditi da se upravo u njegovu djelu nalaze začeci problema određenja pravne naravi zalogu na nekretninama u ugarsko-hrvatskom pravu koji je naznačen u uvodu, a koji je Lanović povezoao izričito samo s Kelemenom, premda je moguće da se izraz “potonji” odnosi i na Husztyja, s obzirom na to da ga navodi u literaturi.⁵⁷ Naime, na dva mjesta u djelu *Juris prudentia practica seu Commentarius novus in Jus Hungaricum* Huszty je izravno povezoao hipoteku, odnosno založno pravo na nekretninama⁵⁸, i *dominium utile*. Prvo u naslovu posvećenom vlasništvu (II,2,2), kod objašnjenja razlike između *dominium plenum sive directum* i *dominium non plenum sive utile*, potonji je pojam definirao riječima “*quando penes unum est proprietas, qui Dominus proprietatis dicitur, penes alium vero usu fructus, quales sunt hypothecarii Possessores, Imae tt. 82.*”⁵⁹ U drugom slučaju, kod hipoteke (II,69,2), pri objašnjenju pojma *pignus seu hypotheca* u značenju založene stvari, Huszty navodi da je to “*Bonum illud, quod in, & pro certa summa pecuniaria, vel numerata, vel ab aliquam causam inscripta, alteri Jure redemptibili pure, in diem, vel sub conditione ea lege obligatum, venditum, & traditum est, ut usque*

⁵⁶ To je posebice razvidno u materiji založnog prava u kojoj su u zasebnim titulima obrađeni *pignus* i hipoteka, pri čemu je *pignus* izložen bliže shvaćanjima rimskog prava nego prava Tripartita. Usporedi Huszty, S., *Juris prudentia practica seu Commentarius novus in Jus Hungaricum*, Agria, 1794., str. 308 (u pripremi rada korišteno je i prvo dostupno izdanje iz 1745. izdano u Budimu). István (Stephanus) Huszty (1710. – 1772.) predavao je na sveučilištu u Nagyszombatu (današnje Sveučilište Eötvös Loránd), a njegova *Juris prudentia practica seu Commentarius novus in Jus Hungaricum* je prema Csizmadiji prvi mađarski udžbenik prava. Vidi Csizmadia, A., *op. cit.* u bilj. 54, str. 22.

⁵⁷ Usporedi Lanović, *op. cit.* u bilj. 3, str. 98. Također, u knjižnici Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu bilo mu je dostupno više izdanja Husztyjeva djela čiji je popis dostupan na <http://knjiznica.pravo.hr/cgi-bin/unilib.cgi?form=010000000199990&id=0970421028> (pristup 11. 10. 2013.).

⁵⁸ S obzirom na to da se u Tripartitu javlja samo pojam *pignus*, a Huszty u odgovarajućim dijelovima veže hipoteku i *dominium utile*, valja napomenuti da Huszty razlikuje dva pojma, uvodno utvrdivši kod *pignusa* u lib. II, tit. 12 da “*pignus cum hypotheca in Jure saepe confunditur, ut videre licet ex combinatione Tituli 81., 82. Part. Imae..., & 1723. 47.; diversa tamen sunt*” (str. 42). Uz to utvrđuje da se *pignus* odnosi samo na pokretnine jer se stvar predaje vjerovniku, a hipoteka i na pokretnine i na nekretnine jer nastaje samim sporazumom stranaka. Također, kod hipoteke se prenosi korištenje stvari (*usus rei transfertur*), kod *pignusa* se stvar predaje u osiguranje (*in securitatem debiti traditur*). Uvidom u tit. 69 pod naslovom *De Hypothecis, seu Pignoribus*, jasno je da založno pravo na nekretninama iz Trip. I,80-83 Huszty obrađuje pod nazivom hipoteka. Vidi Huszty, *op. cit.* u bilj. 56, str. 42, 306 – 307.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 6.

*depositionem investitae summae dominium utile alter habeat...*⁶⁰ Može se zaključiti da je za autora ključan element kod *dominium utile* korištenje stvari, pa se stoga i ovlaštenja založnog vjerovnika, jer je korištenje stvari, kako to već ističe Werbőczy, ključno ovlaštenje zalagodavca – mogu podvesti pod pojam koristovnog vlasništva. Dodatni elementi koji su pridonijeli opisanom shvaćanju jesu Husztyjevo obuhvaćanje *fassio*⁶¹ pojmom kupnje te sagledavanje zalaganja istodobno kao jednog oblika prodaje stvari, *emptio tituli pignoris*.⁶² Prvo shvaćanje vidljivo je u cijelom tekstu, dok glede potonjega možemo uputiti na naslov o kupoprodaji pod kojim se s obzirom na učinke kao posebna vrsta navodi *emptio venditio hypothecaria* (II,16,27)⁶³, dok se u vezi s mogućim predmetima založnog prava u II,69,11 ističe da “hipoteka, odnosno pignus u smislu ovog titula, nije ništa drugo, no kupoprodaja stvari s pravom otkupa”.⁶⁴ O navedenom svjedoči i izmiješana terminologija u smislu da se u titulu o hipoteci mjestimice koriste izrazi kupac i prodavatelj za založnog vjerovnika i dužnika.

Uzimajući u obzir takav način prikaza založnog prava u ugarsko-hrvatskom pravu, ne iznenađuje Kelemenova raščlamba instituta iz 1814. godine koja je postala predmet kasnije rasprave. Ona se dapače čini logičnom dogradnjom i daljnjom sistematizacijom Husztyjevih shvaćanja.⁶⁵ Međutim, kratko prije Kelemena, sličnu razradu materije na tragu Husztyja dao je i Kővy u *Elementa Jurisprudentiae Hungaricae*⁶⁶, no ne s jednakim odjekom. U naslovu *De pignore* (II,22), nakon kratkog uvoda o pojmovima pignusa i hipoteke, Kővy je de-

⁶⁰ *Ibid.*, str. 303.

⁶¹ Vidi bilj. 44.

⁶² Vidi npr. II,69,13; Huszty, *op. cit.* u bilj. 56, str. 301.

⁶³ *Ibid.*, str. 62.

⁶⁴ *Ibid.*, str. 310.

⁶⁵ Glede ostalih autora čija djela Kelemen navodi u uvodu prvog dijela svojih *Institutiones* (*op. cit.* u bilj. 4) kao osnovne izvore za povijesni pregled razvoja ugarskog prava (str. 3, § 5.) te najvažnije komentare za poduku (str. 158 – 159, § 132.), uvidom u dostupna djela uočili smo da u njima nisu izneseni zaključci slični Kelemenovima. Posebno možemo istaknuti Fleischhackera i Georcha koji daju opsežne preglede cjelokupne građe te upućuju na Husztyja kao jedan od izvora, no od kojih nijedan u materijalnom smislu nije usvojio Husztyjeve ranije iznesene stavove o *pignusu* na način kao što je to učinio Kelemen. Vidi Fleischhacker, J., *Institutiones Juris Hungarici*, Posonii, II, 1795., str. 280 i dalje (§ 627. i dalje, posebno vidi § 637. u kojem autor naglašava da vlasništvo ostaje založnom dužniku); Georch, E., *Jus Patrium*, Posonii, 1808., str. 47 (§ 545.), 50 (§ 548.), 62 (§ 560.).

⁶⁶ Tako je već u uvodu druge knjige *dominium utile* odredio kao pravo korištenja (“*solus usus fructus vero utile Dominium dicitur*”). Vidi Kővy, A., *Elementa Jurisprudentiae Hungaricae*, Cassoviae, 1804., str. 146.

finirao *pignus iure hungarico* riječima “*sumitur pro emtione, et venditione bonorum immobilium temporanea, ut impletis conditionibus in statu quo restituantur*”.⁶⁷ Prema tome, zalog nekretnina je i prema ovom autoru vrsta kupoprodaje, dok nešto dalje Kővy utvrđuje da založni vjerovnik ima *dominium utile*, “*ergo lucrum bonis acrescens illi fructificat*”.⁶⁸ U samom tekstu Kővy je više pozornosti posvetio konkretnim problemima i postupku tako da je izostala šira razrada doktrine, no možemo uočiti preuzimanje Husztyjeve terminologije.⁶⁹

Kelemen je posvetio veću pozornost upravo sistematizaciji privatnog prava zbog čega je njegovo djelo i steklo veliku važnost. On je založno pravo obradio u okviru naslova o kupoprodaji, razlikujući *emptio venditio vulgaris*, tj. prodaju pokretnina, zatim *fassio perennalis*, tj. prodaju nekretnina u trajno vlasništvo, te naposljetku *pignora*, tj. založno pravo, što opravdava time da je jedan oblik pignusa zapravo vrsta kupoprodaje.⁷⁰ Pri tome je *pignus securitatis, seu rei mobilis* obradio odvojeno od *pignus rei immobilis*. U kraćem prikazu založnog prava na pokretninama (*pignus rei mobilis*), koji je izložio primarno kao ugovor, ustvrdio je da dužnik ostaje vlasnik stvari, dok vjerovnik ima isključivo pravo namirenja prodajom, bez prava ubiranja plodova.⁷¹ Za razliku od toga, kod zaloga nekretnina, nazvanog *pignus rei immobilis* – što je pojam koji nismo uočili kod Husztyja ni drugih ranijih pisaca – Kelemen uvodno navodi da se on sastoji od privremenog prijenosa koristovnog vlasništva (*consistere illud in dominio utili pro aliquo tempore in alium translato*).⁷² Ugovorni oblik ovog zaloga autor objašnjava na sljedeći način: “*Est autem pignus hoc Conventionale: emptio venditio, qua dominium utile fundi immobilis, jure solum temporali, in alium ita transfertur, ut conditionibus, si quae adnexae sunt, impletis aut rescissis, idem in specie, et statu quo, restituitur*.”⁷³ Prema tome, zalog nekretnina samo je oblik privremene kupoprodaje koristovnog vlasništva. Štoviše, u daljnjem tijeku teksta Kelemen je dosljedno razložio ovlaštenja vjerovnika upravo kao nositelja *dominium utile*.

Premda nastao na temelju Kelemenovih Institucija, Jungov prikaz ugarskog privatnog prava na njemačkom jeziku iz 1818. godine obuhvatio je drukčije

⁶⁷ *Ibid.*, str. 334.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 336.

⁶⁹ *Ibid.*, str. 322.

⁷⁰ Usporedi Kelemen, E., *op. cit.* u bilj. 4, str. 1058 (§ 613.), 1064 (§ 616.), 1076 i sl. (§ 620.).

⁷¹ *Ibid.*, str. 1078 (§ 621.).

⁷² *Ibid.*, str. 1080 (§ 622.).

⁷³ *Ibid.*

shvaćanje zaloga nekretnina.⁷⁴ Općenito, slijed poglavlja isti je kao kod Kelemenov – prvo općenito o *emptio venditio* koja se odnosila i na pokretnine, zatim *de fassionibus* i nakon toga *de pignoribus* – kao i shvaćanje fasije kao ugovora.⁷⁵ U sadržajnom smislu, međutim, poglavlje o založnom pravu otkriva određena odstupanja. Ta se odstupanja ne odnose na zalog pokretnina koji je i dalje obrađivan po principima rimskog prava, premda je autor i na ovom mjestu iznio neke proturječne tvrdnje⁷⁶, već na poglavlje *de pignore rei immobilis*, odnosno na dio teksta koji obrađuje ugovorni zalog nekretnina.⁷⁷ Uvodno je pri tome Jung naveo da su *pignora conventionalia* stvari koje “gegen Empfang einer Geld-Summe an der Gläubiger mit der Bedingung freywillig übergeben werden, dass er sie bis zur Rückzahlung des Darlehens benützen könne.”⁷⁸ U nastavku je naglasio da založni dužnik ostaje vlasnik stvari, što je razložio i u § 1050.⁷⁹, dok vjerovnik stječe samo pravo uživanja (Nutzniessung). Posljednje je dvostruko istaknuo, upozorivši da je riječ samo o korištenju, za razliku od “Feudal- und Emphyteus-Verträge”, što možemo uzeti i kao neizravnu kritiku shvaćanja o koristovnom vlasništvu založnog vjerovnika.⁸⁰

Sličan je stav u vezi s *pignus rei immobilis* izrazio i Frank.⁸¹ On određuje

⁷⁴ Autor u naslovu navodi da su temelj njegova djela Kelemenove Institucije, uz uzimanje u obzir i djela drugih poznatih pisaca toga doba. Vidi Jung, J. von, *Darstellung des Ungarischen Privat-Rechtes. Nach dem in seiner Art als classisch allgemein anerkannten Werke: Institutiones Juris privati Hungarici des Herrn Emerich von Kelemen, k. Rathes und k. Professors an der Universität zu Pest. Mit Berücksichtigung der gleichfalls hochgeschätzten Werke der Herren P. T. Elias von Georch, von Kóvy, von Fleischaker u.s.w.*, II. Bd., Wien, 1818.

⁷⁵ *Ibid.*, str. 292 – 293 (§§ 1006. – 1007.)

⁷⁶ Autor tako ponajprije govori o predaji stvari u posjed (Gewahrsam), da bi zatim ustvrdio da je vjerovnik dužan vratiti pravo vlasništva koje mu je preneseno radi osiguranja. Naposljetku, međutim, ističe da dužnik ostaje vlasnik stvari te stoga on isključivo odgovara za slučajnu propast stvari. *Ibid.*, str. 313 – 315 (§ 1037.).

⁷⁷ *Ibid.*, str. 317 – 320 (§ 1045. – 1049.).

⁷⁸ *Ibid.*, str. 318 – 319 (§ 1048.).

⁷⁹ Pri tome možemo istaknuti vrlo precizno objašnjenje značenja odredbe I,82:5-6 Tripartita o nemogućnosti posjedovanja stvari na temelju dviju pravnih osnova, pri čemu je naglasak stavljen na različita sredstva zaštite ovisno o tome koriste li se ona prije ili poslije izvršene prodaje stvari založnom vjerovniku. *Ibid.*, str. 321 – 323 (§ 1050.).

⁸⁰ *Ibid.*, str. 320 – 321 (§ 1049. d)).

⁸¹ Ignác Frank (1781. – 1850.) bio je istaknuti pravni povjesničar i profesor prava čija se *Principia Iuris Civilis Hungarici* smatraju vrhuncem razvoja privatnog prava feudalnog razdoblja u Mađarskoj (Csizmadia, *op. cit.* u bilj. 54, str. 25). U vezi s Frankovim djelom možemo spomenuti da uz komentare koje ističe u dijelu o izvorima civilnog prava – Husztyjev, Kelemenov, Fleischhackerov, Kóvyjev, Georchov – u Markovicsevu je udžbeniku, kao i u radovima dijela navedenih autora, zastupljena

založno pravo bez spominjanja vlasništva, pri čemu odskače od prethodnika jer nije razdvojio dva oblika zalogu s obzirom na predmete.⁸² *Pignus* je tako prema Franku “*jus temporarium debitoris fundum possidendi, et usum fructum ejus capiendi.*”⁸³ Definicija po sebi ne otkriva puno, no u bilješci uz nju je izašla na površinu kritika shvaćanja prema kojem je kod pignusa riječ o privremenoj kupoprodaji posjedovnog prava. Naglašavajući “*vulgo habetur*” te “*haec emptio venditio admodum improprie dicitur*”, Frank je nadalje u bilješci sasvim nedvosmisleno ustvrdio da založni vjerovnik ne stječe nikakva vlasnička prava (“*nullam partem proprietatis acquirit*”), pozvavši se pri tome izravno na Trip. I,82:3-5.⁸⁴

Kod kasnijih autora na koje se Lanović oslanja, a čija smo djela istražili⁸⁵,

definicija *pignus rei immobilis* (konkretno kod *conventionale*) kao “*emptio venditio, qua dominium utile juris possessionarii pro certa pecuniae summa, jure solum temporali, in alterum ita transfertur: ut impletis vel rescissis conditionibus in statu quo restituatur.*” (Markovics, J. N., *Epitome institutionum juris Hungarici privati*, 3. ed., Buda, 1830., str. 203, § 305.; Frank je koristio izdanja iz 1819. i 1822., no navedena nisu bila dostupna za provjeru.). No, izgleda da to nije imalo presudan utjecaj na Franka. Vidi Frank, I., *Principia Iuris Civilis Hungarici*, T. I, Pest, 1829., str. 206 – 207 (§ 152.).

⁸² Premda se može primijetiti da upućuje na nekretnine riječju *fundus*. Glede sustava možemo dodati da je i Frank obradio zalog u okviru obveznog prava, nakon *fassio perennalis* i povezanih pitanja. *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*, str. 206.

⁸⁴ *Ibid.*, str. 207.

⁸⁵ U prvoj polovici 19. stoljeća dolazi do prijelaza u pravnoj literaturi u Ugarskoj s latinskog na mađarski jezik, pa smo s te strane ovom prilikom bili ograničeni u provjeri daljnjih komentara u mađarskoj literaturi. Što se tiče hrvatskih autora s kraja 19. i početka 20. stoljeća možemo se osvrnuti na Bresztyenskoga, autora kojeg Lanović ne navodi na svojem popisu, no čija su predavanja iz prava Tripartita objavljena 1889. vjerojatno bila poznata i Lanoviću (Bresztyensky, Š., *Hrvatsko ugarsko privatno pravo. Predavano po kr. javnom i red. prof. dr. Alexandru pl. Bresztijenszkom na Kr. Sveučilištu Franje Josipa I. u Zagrebu*, Zagreb, 1889.). U ovom vrlo pronicljivom komentaru ugarsko-hrvatskog privatnog prava ističe se jasna identifikacija razlika i sličnosti spram rimskog prava, kako glede instituta, tako i glede komentara prethodnih autora (npr. vidi kritiku Kelemenova popunjavanje praznina u ugarskom pravu prikazanom po institucijskom sustavu na temelju primjera iz rimskog prava, *op. cit.*, str. 104 – 105). Što se pak tiče odnosa vlasništva i založnog prava, kao i pojma potonjeg, Bresztyensky je iznio nešto drukčiji stav od svojih prethodnika, koji je u većoj mjeri utemeljen na povijesnopravnom uvidu u praksu, a ne toliko fokusiran na doktrinarnu preciznost. Kod vlasništva je tako ustvrdio da prema ugarsko-hrvatskom pravu nema vlasništva bez posjeda i uživanja stvari, prema čemu su i zakupnik i založni vjerovnik vlasnici, zbog čega se, autorovim riječima, “...i zove pravo založnog vjerovnika: *dominium temporaneum, cum jure temporaneo*, kojeg rim. i moderna prava ne poznadu” (*op. cit.*, str. 284). On ne uvodi *dominium utile*, već uzevši u obzir da nije bilo pravog prava vlasništva sukladno kriterijima rimskog prava

može se uočiti izostanak detaljnije obrade navedenog problema. Timon prikazuje povijesni razvoj založnog prava u Ugarskoj na tragu romanističkih kategorija zaloga bez posebnog osvrta na pitanje pravne naravi⁸⁶, dok u prijepisima Maurovićevih predavanja ni nema posebnog poglavlja o založnom pravu.⁸⁷ Jedino Kadlec posvećuje cijeli odjeljak tom pitanju definirajući zalog nekretnina te pri tome navodi da se zbog vanjske sličnosti zalaganja i prodaje nekretnina u praksi uobičajilo koristiti za *impignoratio* i nazive *venditio temporaria*, *venditio jure redemptibili facta* te *fassio temporalis*.⁸⁸ Međutim, ovdje je riječ o komentaru postojeće prakse, općenitoj konstataciji o nejasnoj liniji razdvajanja između prodaje i zaloga, a ne o autorovoj definiciji. U tome je Kadlecov komentar sličan Lanovićevu. Razlika je u tome da Kadlec identificira razloge nastanka dviju teorija u praktičnim uvjetima realizacije pravnih poslova govoreći samo

smatra da su različiti nositelji ovlaštenja bili vlasnici. U poglavlju o založnom pravu autor je također suprotstavio rimsko pravo i ugarsko-hrvatsko pravo, upozorivši na razlike u pravu prodaje i korištenja zaloga. Na odnos kupoprodaje i zaloga nije se posebno osvrtao, osim jedne rečenice ("Pošto je naše pravo svaki kupoprodajni ugovor smatralo zalogom njeke vrsti, to se je kod predavanja zaloga običao sklapati i neki ugovor." (str. 324)), koja je uvod u ugovor o založnom pravu. Je li ovdje riječ o pogrešci u prijepisu (zamjena mjesta kupoprodaje i zaloga) ili je to fragment shvaćanja o djelovanju imperfektne fasije, ne možemo reći s obzirom na izostanak čvrstih referencija, no iz samog poglavlja o založnom pravu može se utvrditi da Bresztyensky polazi od zaloga kao stvarnog prava, a ne vrste kupoprodaje.

⁸⁶ Vidi Timon, Á., *Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte mit Bezug auf die Rechtsentwicklung der westlichen Staaten*, Berlin, 1904., str. 401 i sl.

⁸⁷ Skripta nije cjelovit prikaz privatnog prava Tripartita, već sadržava samo prvi dio materije, tj. uvodno izlaganje o izvorima, osobno pravo te samo dio stvarnopravne materije, usredotočen na kraljevske donacije. Obrade založnog prava u tim izlaganjima nema, kao ni ugovora. Možemo istaknuti da se kod Maurovića susreće pojam koristovno vlasništvo u vezi *bona avitica*, no on se veže uz činjenicu ograničenosti pravima srodnika, a ne uz pravo korištenja kao kod ranije navedenih autora. Autor pri tome vrlo neodređeno navodi: "Neki pisci smatraju imaoća takovih dobara 'pravom roda ograničenim vlasnikom', a drugi ga zovu 'koristovnim vlasnikom', a neki opet 'posjednikom'." Vidi Maurović, M., *Privatno pravo Tripartita. Po predavanjima Milivoja Maurovića*, Zagreb, 1926. (ovo izdanje citira Lanović, dok je u pripremi našega rada korišteno i izdanje iz 1912.), str. 80.

⁸⁸ Autor je uz to upozorio na "netočne" termine *venditio titulo hypothecae* i *hypothecaria abalienatio* koji su po autoru rezultat miješanja pojmova *pignus* i *hypotheca* (str. 263). Na sličnost prijenosa vlasništva i osnivanja založnog prava Kadlec se osvrnuo na sličan način kod prikaza prava vlasništva upozoravajući na bliskost forme i terminologije (str. 181). Vidi Kadlec, K., *Verboeczyovo Tripartitum a soukrome pravo, op. cit.* u bilj. 2, str. 181, 263.

o neodređenoj praksi⁸⁹, dok je Lanović točno identificirao nositelje različitih shvaćanja. Također, u skladu s razlikom u pristupu materiji, Kadlec ne spominje *dominium utile*.

Zaključno s Kadlecovim i Lanovićevim radovima koji temi pristupaju s naglašenih pravno-povijesnih pozicija, kao posljednjim studijama u kojima je pravo razvijeno na bazi Tripartita cjelovito i zasebno obrađeno, možemo razlikovati tri etape u razvoju pravnog koncepta založnog prava nekretnina u pravnoj literaturi ugarsko-hrvatskog privatnog prava. Prvu etapu čini sam Tripartit i rana djela o njemu (npr. Kitonić, Szegedy) koja blisko prate strukturu i sadržaj te pravne zbirke, koncentrirajući se na razrješenje njegovih unutrašnjih suprotnosti i praktičnih problema. Založno pravo se pri tome, i unutar konteksta feudalnog uređenja bez jasnih razdjelnica poput onih u rimskom pravu te bez obzira na istovjetnu formu, jasno razlikuje od prava vlasništva. Nakon toga slijedi druga etapa s jačim utjecajem rimske pravne tradicije (*ius commune*) i pokušajem sistematizacije prava prema njegovim kategorijama. U toj etapi, od Husztyja nadalje, s izraženom Kelemenovom ulogom, dolazi od prilagodbe postojećeg prava pojmovima izgrađenima na temelju rimskoga prava. Pri tome dolazi do širenja pojma kupoprodaje i na založno pravo, što je bilo rješenje koje se duže zadržalo u literaturi⁹⁰, kao i do uvođenja *dominium utile* u definiciju založnog prava, što se nije uspjelo održati, ponajprije zato što nije imalo uporište u temeljnim izvorima. Konačno, tijekom 19. i početkom 20. stoljeća nastupila je faza kritičkog preispitivanja ranije izloženih shvaćanja te je izvršen svojevrstan povratak osnovama, tj. Tripartitu. Jasno su identificirana svojstva *pignoris rei immobilis* u odnosu prema vlasništvu i prema kupoprodaji, uz sazrijevanje svijesti o njihovim sličnostima i razlikama u povijesnom kontekstu. Tome je u kasnijoj fazi svakako pripomogla i jasnija identifikacija sadržaja rimskog prava s pravno-povijesnog gledišta kao adekvatne osnove za komparativno-pravne analize, bez potrebe da se definicije i instituti prilagođavaju i tumače u skladu s pozitivnim uređenjem.

V. ZAKLJUČAK

Provedena raščlamba Lanovićeve shvaćanja o sličnosti fiducije rimskog prava kao “prodaje na vjeru” s Kelemenovom postavkom o zalogu nekretnina

⁸⁹ Bónis je također naveo sličnost u praktičnom ostvarenju dvaju poslova kao ključni element u transformaciji založnog prava od rimskih osnova prema *fassio temporalis* (“So hat das römische Pfandrecht eine grundlegende Bearbeitung erlitten.”). Vidi Bónis, *op. cit.* u bilj. 53, str. 103.

⁹⁰ Vidi Homoky-Nagy, *op. cit.* u bilj. 47, str. 12.

(*pignus rei immobilis*) kao kupoprodaji *dominium utile* upućuje nas na sljedeće zaključke. Realizacija fiducije *cum creditore* kao kupoprodaje na vjeru u razvijenom rimskom pravu nije bila realistična, što potvrđuje i usamljenost mišljenja u tom smjeru. Glede odnosa definicije fiducije koju Lanović daje, koja odgovara uobičajenim shvaćanjima u udžbenicima, a ne izoliranim stavovima u literaturi, te naziva “prodaje na vjeru” smatramo da je kod potonjeg riječ o autorovu pokušaju da uvede odgovarajući hrvatski naziv instituta povezivanjem prijevoda riječi *fides* s povratnom transpozicijom zaključaka s *pignore rei immobilis* na fiduciju s obzirom na uočene sličnosti. Izravno povezivanje zaloga nekretnina i kupoprodaje te nastanak shvaćanja da je *pignus rei immobilis* kupoprodaja *dominium utile* Husztyjev je doprinos, dok je njegova shvaćanja samo dalje nadgradio i sistematizirao Kelemen. Nadalje, smatramo da je to rezultat općeg kretanja pravne znanosti tog doba u Mađarskoj pod širim utjecajem tradicije rimskog prava.⁹¹ Nepodudarnosti između instituta prema pravu Tripartita i u rimskopravnoj tradiciji te izostanak jasnijeg sustava prvoga pokušalo se riješiti redefiniranjem pojmova i njihovim svođenjem na općepoznate institute i svrstavanjem u poznati sistem. *Pignus* nekretnina prava Tripartita je, s obzirom na razlike spram rimskih pignusa i hipoteke, a prema posebnoj ulozi *fassio* koja je korištena i kod prijenosa vlasništva, podveden pod pojam kupoprodaje. S druge strane, pravo porabe založene stvari poslužilo je, *per analogiam*, kao osnova za uvođenje u definiciju *dominium utile*. Kroz rad je tako upozoreno na ulogu pojmova pripadnih tradiciji rimskog prava u razvoju i prikazu instituta srednjovjekovnog prava, pri čemu posebno treba istaknuti složenu pozadinu i fluidnost tih pojmova kao bitne elemente njihove primjene, izravno ili kao predmeta usporedbe.

⁹¹ Vidi Zlinszky, *Das Recht*, *op. cit.* u bilj. 53, str. 65; Hamza, *op. cit.* u bilj. 39, str. 220.

Summary

Tomislav Karlović *

PIGNUS REI IMMOBILIS AS SIMILAR TO FIDUCIA? LEGAL CONCEPTS OF REAL ESTATE LIEN IN TRIPARTITUM

The paramount role of Roman law and its terminology in the development and research of medieval law are elaborated on the example of pignus rei immobilis in the law of Tripartitum. The impetus to the paper came with the interpretation of pignus rei immobilis made in the Textbook of private law of Tripartitum by Lanović at the beginning of the 20th Century when he tried to elucidate one of the existing theories on the nature of pignus rei immobilis based on the similarity to Roman law fiducia, envisaged by Lanović as “sale on faith”. In the first part of the paper the theories about fiducia cum creditore as sale for repurchase are analysed. It is considered that fiducia could have been realized in its proto-form, when mancipatio was still a real sale, as sale for repurchase, but in later law it is not conceivable. In the following parts the author investigates the development of the definition of pignus on immoveables (real estate lien) in Hungarian-Croatian medieval law, the Law of Tripartitum, from the original text up until the early 20th Century, especially emphasizing the role of Huszty, prior attributed to Kelemen by Lanović, in the adjustments made to the definitions of pignus regarding the Roman law tradition and ius commune. The paper illustrates the importance of definitions in Roman law for comparative legal research and the possibilities and entrapments they hide.

Key words: fiducia, pignus rei immobilis, Tripartitum, Hungarian-Croatian private law, comparative legal history

* Tomislav Karlović, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb