

Mirza Hebib
asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Sarajevu

RAZVOJ POGREBNOG PRAVA U RIMSKOJ PRAVNOJ TRADICIJI¹

UDK: 255.6(091)
393:34(37)
DOI: 10.31141/zrpf.2020.57.137.851
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 15. III. 2020.

U rimskom pravu gotovo da i nemamo izvore koji pažnju posvećuju direktno tijelu umrle osobe. Tijelo kao takvo nije bilo zaštićeno. Pokojnik se *šitio*, prvenstveno, kroz zaštitu groba, koji je smatran stvari posvećenoj kultu pokojnika – *diis manibus relictæ*. Unatoč tome, detaljnija analiza pravnih izvora jasno afirmira tezu o postojanju pravila iz sfere pogrebnog prava, kojima je regulirano konstituiranje određenih ograničenih prava u vezi s tijelom umrle osobe, a usko povezanih s odlučivanjem o načinu obavljanja pogreba, kremacije, prijenosa tijela, izgradnji nadgrobnog spomenika i slično. Autor smatra kako se ostvarivanje ovih prava u prvom redu vrši po volji umrlog, a u slučaju kada je nije iskazao, na vršenje se pozivaju bračni drug i nužni nasljednici. Nasljednici se pozivaju onim redom kojim bi ih i po rimskom pravu pozivali na nasljedstvo, neovisno o tome jesu li išta iz imovine umrlog naslijedili.

Postojnost predstavljene koncepcije ispitana je i u okviru kanonskog prava, ali i europskog prava u doba kodificiranja privatnog prava tijekom 19. i na početku 20. stoljeća. Imajući u vidu da ne postoje jedinstveni stavovi o ovim pitanjima, autor posebnu pozornost posvećuje pravnoj kulturi Austrijskog građanskog zakonika, ostavljajući mogućnost da se pravne praznine riješe u duhu rimske pravne tradicije.

Ključne riječi: *rimsko pravo, res religiosæ, tijelo umrle osobe, nasljedno pravo, kanonsko pravo, Austrijski građanski zakonik*

1. UVOD

Postojanje normi prema kojima ljudsko tijelo ne može biti stvar u smislu privatnog prava predstavlja veliki napredak u razvoju ljudske civilizacije. Ovakvu koncepciju prihvatila je u povijesnom razvoju većina pravnih sustava i logična je posljedica prirodopravnih učenja o uređenim ljudskim pravima i ljudskom dostojanstvu.² U

¹ Ovaj rad nastao je kao proširena verzija saopćenja *The Right of Heirs on the Body of the Dead Person in Roman Legal Tradition* u okviru znanstvenog skupa „*Res publica & Res privata*“, održanom u Kragujevcu od 7. do 9. studenog 2019. godine u organizaciji Balkanske udruge za rimsko pravo i rimsku pravnu tradiciju *Societas pro Iure Romano*.

² Simmons, A. J., „Human Rights, Natural Rights and Human Dignity“, u: Cruft, R., Liao, S. M., Renzo, M. (ur.), *The Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, 2015., str. 138-145. O pitanju ljudskog dostojanstva u Europi vidi više komparativnu studiju: Becchi, P., Mathis, K. (ur.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer International Publishing, Berlin, 2019.

suvremenim pravnim sustavima ona su se formalizirala kroz pravni princip ljudskog dostojanstva koji u svom konceptu uključuje i dostojanstvo umrle osobe i njene obitelji.³ Ovakva učenja nastojala su ukazati na jednakost svih ljudi, negirajući institucionalne razlike iz feudalnog i robovlasničkog sustava jer promatranje tijela umrle osobe kao pravnog objekta i stvari u pravnom prometu upravo je bila posljedica promatranja formalno nejednakih ljudskih bića u uspostavljenom hijerarhijskom odnosu.

S druge strane, izuzimanje tijela iz pravnog prometa nikako ne treba razumjeti kao nemogućnost konstituiranja bilo kakvog prava u odnosu na tijelo umrle osobe ili kao zabranu donošenja odluke o raspolaganju vlastitim tijelom u slučaju smrti – odraz individualne i slobodno izražene volje – što je svakako kao mogućnost prisutno u suvremenim pravnim porecima.

Razmatranje ovih pitanja u kontekstu ideja o prirodnom pravu kao nadređenom pozitivnom pravu, povezanom s ljudskim dostojanstvom *post mortem*, svoje korijene vuče još iz antičkih vremena. U najstarija vremena bila su povezana s religijskim učenjima, a među ostalim, uočljive su kroz moralne dileme u procesu razlikovanja ljudskih i božanskih zakona antičke junakinje Antigone, u okviru Sofoklove istoimene tragedije.

Ovaj rad ispituje postojanje i opseg prava nasljednika u vezi s tijelom umrle osobe. Prvi dio rada posvećen je analizi rimskih pravnih izvora iz kojih se mogu izvući određeni zaključci vezani uz pitanje pristupa tijelu umrle osobe. Analizom izvornog značenja, primjenom komparativne i hermeneutičke metode, u radu će se otvoriti put ispitivanju opstojnosti koncepcije i izvan izvornog konteksta, a u okvirima rimske pravne tradicije, kao okosnice razvoja europske pravne kulture.⁴

Poseban poticaj u istraživanju dala nam je činjenica kako ni u suvremenom pravu ne postoje jedinstveni odgovori o krugu titulara ovlaštenih u vršenju tipičnih prava vezanih uz tijelo umrle osobe.⁵ U europskoj pravnoj kulturi javljaju se načelno dvije vrste osoba – bliski srodnici i nasljednici, o čemu ćemo podrobnije pisati u nastavku rada. U slučajevima kada su srodnici ujedno i nasljednici, neće biti nedoumica u primjeni prava, no kada to nije slučaj ili kada postoji spor među njima u vezi s ostvarivanjem ovog prava, stvari postaju dosta kompleksnije.

³ Kamm, F. M., *Intricate ethics: Rights, responsibilities, and permissible harm*, Oxford University Press, New York, 2007., str. 237-241.

⁴ O rimskom pravu kao temelju europske pravne kulture: Zimmermann, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.; Wieacker, F., „Foundations of European Legal Culture“ (pr. Bodenheimer, E.), *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, no. 1, 1990., str. 1-29; Hamza, G., „Reflections on the role of Roman law and Comparative law in the process of harmonization and unification of private (civil) law in Europe“, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, no. 67, 2015., str. 279-294; Maruotti, S. L., *La tradizione romanistica nell diritto europeo*, vol. 2: *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Lezioni, Torino, 2003.; Petrak, M., „Rimska pravna tradicija i hrvatska pravna kultura“, u: *Rimsko pravo i Europa – Povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb, 2007., str. 169-182.

⁵ Vodinelić, V., „Moderni okviri prava na život“, *Pravni život* br. 9, 1995., str. 40; Edelman, J., „Property Rights to Our Bodies and Their Products“, *University of Western Australia Law Review*, vol. 39, no. 2, 2015., str. 62-70.

2. NEKOLIKO NAZNAKA O PRAVNOJ PRIRODI LJUDSKOG TIJELA

Kako bismo uopće mogli govoriti o konstituiranju prava na tijelu ili u vezi s tijelom umrle osobe, neophodno je dati par naznaka o njegovoj pravnoj prirodi.

Danas je općeprihvaćeno kako živ čovjek predstavlja pravni subjekt, nositelj urođenog prava na dostojanstvo i slobodu. Kako smo u uvodnim naznakama ukazali, ovakav koncept, iako svoju implementaciju doživljava u moderno doba, produkt je prirodnopravnih učenja još od antičkih vremena.⁶ U tisućljetnim razmatranjima pravne prirode čovjeka, razvili su se i različiti pristupi vezani uz njegovo tijelo, kao fizički element. U europskoj pravnoj misli, naročito se razlikuju mišljenja francuskih, u odnosu na njemačke i austrijske autore.⁷

U svrhu našeg ispitivanja, prihvatili smo tezu po kojoj ljudsko tijelo, nakon što u biološkom smislu prestane živjeti, postaje stvar, i to stvar *sui generis* prirode.⁸ Trenutak u kom do toga dolazi naziva se smrt, a kada je točno do tog trenutka došlo predstavlja predmet analize medicinskih znanosti.⁹

Ključni argument u prilog tezi da je riječ o stvari jest činjenica da tijelo nakon smrti nesporno predstavlja predmet određenih imovinskopravnih raspolaganja, ograničenih načelom pijeteta koji se duguje prema umrloj osobi.¹⁰ Ovakav spoj imovinskih i osobnih prava moderna literatura naziva *universitas rei et iuris*.¹¹ Osim tijela kao cjeline, i njegovi dijelovi, tkiva i organi, postaju stvari. U antičkom Rimu tkiva i organi umrle osobe, vjerojatno, nisu imali veći značaj, no u moderno doba jasno svjedočimo o važnosti presađivanja organa, a sve s namjerom spašavanja života drugih ljudi. Ovakvo raspolaganje ljudskim tijelom, odnosno njegovim dijelovima, opravdanje ima u visokim etičkim namjerama s ciljem spašavanja drugih života, razvoja znanosti i slično.¹² Mišljenja smo da sve navedeno jasno afirmira prihvaćanje teze o *sui generis* pravnoj prirodi tijela umrle osobe.

Izuzetak od ovakvog pristupa bili bi, možda, ostaci ljudskih tijela koja nije moguće identificirati ili oni kod kojih je vremenski odmak umanjio osjećaj pijeteta, kao što su kosti iz arheoloških nalazišta i slično. Na takvim ostacima ne bi trebalo biti prepreke za zasnivanje određenih privatnih prava u punom kapacitetu. Tijelo umrle osobe često biva i predmet javnog prava. Tako postoji veći broj primjera

⁶ Više o prirodnom pravu u djelu M. T. Cicerona vidi: Lučić, Z., *Ciceron i prirodno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.

⁷ Usp. 5.2. Komparativni pregled – Njemačka i Francuska.

⁸ Vidi više: Vodinić, *ibid.*, str. 39-40.

⁹ Vidi više: Burkhard, M. (ur.), *Handbook of Forensic Medicine*, University of Bonn – Institute of Forensic Medicine, Bonn, 2014., str. 49-56.

¹⁰ De Cupis, A., *I diritti della personalità*, Edit. A. Giuffrè, Milano, 1982., str. 200.

¹¹ Marzocco, V., *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Edit. Scientifica, Napoli, 2012., str. 53-58.

¹² Lee, S., *Law and Morals*, Oxford University Press, New York, 1987., str. 9-21.

vladara ili svetaca čija su tijela balzamirana i čija tijela ili dijelovi tijela predstavljaju određenu vrstu javnog dobra.¹³

Utvrđivanje pravne prirode tijela kao stvari *sui generis* prirode omogućuje postavljanje teze da postoje neka prava na tijelu i u vezi s tijelom umrle osobe. Naime, svaka stvar mora imati kakvog-takvog titulara, kojem se mora priznati neko, pa i ograničeno pravo, da s predmetnom stvari raspoláže. Kad je riječ o raspolaganjima, a imajući u vidu vrlo veliko vremensko razdoblje u okviru kojeg promatramo ovaj fenomen, u okviru analize držat ćemo se isključivo najtipičnijih raspolaganja, kao što su organizacija pogreba, pitanje kremacije, pitanje izgradnja groba i slično. Kod ovakvih raspolaganja teško je utvrditi krećemo li se u sferi osobnih ili imovinskih prava. Gams je mišljenja da ovakva raspolaganja, iako izvorište imaju u osobnim pravima, svoje ostvarenje imaju u sferi imovinskog prava.¹⁴ Ovakav pristup predstavlja rezultat doktrinarnih razmatranja u okviru rimske pravne tradicije, što će biti jasno vidljivo iz nastavka izlaganja.

3. RASPOLAGANJE LJUDSKIM TIJELOM U RIMSKOM PRAVU

3.1. Tijelo i grobovi između pontifikalnog i civilnog prava

Čovjek, pa i njegovo tijelo kao njegov fizički element, u rimskom je pravu mogao biti predmetnom pravnog posla. Nikakvim odredbama nije bio izuzet iz pravnog prometa. Tako se u starom civilnom pravu, preciznije u Zakoniku XII ploča spominje sasijecanje dužnika na onoliko dijelova koliko postoji povjerilaca.¹⁵ I *nexum*, kao pravni posao starog prava, također je za predmet pravnog posla imao čovjeka. O prirodi ovog posla postoji dosta teza, ali načelno se može zaključiti kako je u starijem razdoblju bila riječ o automancipaciji ljudi u nevolji za određenu količinu hrane ili novca, dok je kasnije riječ o kreditnom poslu u kojem dužnik u slučaju nevraćanja dugovanog postaje dužnički rob. Postupni razvoj prava, osobito nakon donošenja *Lex Poetelia Papiria* u 4. st. pr. Kr. dovest će do iščeznuća *nexuma*.¹⁶ Nestanak *nexuma* neće označiti nestanak prodaje ljudi, koja će ostati

¹³ U dosta europskih država, u moderno doba, prihvaćen je i pristup po kojem su sva ljudska tijela javni resurs, predviđajući kako mogu slobodno raspolagati organima umrle osobe, onda kada je to moguće, izuzev situacije u kojoj je umrli izričito to zabranio (vidi više: Rao, R., „Property, Privacy, and the Human Body“, *Boston University Law Review*, no. 359, 2000., str. 381). Ovakva koncepcija prihvaćena je i u Republici Hrvatskoj. U čl. 17., st. 1. propisano je da se organi s umrle osobe smiju uzeti radi presađivanja samo ako se darivatelj za života nije u pisanom obliku protivio darivanju (Zakon o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja, Narodne novine, br. 144/12).

¹⁴ Gams, A., „Ljudsko telo i njegovi delovi kao stvari u građanskom pravu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* br. 1/2, 1969., str. 34.

¹⁵ Lex XII tab. III. 6. *Tertius nundinis partis secanto, si plus minusve secuerunt se fraude esto*. Op. a. Smisao odredbe je sporan. Po nekima se ovdje nije radilo o ubojstvu i podjeli na dijelove, nego o nekoj čaroliji simboličnog značenja (vidi više: Romac, A., *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973., str. 21).

¹⁶ Vidi više: Puhan, I., „Istorija starog rimskog neksuma“, *Godišnik na pravno-ekonomskiot fakultet vo Skopje* br. 1, 1954., str. 139-191; Stanojević, O., *Zajam i kamata: istorijska i uporednopravna studija*, Institut za pravnu istoriju na Pravnom fakultetu u Beogradu, Beograd, 1966.

još dugo vremena raširena pojava u Europi. U antičkom Rimu je i *pater familias* mogao putem mancipacije prodati kako robove, tako i druge *alieni iuris* osobe.¹⁷ Sve navedeno jasno nam kazuje kako je u rimskom pravu bilo moguće konstituirati privatno pravo u odnosu na čovjeka.

S druge strane, postoje mnoge stvari koje nisu mogle biti predmet imovinskih prava (*res extra commercium*). One nisu mogle postati nečijom privatnom imovinom. Razlozi zbog izuzimanja bili su – *humani iuris* ili *divini iuris*. Kategoriju *res extra commercium divini iuris* činile su – *res sacrae* tj. stvari posvećene nebeskim božanstvima (*diis superis consecratae*), *res sanctae*, odnosno gradski zidovi i gradska vrata, te *res religiosae*, koje su možda i najinteresantnije za naše istraživanje, a predstavljaju stvari posvećene kultu pokojnika (*diis manibus relictae*).¹⁸ Ova je kategorija ostala izvan *res sacrae* jer su prema razumijevanju Rimljana ove stvari pripadale zagrobnim bogovima Manima,¹⁹ o kojima je pontifikalno pravo imalo posebna pravila. Tim pravilima prvenstveno su se zabranjivale povrede grobova i posmrtnih ostataka građana i robova koji su se nalazili u njima.²⁰ Povredom groba smatrala se provala u tuđi grob ili njegovo otvaranje te pogreb svog ili tuđeg mrtvaca u njemu.²¹ Povredu je predstavljalo i brisanje natpisa na grobnici, rušenje kipa, skidanje njegovih dijelova, odnošenje grobnog kamena ili stupa.²² Također, zabranjeno je bilo i pokapanje novog mrtvaca u sarkofag ili na mjesto gdje je tijelo već pokopano.²³ Svaka povreda groba, kao *locus religiosus* dovodila je u starija vremena do strogog kažnjavanja (rad u rudnicima, čak i smrtna kazna), a kasnije do infamije.²⁴ U izvorima se spominje kako se događalo i da se netko nastani u grobu,

¹⁷ Gai Inst. 1. 117. *Omnes igitur liberorum personae sive masculini sive femini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.*

¹⁸ Thomas, Y., „Res Religiosae: On the Categories of Religion and Commerce in Roman Law“, u: Pottage, A., Mundy, M. (ur.), *Law, Anthropology and the Constitution of the Social Making of Persons and Things*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, 2004., str. 66-70.

¹⁹ Gai Inst. 2. 4. *Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictae sunt.*

²⁰ D. 47. 12. 3. 6. Ulpianus libro 25 ad edictum praetoris. *Si quis in sepulchro habitasset aedificiumve habuisset, ei qui velit agendi potestas fit.*

²¹ Paul. Sent. 1. 21. 6. *Qui sepulchrum alienum effregerit uel aperuerit eoque mortuum suum alienumve intulerit, sepulchrum uiolasse uidetur.*

²² Paul. Sent. 1. 21. 8. *Qui monumento inscriptos titulos eraserit uel statuam euerterit uel quid ex eodem traxerit, lapidem columnamve sustulerit, sepulchrum uiolasse uidetur.*

²³ Paul. Sent. 1. 21. 9. *In eo sarcophago uel solo ubi corpus iam depositum est, aliud corpus iam depositum est, aliud corpus inferri non potest, et qui intulerit reus sepulchri uiolati postulari potest.*

²⁴ Op. a. Paul izričito navodi da se osuđenici iz slojeva *honestiores* nameće kazna relegacije na otok, uz konfiskaciju trećine imovine, a da se osuđenici iz slojeva *humiliores* nameće kazna prisilnog rada u rudnicima. Jasno se uočava socijalna diferencijacija gdje je za viši sloj društva bila predviđena blaža kazna deportacije na otok, a za niži sloj stroža kazna rada u rudnicima ili čak smrtna kazna. Vidi više: Paul. Sent. 1. 21. 4. *Qui corpus perpetuae supulturae traditum uel ad tempus alicui loco commendatum nudauerit et solis radiis ostenderit, piaculum commendatum nudauerit et solis radiis ostenderit, piaculum committit, atque ideo, si honestior sit, in insulam, si humilior, in metallum dari solet;* Paul. Sent. 1. 21. 5. *Qui sepulchrum uiolauerint aut de sepulchro aliquid sustulerint, pro personarum qualitate aut in metallum dantur aut in insulam deportantur;* D. 47. 12. 1. Ulpianus libro secundo ad edictum praetoris. *Sepulchri uiolati actio infamiam irrogat;* D. 47. 12. 3. 7. Ulpianus libro 25 ad edictum praetoris. *Adversus eos, qui cadavera spoliant, praesides severius intervenire, maxime si manu armata adgrediantur, ut, si armati more latronum id egerint, etiam capite plectantur, ut divus Severus rescripsit, si sine armis, usque ad poenam metalli procedunt.*

na grobu ili uz grob. Takvo postupanje smatrano je zločinom (*piaculum*)²⁵ koji je tražio osvetu božanstva.²⁶ Samo grobovi rimskih neprijatelja nisu imali ovakav status.²⁷

Klasnični rimski pravници grob označavaju terminom *sanctus religiosus*, odnosno *sepulchrum*.²⁸ Ulpijan ističe kako grob postoji ondje gdje je položeno ljudsko tijelo ili kosti, ističući kako ne postaje *locus religiosus* sve što je namijenjeno sahranjivanju, nego samo onaj prostor u kojem je tijelo ukopano.²⁹ Grobovi su postajali *res religiosa* aktom sahrane mrtvacu ili njegova pepela.³⁰ Grob kao takav predstavljao je konstrukciju koja štiti mjesto na kojem je položeno tijelo.³¹ Grob, uključujući spomenike izgrađene iznad tijela, nije mogao predstavljati predmet nasljeđivanja ili prodaje.³² Ako bi došlo do prodaje zemljišta u okviru kojeg se nalazio grob, grob nije prelazio u vlasništvo kupca jer je bio *extra commercium* pa kupac na tom mjestu nije mogao ni svog umrlog sahraniti.³³ Ovakav status grobova, koji je podrazumijevao nepovredivost i neotuđivost, sprečavao je mogućnost bilo kakvog oduzimanja od strane vjerovnika ili vlasti. Iz tih razloga car Trajan je detaljnije regulirao ovo pitanje, precizno uspostavljajući razliku između groba ili ostalih segmenata koji ga okružuju (vrtovi, ukrasi itd.). Prazan grob predstavljao je spomenik (*monumentum*) bez posebnog značaja i za njega se nije koristio naziv *sepulchrum*.³⁴ Ulpijan jasno naznačava kako spomenik bez položenog tijela može

²⁵ Op. a. Uporaba ovakvog izraza koji je u najstarijim razdoblju zahtijevao osvetu uvrijeđenog božanstva, vjerojatno predstavlja ostatak sakralno-religijskog poimanja kojim se na početku 3. stoljeća nastojalo naglasiti zastrašivanje kao svrha kazne u slučaju teškog kršenja pijeteta prema pokojniku (Jaramaz-Reskušić, I., *Kaznenopravni sustav u antičkom Rimu*, Zagreb, 2003., str. 263).

²⁶ Paul. Sent. 1. 21. 12. *Neque iuxta monumentum neque supra monumentum habitandi ius est; attactu enim conuersationis humanae piaculum admittitur; et qui contra ea facerit, pro qualitate personae uel opere publico uel exilio multatur.*

²⁷ D. 47. 12. 4. Paulus libro 27 ad edictum praetoris. *Sepulchra hostium religiosa nobis non sunt: ideoque lapides inde sublato in quemlibet usum convertere possumus: non sepulchri violati actio competit.*

²⁸ Malenica, A., „Res sanctae u rimskom prethrišćanskom periodu“, *Dritto e Storia*, no. 12/2014, 2014., str. 8. Opširnije vidi: Malenica, A., *Stvari božanskog prava u rimskom prethrišćanskom periodu*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2014.

²⁹ D. 11. 7. 2. 5. Ulpianus libro 25 ad edictum. *Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.*

³⁰ Horvat, M., *Rimsko pravo*, knj. I, Školska knjiga, Zagreb, 1954., str. 146-147. Op. a. Ukoliko bi umrli bio sahranjen na neposvećenom mjestu (*locum purum*), to bi mjesto nakon tog čina postalo *res extra commercium*. (Romac, *ibid.*, 51).

³¹ D. 11. 7. 37. Macer libro primo ad legem vicensimam hereditatium. *Monumentum autem sepulchri id esse divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit.*

³² Thomas, *ibid.*, str. 41.

³³ Paul. Sent. 1. 21. 7. *Venditio fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt nec in his ius inferre mortuum habet.*

³⁴ D. 11. 7. 42. Florentinus libro septimo institutionum. *Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci kenotafion appellant.*

biti predmet prodaje ili poklona, ali i da konotaf (*grč.* κενotáριον) ne predstavlja *rem religiosam*.³⁵

O pitanju grobova u kojima se nalazilo tijelo umrle osobe, a koji su predstavljali stvar božanskog prava, odlučivalo se u sferi javnog prava. S druge strane, imovina namijenjena umrlima bila je predmet privatnopravne sfere.³⁶ Pravila pogrebnog prava najvećim dijelom se i bave stvarima, grobovima i spomenicima. Gotovo da i nemamo izvore koji pažnju posvećuju direktno tijelu umrle osobe. Tijelo umrle osobe kao takvo nije bilo direktno zaštićeno. Tako je na primjer *Actio sepulchri violati* usmjerena protiv osobe koja u zloj namjeri ošteti grob umrlog.³⁷ Tu je pokojnik bio zaštićen indirektno kroz zaštitu groba s obzirom na to da njegovo tijelo ne predstavlja *res religiosa*, ali bez njegova tijela ni grob nije *locus religiosus*.³⁸

Postoje razmatranja o pitanju prebacivanja tijela umrlih osoba s jednog mjesta na drugo. S tim u vezi uspostavljena je razlika između privremeno, najčešće do izgradnje grobnice, sahranjenih tijela i tijela za koja je javna vlast dala odobrenje za ekshumaciju. Ekshumacija je najčešće odobravana u slučajevima kada bi došlo do sahranjivanja tijela na neku parcelu bez dozvole vlasnika, a tijelo je moralo biti uklonjeno zbog ograničenja koja su proizlazila iz činjenice egzistiranja groba na tom mjestu. Prebacivanjem tijela, odnosno pražnjenjem grobnice, dolazilo je do gašenja *res religiosae*.³⁹

Carski edikt iz vremena cara Augusta, zabranio je ekshumiranje mrtvih i njihovo premještanje na druge lokacije, ali samo u odnosu na one koji su bili u „vječnim grobovima“. Lucije Ver i Marko Aurelije nastojali su regulirati uklanjanje pokojnika iz privremenih počivališta, do „vječnih grobova“, u skladu s pravilima pontifikalnog prava.⁴⁰ Iako je od vremena cara Augusta bilo strogo zabranjeno prekidanje ili ometanje pogrebne povorke,⁴¹ tek će Septimije Sever zabraniti i napad na tijelo i prije nego li ono bude položeno u grob.⁴² Tijekom 4. stoljeća doći će do učestalijih ekshumacija i povreda grobova, što će nagnati cara Konstantina da propiše još

³⁵ D. 11. 7. 6. 1. Ulpianus libro 25 ad edictum. *Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. Si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt.*

³⁶ Kaser, M., „Zum römischen Grabrecht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom.*, br. 95, 1978., str. 75.

³⁷ Op. a. Do pojave ove pretroske tužbe nije postojao adekvatan način za zaštitu. Staro *ius civile* pružalo je samo religijsku zaštitu. Akvalijanska tužba nije bila primjenjiva jer grob nije bio predmet privatnog vlasništva, a *Actio iniuriarum aestimatoria* mogla se primijeniti samo ako bi došlo do uvrede žive osobe zbog *sepulchri violatio* (Jaramaz-Reskušić, *ibid.*, str. 262).

³⁸ Thomas, *ibid.*, str. 67.

³⁹ *Ibid.*, str. 61.

⁴⁰ D. 11. 7. 39. Marcius libro tertio institutionum. *Divi fratres edicto admonuerunt, ne iustae sepulturae traditum, id est terra conditum corpus inquietetur: videtur autem terra conditum et si in arcula conditum hoc animo sit, ut non alibi transferatur. Sed arculam ipsam, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre non est denegandum.*

⁴¹ Vidi više: Thomas, *ibid.*, str. 57-59.

⁴² Usp. bilj. 24.

strože kazne za one koji povrijede grob.⁴³ Takve povrede predstavljale su s jedne strane omalovažavanje pokojnika, a s druge strane i nanošenje štete kroz oštećenje groba kao građevine.⁴⁴

Imajući na umu sve navedeno, možemo zaključiti da je pitanje pogrebne prakse, ujedno i raspolaganja tijelom umrle osobe u rimskom pravu bilo na granici između pontifikalnog i civilnog prava. Referirajući se na pogrebnu praksu, ovakav stav potvrdio je i Ciceron.⁴⁵

Neovisno o Gajevoj definiciji božanskih prava⁴⁶ prema kojoj ono što pripada božanskom pravu ne može biti ni u čijoj imovini, a imajući u vidu pravila pontifikalnog prava prema kojemu čovjekovo tijelo poslije smrti pripada zagrobnim bogovima, mišljenja smo kako u rimskom pravu možemo pronaći odgovore o različitim postupanjima vezanima uz tijelo umrle osobe, a koja svoje ostvarenje imaju u sferi imovinskog prava.

Detaljnija analiza izvora ne samo da nam potvrđuje mogućnost konstituiranja ograničenog prava spram tijela umrle osobe, već nam daje i odgovore o krugu titulara ovlaštenih u vršenju tipičnih prava, kao što su pitanje organizacije pogreba, prijenosa tijela, izgradnja nadgrobnog spomenika i slično.

3.2. Raspolaganje tijelom po volji umrlog

U prvom redu, rimski izvori nam kazuju kako umrla osoba ima pravo odlučiti gdje i kako želi biti pokopana, odnosno da ima pravo raspolagati poslovima vezanima uz svoj pogreb i grob. Tako u izvorima stoji da ako netko zakopa tijelo u nasljednu grobnicu, čak i ako je u pitanju nasljednik, protivno volji testatora, može za taj čin biti tužen. Reskriptom cara Antonina utvrđeno je kako testator može i zabraniti da bude sahranjen u njegovu (op. a. obiteljskom) grobu.⁴⁷ Jasno se da uočiti prisutnost slobode odlučivanja o vlastitom tijelu *mortis causa*.

⁴³ Vidi više: Murešan, L. M., Murešan, I., „Violatio sepulchri – Between the Legal concept and Roman funerary practice in the Balkans“, u: *Arheovest IV. 2. – In honorem Adrian Bejan*, West University of Timișoara, JATEPress Kiadó, Szeged, 2016., str. 850-851. Op. a. U ovom radu osobito je interesantna analiza epitafa u okviru nadgrobničkih spomenika s prostora Balkana (jedan od epitafa je i iz Salone) u okviru kojih se pozivaju božanstva, ali i javne vlasti da zaštite grobove od uništenja.

⁴⁴ C. 9. 19. 4. Imperator Constantius. *Qui sepulchra violant, domus ut ita dixerim defunctorum, geminum videntur facinus perpetrare: nam et sepultos spoliant destruendo et vivos polluant fabricando.*

⁴⁵ Cicero, De Legibus, 2. 45-46. Atticus: *Habeo ista. Nunc de sacris perpetuis et de Manium iure restat.*

Marcus: *O miram memoriam Pomponi tuam! At mihi ista exciderant. Atticus: Ita credo. Sed tamen hoc magis eas res et meminere et specto, quod et ad pontificium ius et ad civile pertinent.*

⁴⁶ Gaius Inst. 2. 3. 9. *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse; nam res hereditariae, antequam alicuius heres existat, nullius in bonis sunt.*

⁴⁷ D. 47. 12. 3. 3. Ulpianus libro 25 ad edictum praetoris. *Si quis in hereditarium sepulchrum inferat, quamvis heres, tamen potest sepulchri violati teneri, si forte contra voluntatem testatoris intulit: licet enim cavere testatori, ne quis eo inferatur, ut rescripto imperatoris Antonini cavetur: servari enim voluntatem eius oportere. Ergo et si cavet, ut unus tantum heredum inferret, servabitur, ut solus inferat.*

Tezu dodatno potvrđujemo podacima o postojanju pogrebnih društava. U antičkom Rimu postojale su udruge koje su se starale o osiguravanju adekvatnog pogreba nakon smrti nekog od članova. O radu ovih udruga svjedoči veći broj pronađenih izvora. Među ostalim, vrlo interesantan je dokument iz 136. godine, otkriven u Lanuviumu, naziva *Lex collegii salutaris Dianae et Antinoi*. Predmetni dokument predstavlja neku vrstu „statuta“ pogrebne udruge i detaljno opsuje troškove vezane uz proces pridruživanja društvu, mjesečne naknade, propise o ukopu članova te raspored sastanaka i večera za članove.⁴⁸ Navodi se kako se član udruge postaje iskazivanjem svoje volje uplatom 100 sestercija i donošenjem amfore dobrog vina, uz obvezu plaćanja mjesečnog doprinosa od 5 asa, dok će udruga zauzvrat osigurati prigodan pogreb i plaćanje troškova.⁴⁹ Članovi ovakvih udruga nerijetko su bili i robovi te spominje kako će robu, koji je član udruge, a kojem je gospodar uskratilo pravo na pogreb biti organiziran fiktivni sprovod (*funus imaginarium*) u formi spaljivanja voštane figure.⁵⁰

U vezi sa slobodom odlučivanja o svom tijelu nakon smrti, prirodno se nameće pitanje granica ovakvog raspolaganja. Raspolaganja o načinu obavljanja pogreba ili izradi nadgrobnog spomenika učestala su, i često predstavljaju *modus* na teret nasljednika,⁵¹ no ostaje nejasno što ako se u testamentu pojavi neko drugo raspolaganje u formi nekog pravnog posla.

U izvorima ne nalazimo raspolaganja kao što bi bilo zavještanje vlastitog tijela u neke istraživačke svrhe. Naravno, to ne isključuje mogućnost da je takvih raspolaganja i bilo. O istraživanjima na ljudskim tijelima svjedoče nam i zapisi rimskog enciklopedista Celza, koji navodi kako su Herofil iz Halkedona i Erikrat s Kosa secirali zločince, dok vlastiti zapisi Herofila i Erikrata ukazuju kako su redovito secirali ljudska trupla i izvodili pokuse na živim životinjama. Iz zapisa nije vidljivo kako su dolazili do ljudskih trupala. Galen iz Pergama bio je posebno interesantan istraživač jer je vlastite bolesti koristio za isprobavanje novih načina liječenja, a mnoge je pokuse radio i na svojim robovima. Ipak, za njega je seciranje na živo na ljudima moralno neprihvatljivo, a eksperimentalna metoda u medicini vrlo osjetljiva jer *za razliku od drugih umijeća u kojima se može eksperimentirati bez opasnosti (...) medicina eksperimentira na ljudskome tijelu, na kojem nije bezopasno eksperimentirati bez iskustva; osobito stoga što pokus može završiti gubitkom cijeloga živoga bića.*⁵²

⁴⁸ Carroll, M., *Spirits of the dead: Roman funerary commemoration in Western Europe*, Oxford University Press, 2006., str. 45 i dalje.

⁴⁹ CIL XIV, n. 2112. *Lex collegii funeraticii Lanuvini. [plac]uit universis ut quisquis in hoc collegium intrare voluerit dabit kapitulari nomine. HS C n(ummum) et vi[ni] boni amphoram item in mensis sing(ulos) a(sses) V item placuit ut quisquis. mensib(us).*

⁵⁰ O različitim pogrebnim običajima više vidi: F. P. Retief, L. Cilliers, „Burial customs and the pollution of death in ancient Rome: procedures and paradoxes“, *Acta Theologica* 26(2), University of the Free State, Faculty of Theology, Bloemfontein, 2010., 128-144.

⁵¹ Npr. D. 35. 1. 17. 4. *Gaius libro secundo de legatis ad edictum praetoris. Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.*

⁵² Štojs, T., „Istraživanja na ljudskim subjektima – povijesni razvoj, načela i primjeri neetičnih postupanja“, *Nova prisutnost*, sv. 12, br. 1, 2014., str. 94-95.

Iako je zavještavanje vlastitog tijela u istraživačke svrhe u suvremenom pravu učestala pojava, teško je ponuditi odgovor na pitanje kako bi na to gledali rimski pravници, neovisno o tome radi li se o darovanju ili o prodaji vlastitog tijela u svrhu nekog istraživanja.⁵³ Većina modernih europskih pravnikā mišljenja je kako bi ovakva raspolaganja u oneroznoj formi predstavljala nemoralan posao.⁵⁴ Mišljenja smo kako bi i rimski pravnici na to gledali kao na povredu morala i dobrih običaja (*contra bonos mores*). Ovakva klauzula oduvijek je predstavljala svojevrsno sredstvo za popunjavanje pravnih praznina, s tim da je s vremenskom tendencijom normativizacije za društvo određenih moralno neprihvatljivih postupanja, sužavan opseg njezine primjene.⁵⁵ Bilo kako bilo, predmet našeg razmatranja ostat će najkarakterističnija raspolaganja kad je u pitanju tijelo umrle osobe, a to su pitanja vezana uz pogreb i grob.

3.3. Raspolaganje tijelom po odluci nasljednika

Kompleksnost pitanja o raspolaganju tijelom umrle osobe kulminaciju doživljava u situacijama kada umrli za života ne donese odluke vezane uz pogreb i izgradnju groba. Kao krug potencijalno ovlaštenih osoba za donošenje ovakve odluke pojavljuju se krvni srodnici ili nasljednici.⁵⁶

U izvorima se navodi kako se tijela osuđenika na smrt ne smiju uskratiti kognatima te kako je takvu praksu poštovao i sam car August. Navodi se i kako se tijela onih koji su osuđeni na spaljivanje mogu zatražiti jer se i kosti i pepeo

⁵³ Op. a. Suvremena pravna doktrina o ovim pitanjima vodi ozbiljne znanstvene rasprave. Veći broj autora ističe kako tijelo umrle osobe ne može biti predmet građanskopravnih poslova vezanih uz pitanja transplantacije organa, medicinskih istraživanja i slično. Ističu kako pravo da se odlučuje o ovim pitanjima ne smije biti priznato nasljednicima jer bi to predstavljalo vrijeđanje dostojanstva ljudske osobnosti. Ovakva pitanja po njima trebaju biti predmet upravnopravne regulacije (Vidi više: Čolaković, M., *Pravo na tjelesni integritet – privatnopravni aspekt*, Univerzitet „Džemal Bijedić“ – Pravni fakultet, Mostar, 2015., str. 108).

⁵⁴ Postoji velik broj programa dobrovoljnog darivanja tijela *post mortem* u svrhu znanstvenih istraživanja. Npr. Program donacije tijela – Zavod za anatomiju „Drago Perović“, <http://stariweb.mef.hr/meddb/slike/pisac144/file4512p144.pdf>, pristupljeno 5. rujna 2019. Kad je riječ o naplatnim pravnim poslovima, prema medijski dostupnim podacima iz 2016. godine, suprotno mišljenju Svjetske zdravstvene organizacije, u Iranu je dozvoljena legalna prodaja organa (bubrega), vidi: <https://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/u-iranu-prodaja-bubrega-legalna---448061.html>, pristupljeno 5. rujna 2019. godine.

⁵⁵ Op. a. O tome koji su to dobri običaji utvrđivalo se na temelju *ius civile*, *ius gentium*, dugotrajnih običaja u okviru određenih zajednica, ali i osjećajem pravednosti i logike suca (*ius naturale*, *ratio*). Vidi više: Guarino, A., *Diritto privato romano*, Jevene, Napoli, 2001., str. 371.

⁵⁶ Op. a. Čolaković, na primjer, ukazuje na različite doktrinarne poglede kad je u pitanju raspolaganje tijelom umrle osobe u europskom pravu, osvrćući se nešto detaljnije na autore s prostora bivše Jugoslavije, ali bez izvođenja konkretnih zaključaka o krugu titulara koji bi bili ovlašteni u vršenju tipičnih prava. Ona u okviru izlaganja i srodnike i nasljednike stavlja u istu liniju, navodeći ih kao potencijalne titularne, ne ulazeći u dublju analizu. Mišljenja smo da normativna metoda, koja prevladava u znanstvenim radovima većine civilista, bez dublje povijesopravne i teorijskopravne analize unutarnje konzistentnosti pravnog sustava, ne ostavlja mogućnost dolaska do odgovora na ova pitanja (Čolaković, *ibid.*, str. 108-111).

mogu ukopati.⁵⁷ Nameće se pitanje tko su ti kognati koji polažu pravo na tijelo umrle osobe. Imajući u vidu da se ovo pravo izvodi iz osobne, krvne veze koju su imali s umrlom osobom, jasno je da stjecanje ne ovisi o tome jesu li nasljednici ili ne. Tako se u izvorima razmatra pitanje može li nasljednik, koji nije naslijedio imanje umrlog, biti aktivno legitimiran u podizanju pretorske tužbe *Actio sepulchri violati*,⁵⁸ protiv osobe koja u zloj nakani ošteti grob umrlog. Jezičnom analizom uočavamo kako se koristi akuzativ od *heres necessarius*, koji nije samo nasljednik, već je ujedno i najbliži srodnik, kojem pravo garantira participiranje u ostavini. Na pitanje se daje afirmativan odgovor, ističući kako se radi o pravu utemeljenom na osobnoj vezi, ali i na osjećaju dobra i pravde (*bonum et aequum*). Izvor navodi kako ovo pravo nije moguće prenositi; eventualno se može postupak ostvarenja prava prenijeti na neku drugu osobu.⁵⁹

Sve navedeno jasno nas upućuje na krug nužnih nasljednika. Oni predstavljaju najbliže srodnike, a pravo im, prepoznavajući značaj bliskosti s umrlim, garantira da uvijek dobiju neki dio nasljedstva, izuzev situacija u kojima su ekshereditirani (*exhereditatio*), za što mora postojati opravdani razlog.⁶⁰ *Mutatis mutandis* promatrajući pravo izvedeno iz krvne i osobne veze s umrlim, sasvim je logično da te osobe stječu pravo i na donošenje odluke vezane uz pitanja pogreba i groba, izuzev ekshereditacije, koja će predstavljati i prepreku o odlučivanju vezanom uz pogreb i grob umrlog.

Pitanje koje se samo po sebi dalje nameće jest utvrđivanje prava prednosti među nužnim nasljednicima. Mišljenja smo kako ih je potrebno pozivati redom kojim bi

⁵⁷ D. 48. 24. Ulpianus libro nono de officio proconsulis. *Corpora eorum qui capite damnantur cognatis ipsorum neganda non sunt: et id se observasse etiam divus Augustus libro decimo de vita sua scribit. (...) Eorum quoque corpora, qui exurendi damnantur, peti possunt, scilicet ut ossa et cineres collecta sepulturae tradi possint.*

⁵⁸ Kako smo već naznačili, stanovanje u grobu, na grobu ili uz grob bilo je strogo zabranjeno (Usp. bilj. 24).

U literarnim djelima i epigrafskim podacima može se uočiti kako je bilo dosta slučajeva u kojima bi pojedinci oštećivali ili se pokušavali nastaniti u nečijoj grobnici, zgradi ili spomeniku, bez obzira na to što je takav objekt bio tretiran kao *locus religiosus*. Samo oskrvnuće groba tek će u razdoblju honorarnog prava biti podignuto na razinu privatnog delikta, protiv kojeg će pretor dozvoliti *Actio sepulchri violati*, penalnu i infamirajuću tužbu, koju su podizali titulari *ius sepulchri* (op. a. krug srodnika i nasljednika), a supsidijarno drugi zainteresirani građani (tzv. *actio popularis*). (Ed. perp. praet. urb. (Lenel) 2. 16. De religiosis et sumptibus funerum. De sepulchro violato. *Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicitur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnentur. si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo*)

⁵⁹ D. 47. 12. 10. Papinianus libro octavo quaestionum. *Quaesitum est, an ad heredem necessarium, cum se bonis non miscuisset, actio sepulchri violati pertineret. Dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est: nec tamen si egerit, hereditarios creditores timebit, cum etsi per hereditatem optigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatu voluntate, neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum.*

⁶⁰ Op. a. Razlozi za ekshereditaciju taksativno su određeni – rad o ostaviteljevoj glavi, otpad od vjere, zanemarenje ostavitelja za vrijeme duševne bolesti, neotkupljivanje ostavitelja iz zarobljenništva, sprečavanje ostavitelja da sačini testament, spolno općenje s ostaviteljevom ženom ili konkubinom (Horvat, *Rimsko pravo*, knj. II, 153).

ih i po rimskom pravu pozivali na nasljedstvo,⁶¹ naravno, neovisno o tome jesu li išta iz imovine umrloga naslijedili.

Uočavamo i pravilo prema kojem netko tko bi sahranio tuđeg mrtvacu, ako je prilikom sahranjivanja nešto potrošio, ima pravo tražiti naknadu od nasljednika, oca ili vlasnika (gospodara).⁶² Ovdje treba posebno obratiti pažnju na redosljed kojim se pojavljuju osobe prema kojima se upućuje zahtjev. Na prvom mjestu to su nasljednici. Naime, rimsko pravo, jednako kao i suvremeno pravo, propisivalo je da se troškovi pogreba imaju namiriti iz ostavine i to kao primarna obveza.⁶³ Prema tome, ukoliko je postojala ostavina koju je netko naslijedio, on je obvezan iz nje namiriti troškove nastale u vezi s pogrebom. Na drugom mjestu navode se otac ili vlasnik (gospodar). Mišljenja smo da ova opcija ima supsidijaran karakter, i to u slučajevima kada je došlo do pogreba osobe *alieni iuris*, imajući u vidu da takve osobe, najčešće, nisu posjedovale nikakvu imovinu iz koje bi došlo do namirenja troškova pogreba.⁶⁴

Iako su Justinijanove *Novellae* otvorile mogućnost da siromašna udovica (*vidua inops*) stekne određeni dio imovine, u načelu je i dalje vrijedilo pretorsko pravilo prema kojem preživjeli bračni drug nasljeđuje tek u slučaju kada nema nikoga od kognatskih srodnika.⁶⁵ No, ovakav pristup kad je u pitanju ostvarivanje prava u vezi s tijelom umrle osobe, cijeneći da ovo pravo izvodimo iz osobnih veza s umrlim, ne bi imalo smisla. Modestin je, za nas na najbolji način, definirao brak, navodeći kako je riječ o doživotnoj zajednici muža i žene, skupnoj ustanovi božanskog i ljudskog prava.⁶⁶ Prihvaćajući ovakvu definiciju, a izvoдеći pravo u vezi s tijelom umrle osobe iz osobnih veza, možemo konstatirati kako bračni drug u rimskom pravu paralelno s kognatima participira u ostvarenju prava.⁶⁷ Štoviše, imajući u vidu normiranu obvezu odavanja dužnog poštovanja prema umrlom bračnom drugu,⁶⁸ mišljenja smo kako bi se moglo smatrati da u rimskom pravu bračni drug ima i

⁶¹ Op. a. U kontekstu promatranja u okvirima rimske pravne tradicije u Europi dovoljno je naznačiti nasljedni red po Justinijanu: (1) *Descedentes* – potomci ostavitelja koji nasljeđuju *per capita*, a u slučaju da su iz različitog stupnja onda nasljeđuju *in stirpes*, po načelu reprezentacije; (2) *Ascendentes* – preci ostaviteljevi, uključujući braću i sestre; (3) Ostaviteljeva polubraća i polusestre (*consanguinei, uterini*); (4) *Collaterales* – pobočni srodnici bez ograničenja, pri čemu bliži isključuju dalje (*successio graduum*) (Romac, *ibid.*, str. 477).

⁶² Paul. Sent. 1. 21. 10. *Qui alienum mortuum sepelierit, si in funus eius aliquid impenderit, recipere id ab herede uel a parte uel a domino potest.*

⁶³ Paul. Sent. 1. 21. 15. *Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur.*

⁶⁴ Op. a. Osobama *alieni iuris* nije prepadala ni *testamenti factio activa* gotovo cijelo klasično razdoblje, upravo jer nisu mogle raspolagati imovinom. Tek carskim zakonodavstvom dolazi do davanja ovog prava u korist *filium familias*. (Horvat, *ibid.*, str. 143).

⁶⁵ C. 6. 18. 1. Imperatores Theodosius, Valentinianus. *Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo iure succedant, quotiens deficit omnis parentum liberorum seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.*

⁶⁶ D. 23. 2. 1. Modestinus libro primo. *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

⁶⁷ Ovakvu tezu prihvatit će i Badaj obrazlažući pravo na mrtvacu prema Općem građanskom zakoniku (Usp. 5.1. Austrijsko zakonodavstvo i pravna doktrina).

⁶⁸ C. 5. 9. 1. Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. *Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis.*

prednost pred nužnim nasljednicima. Naravno, i kada je riječ o bračnom drugu, vrijedit će pravilo prema kojem troškovi nastali vezano uz pogreb i grob, mogu biti isplaćeni iz ostavine bračnog druga, kao primarna obveza ukoliko ostavina postoji.⁶⁹

Primjenom komparativne metode, u nastavku rasprave provjerit ćemo mogućnosti egzistiranja predstavljene koncepcije o pravu nužnih nasljednika u okvirima kanonskog prava, kao nezaobilaznog elemenata u procesu stvaranja modernog europskog prava.

4. RASPOLAGANJE LJUDSKIM TIJELOM U KANONSKOM PRAVU

Znanstvenom obradom rimskog prava, njegovom interpretacijom, razradom praktične primjenjivosti i povezivanjem s kanonskim pravom, tijekom srednjeg vijeka u Europi dolazi do formiranja jedinstvene, rimsko-kanonske pravne kulture – *ius commune*. Jedinstvo recipiranog rimskog prava u obliku *ius commune* nije se temeljilo na primjeni identičnih pravnih normi, forme ili unificirane pravne prakse. Ono se temeljilo na zajedničkoj znanstvenoj, odnosno sveučilišnoj pravnoj tradiciji. Znanstveni pristup izgrađen na temeljima *ius commune* izgradio je jedinstvene pretpostavke o vrijednostima u pravu i interpretacijske metode, koje su bile neophodne u procesu stvaranja modernog europskog prava.⁷⁰ Rimsko-kanonska pravna kultura svoj vrhunac doživjet će kroz obrade njemačke pandektističke škole, čije učenje i danas predstavlja temelje europske privatnopravne dogmatike.⁷¹

Zbog svega navedenog, a imajući u vidu da se krećemo u sferi između pontifikalnog i civilnog, osjećamo potrebu da, prije izlaganja rješenja iz modernog europskog prava, posvetimo pažnju propisima kanonskog prava iz kojih je moguće rekonstruirati opći stav vezan uz raspolaganje tijelom umrle osobe. Ovdje napominjemo kako predmetna rješenja ne promatramo u kontekstu recepcije rimskog prava, već isključivo u svrhu komparacije u europskoj pravnoj kulturi. Odgovor na pitanje jesu li predmetna rješenja oblikovana kroz proces recepcije rimskog prava predstavljao bi posebnu znanstvenu analizu. U svrhu naše daljnje analize koristit ćemo stariji Zakonik kanonskog prava (dalje: *CIC*) iz 1917. godine, koji detaljnije razrađuje ovu materiju.⁷²

⁶⁹ Paul. Sent. 1. 21. 11. *Maritus id, quod in fenus uxoris impoendit, ex dote retinere potest.*

⁷⁰ Zimmermann, R., „Roman Law and European Culture“, *New Zeland Law Review*, vol. 2, 2007., str. 363-365.

⁷¹ O značenju i ulozi tradicije rimsko-kanonskog prava (*utrumque ius*) u suvremenim pravnim sustavima vidi više: Petrak, M., „Utrumque ius i suvremeni pravni sustavi“, u: Škalabrin, N. (ur.), *Franjo Herman i Kodeks iz 1917. Suum cuique tribuere*, Katolički bogoslovni fakultet, Đakovo, 2008., str. 137-149; Wieacker, *ibid.*, 7-9.

⁷² Op. a. Zakonik kanonskog prava iz 1917. u okviru knjige III, naslov XII detaljno obrađuje pitanje crkvenog pokopa (*De sepultura ecclesiastica*), za razliku od Zakonika kanonskog prava iz 1983. godine koji ova pitanja dosta oskudnije obrađuje u knjizi IV, dio II, naslov III, a u kontekstu odredbi o crkvenom sprovodu (*De exequiis ecclesiasticis*).

U okviru *can. 1223.* zagantirana je svakome sloboda u izboru groblja u okviru kojeg želi biti sahranjen, uz naznaku kako su i udane žene i dorašla djeca potpuno slobodni od suprugove i očinske vlasti kad je u pitanju sloboda izbora groba.⁷³ Odabir se može učiniti osobno ili putem druge osobe kojoj je izdana zakonita punomoć. Punomoć je moguće koristiti i nakon smrti opunomoćitelja.⁷⁴

Iznimka od slobode u odlučivanju o vlastitom tijelu *post mortem*, vidljiva je jedino u *can. 1203.* gdje stoji zabrana izvršenja volje onoga koji bi odredio da se njegovo tijelo ima spaliti.⁷⁵ Ovakve odredbe nema u novom *CIC* iz 1983. godine, a pokapanje umrlih više ne predstavlja obvezu, već preporuku, utemeljenu na razumijevanju Kristove smrti i vjerom u uskrsnuće. Budući da više ne postoji zabrana kremiranja, Kongregacija za nauk vjere izdala je napatuk *Ad resurgendum cum Christo* (2016)⁷⁶ i u okviru njega propisala da se s ciljem očuvanja dostojanstva čovjeka i pepeo umrlog mora čuvati na svetom mjestu, kao što su groblje ili crkva. Naznačeno je kako kanonsko pravo ne dozvoljava držanje pepela u kućama, izuzev teških i izvanrednih okolnosti i to uz strogu zabranu podjele pepela među članovima obitelji (srođnicima).⁷⁷

Vezano uz krug osoba ovlaštenih u pogledu ostvarivanja prava spram tijela umrle osobe, najznačajniji nam je *can. 1229.* On propisuje da u slučaju smrti osobe koja ima grob svojih predaka, u okviru nekog groblja, osoba ima biti sahranjena u tom grobu. Navodi se i da za ženu dolazi u obzir grob supruga, a ako ih je tijekom života imala više, onda onoga posljednjeg.⁷⁸ U pogledu ove odredbe, mišljenja smo kako *mutatis mutandis* ovo vrijedi i za muža, cijeneći da Zakonik propisuje jednakost svih vjernika i nepostojanje vlasti oca i supruga unutar obitelji.⁷⁹

Za našu analizu od posebnog je značaja odredba prema kojoj se u slučaju postojanja više grobova, obitelji ili nasljednicima daje pravo da izaberu u kojem grobu umrli treba biti sahranjen.⁸⁰ Slično kao u rimskom pravu, primjećujemo kombinaciju spominjanja obitelji (*familia*) i nasljednika (*heredes*). Jezičnim

⁷³ *CIC. 1223. 1. Omnibus licet, nisi expresse iure prohibeantur, eligere ecclesiam sui funeris aut coemeterium sepulturae.; CIC. 1223. 2. Uxor et filii puberes in hac electione prorsus immunes sunt a maritali vel patria potestate.*

⁷⁴ *CIC. 1226. 1. Ecclesiam funeris aut coemeterium sepulturae quis eligere potest per se vel per alium cui legitimum mandatum dederit; factamque electionem aut mandati concessionem quolibet legitimo modo probare licet.; CIC. 1226. 2. Si electio fiat per alium, hic suum mandatum explere potest etiam post mortem mandantis.*

⁷⁵ *CIC. 1203. 2. Si quis quovis modo mandaverit ut corpus suum cremetur, illicitum est hanc exequi voluntatem; quae si adiecta fuerit contractui, testamento aut alii cuilibet actui, tanquam non adiecta habeatur.*

⁷⁶ Istruzione *Ad resurgendum cum Christo* circa la sepoltura dei defunti e la conservazione delle ceneri in caso di cremazione, dostupno na: www.vatican.va, pristupljeno 13. rujna 2019. godine.

⁷⁷ Više o pitanju kremiranja u kanonskom pravu vidi: Zbigniew Suchecki, *La cremazione nel diritto canonico e civile*, Libreria editrice vaticana, 1995., 117-156.

⁷⁸ *CIC. 1229. 1. Si quis, sepulcrum maiorum in aliquo coemeterio possidens, non electa alibi sepultura, decesserit, in eodem sepeliendus est, si illuc commode asportari possit, salvo praescripto cic 1218.; CIC. 1229. 2. Pro uxore attenditur sepulcrum viri, et, si plures habuerit, sepulcrum ultimi.*

⁷⁹ Usp. bilj. 73.

⁸⁰ *CIC. 1229. 3. Plura si sint maiorum aut viri sepulcra, defuncti familia aut heredes locum sepulturae deligant.*

tumačenjem potpuno je jasno kako između riječi obitelj i nasljednici stoji veznik „ili“, u latinskom izvorniku „aut“, što ukazuje na alternativno postavljanje dviju opcija. Unatoč tome, mišljenja smo kako i u ovakvoj opciji, na prvom mjestu, u pogledu ostvarenja prava u vezi s tijelom umrle osobe, kao i u rimskom pravu, opet dolaze nužni nasljednici jer oni predstavljaju one koji sjedinjuju oba kriterija. Oni uvijek predstavljaju najbliže srodnike (obitelj), a i zakon im garantira participiranje u imovini umrlog pa se javljaju kao nasljednici (izuzev ekshereditacije).

5. PRAVO RASPOLAGANJA TIJELOM UMRLE OSOBE U EUROPSKOM ZAKONODAVSTVU 19. I 20. ST.

Tijekom 19. i početkom 20. stoljeća, pod snažnim utjecajem prirodnopravnog učenja o potrebi sistematiziranja i objedinjenja pravnih pravila, širom Europe dolazi do izrade modernih kodifikacija privatnog prava. Kodifikacije su, unificirajući privatnopravnu materiju, uspješno odgovorile izazovima modernosti tog vremena, oslanjajući se na načela, pravila i rješenja karakteristična za rimsku pravnu tradiciju.

U nastavku izlaganja ispitat ćemo postojanje i opseg prava u vezi s tijelom umrle osobe u europskoj pravnoj kulturi, poseban naglasak stavljajući na područje primjene Austrijskog građanskog zakonika (dalje: OGZ), posredstvom kojeg je rimska pravna tradicija i uobličila privatnopravne sustave zemalja u kojima se primjenjivao. Nova istraživanja pravne taksonomije ova područja izdvajaju unutar europske pravne kulture, prezentirajući ih i kao posebnu pravnu obitelj. Na taj način, diferencirajući ih, primjenom različitih kriterija, od pravnih obitelji s prostora zapadne Europe uočavaju se specifičnosti oblikovanja suvremenog prava.⁸¹

Prepoznavajući konzistentnost kao jedan od temeljnih ciljeva pravnog sustava, a imajući u vidu da u nekim državama, među koje spadaju Hrvatska i Bosna i Hercegovina, OGZ i danas predstavlja supsidijarni izvor prava, odlučili smo detaljnije istražiti ovo pitanje.⁸² Mišljenja smo da otvorena pitanja vezana uz vršenje tipičnih prava u vezi s tijelom umrle osobe, prvenstveno određivanje kruga titulara u vršenju tih prava, trebaju biti riješene u duhu rimske pravne tradicije, preciznije

⁸¹ Maňko, R., Škop, M., Štěpáníková, M., „Carving Out Central Europe as a Space of Legal Culture: A Way Out of Peripherality?“, *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics*, vol. 6, no. 1, 2018., str. 4-28.

⁸² O ulozi OGZ-a u izradnji pravne kulture u Hrvatskoj: Josipović, T., „200 Jahre der ABGB-Anwendung in Kroatien – 135 Jahre als Gesetz und 65 Jahre als ‘Rechtsregeln’“, u: Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Kathrein, G. (ur.), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, Manz Verlag, Wien, 2011., str. 157-174; Gavella, N., „Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropski pravni krug – u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* br. 43, 1993., str. 335-340; u Bosni i Hercegovini: Povlakić, M., „Der mehr als einhundertjährige Einfluss des ABGB in Bosnien und Herzegowina“, u: Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Kathrein, G. (ur.), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, Manz Verlag, Wien, 2011., str. 223-252; Bečić, M., „Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u BiH nakon okupacije 1878. godine“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* br. LIV, 2011., str. 63-79.

posezanjem za primjenom rimskih pravnih pravila koja sadrže prirodnopravna načela, primjenjiva temeljem članka 7. OGZ-a.⁸³

5.1. Austrijsko zakonodavstvo i pravna doktrina

U okviru članka 285. OGZ-a, koji ujedno predstavlja uvodni članak druge knjige, stoji odredba koja definira stvar u pravnom smislu kao *sve što se razlikuje od lica, a služi čovjekovoj potrebi*.⁸⁴ Analizom ove odredbe, iako to prvim čitanjem i nije toliko uočljivo, pravni teoretičari, pazeći na terminološko razlikovanje osobe i čovjeka, ipak su izveli zaključak o mogućnosti da se i ljudsko tijelo kao čovjekov fizički dio može promatrati kao stvar.⁸⁵ Pitanjem postojanja prava u vezi s tijelom umrle osobe u okviru pravne kulture u kojoj se primjenjivao OGZ, kao suvremenik, bavio se Aleksandar Badaj.⁸⁶ U svojoj kratkoj raspravi on ističe kako OGZ ni jednom riječi ne govori o ovom pravu, iako se kroz druge zakone i pravnu praksu jasno prepoznaje postojanje prava u vezi s tijelom umrle osobe u objektivnom smislu.⁸⁷ Tako u članku 345. Kaznenog postupka stoji da će se *tielo pogubljenikovo (...)* ako proti tomu nikakova razloga nebude, predati njegovoj obitelji, ako zahtjevala bude, da ga pokopa,⁸⁸ ili u članku 495. Kaznenog zakona pravo srodnika na obranu časti pokojnika.⁸⁹ Imovinskopravno ostvarenje primjetno je u pravu na organizaciju

⁸³ O primjeni rimskog prava kao suspsidijarnog izvora: Petrak, M., „Rimsko pravo kao pozitivno pravo u Republici Hrvatskoj: prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine“, *Hrvatska pravna revija* br. 6, 2006., str. 1-11.

⁸⁴ *Austrijski građanski zakonik* (prijevod D. Arandelović), Nova štamparija – Davidović, Beograd, 1906., str. 39.

Još širi koncept objekta u pravu postavlja OIZ, gdje u čl. 15 stoji da objekt prava može biti *sve što god prolazi među ljudima, te ima kakvu imovinsku vrijednost: stvari nepokretne i pokretne, svakojaka prava u stvari ukorijenjena, prava na čije djelo i radnju*. Ovako postavljena definicija, u usporedbi s drugim građanskim kodifikacijama, ostavlja najširi prostor za promatranje ljudskog tijela kao stvari na kojoj je moguće konstituirati određena prava (Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru – drugo izmijenjeno izdanje, Državna štamparija na Cetinju, Cetinje, 1898., str. 6).

⁸⁵ Gams, *ibid.*, str. 30.

⁸⁶ Op. a. Dr. sc. Aleksandar Badaj (Cernik, 1858. – Zagreb, 1937.) bio je odvjetnik u Zemunu, član Hrvatskog sabora (1906. – 1919.) i delegacije Ugarsko-hrvatskog sabora, povjerenik za pravosuđe u Narodnom vijeću SHS (1918. – 1919.) i predsjednik Stola sedmorice (1919. – 1928.).

⁸⁷ Badaj, A., „Pravo na mrtvacu“, *Mjesečnik pravničkoga društva u Zagrebu* br. 3, 1903., str. 206.

⁸⁸ „Zakon o kaznenom postupku iz 1875. godine“, u: *Zbornik zakona i naredbi za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju za 1875. godinu*, br. 1-88, Narodne novine, Zagreb, 1876., str. 332.

⁸⁹ U okviru čl. 495. navodi se kako se istraga i osuda provode na traženje one strane koja je pretrpila uvredu, a ukoliko je napad na čast bio usmjeren prema umrloj osobi, onda su krvni srodnici, supružnici, roditelji, roditelji usvojene djece, djeca, usvojena djeca, šticeinci ili tazbina u uzlaznoj ili silaznoj liniji (...) (op. a. legitimirani) u svrhu zaštite časti pokojnika pokrenuti kaznenopravno gonjenje („Kaiserliches Patent vom 27. Mai 1852, Allgemeines Reichs“, u: *Gesetz und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich*, Jahrgang, Wien, 1852., str. 583).

pogreba, pravu na čuvanje ili prijenos tijela umrlog,⁹⁰ dok osobnopravno ostvarenje dolazi do izražaja u mogućnosti kognata da obrane čast umrle osobe.⁹¹

Pitanje koje ostaje nejasno jest koji je to krug osoba pozvan u pogledu ostvarivanja prava spram tijela umrle osobe. Badaj u pokušaju da ponudi odgovor na ovo pitanje poseže za primjenom, općepoznatog, već spomenutog članka 7. OGZ-a, navodeći da svaki zakon, mora kazati i oni što zakonodavac nije odredio, a da je mislio na neki slučaj *in concreto*.⁹²

Primjenjujući članak 7. OGZ-a, Badaj otvara mogućnost primjene prirodnog prava, i to ističući kako u temeljima pravne regulacije nasljednopravnih odnosa po OGZ-u stoji kategorija rimskog prava – *ratione sanguinis*, kao *ratio iuris* uređenja odnosa umrlog prema njegovoj obitelji. S tim u vezi, a razmatrajući rimsku koncepciju,⁹³ konstatira postojanje „mrtvačkog prava“ koje je ustanovljeno institucijama pozitivnog prava. Navodi kako ono po porijeklu spada u privatno pravo, preciznije u pravo rodbinskih odnosa. Po njegovu mišljenju, obvezno je ravnati se po odredbi pokojnika, a u slučaju kada je nema, na vršenje prava pozivaju se nužni nasljednici i bračni drug, a kasnije i ostala rodbina po nasljednom redu.⁹⁴

Postoje i autori koji se ne slažu s ovakvom koncepcijom, tako austrijski pravnik Pfersche smatra kako tijelom umrle osobe treba raspolagati blizak srodnik koji je živio s njim u domaćinstvu pa tek onda nasljednik.⁹⁵

Ipak, mi smo mišljenja kako je ipak logičnije, oslanjajući se na rimsku koncepciju, ovu mogućnost dati osobama iz kruga nužnih nasljednika. Naime, napuštanje ovakve koncepcije uvelo bi nas u začarani krug u okviru kojeg bi se *in concreto* trebalo cijeniti razloge zbog kojih je određeni srodnik živio s umrlim u domaćinstvu. Sama činjenica zajedničkog života, katkad, ne mora značiti dobre i bliske odnose, već jednostavno jedino ekonomski prihvatljivo rješenje. S druge strane, nužni nasljednici uvijek predstavljaju najbliže srodnike, a i zakon im garantira participiranje u imovini umrlog, izuzev ekshereditacije kojom će svakako izgubiti i pravo da donose bilo kakve odluke o tijelu umrlog.

Iako Badaj ne posvećuje posebnu pozornost dodatnom afirmiranju teze o primjeni rimske pravne koncepcije u pravnu Monarhije, postoje određeni propisi koji nam indirektno kazuju kako su, nesporno, nužni nasljednici, uključujući i bračnog partnera, oni koji su najpozvaniji u pogledu ostvarivanja prava u vezi s tijelom

⁹⁰ U Pravilniku se jasno se uočava postojanje objektivnog prava u vezi s tijelom umrle osobe i izraženo je u pravu da se zahtijeva ekshumacija i prijenos mrtvacâ. Pravilnik je regulirao i pitanje troškova koji nastaju iz ovih postupaka, navodeći u čl. 15 kako svi troškovi koji nastaju vezano uz otpremu tijela i djelovanje povjerenstva koji prati postupak, imaju biti izmireni od strane stranke koja je postupak pokrenula („Pravilnik za otpremu mrtvacâ radi pogreba u drugo mjesto“, u: *Zbornik zakona i naredbi za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju za 1901. godinu*, br. 10, Narodne novine, Zagreb, 1901., str. 62 i dalje).

⁹¹ Usp. bilj. 59.

⁹² Badaj, *ibid.*, str. 207.

⁹³ Badaj svoje zaključke izvodi konzultirajući sljedeće izvore rimskog prava: D. 47. 12. 3. 3.; D. 48. 24. i D. 47. 12.

⁹⁴ Badaj, *ibid.*, str. 208.

⁹⁵ Pfersche, E., *Österreichisches Sachenrecht*, Manz, Wien, 1893., str. 47.

umrle osobe. Tako članak 3., stavak 2. Zakona o dužnosti željezničkih pothvatnika propisuje da se u slučaju smrti mora nadoknaditi šteta, namiriti troškovi pogreba, i uz to uzdržavati one koje je umrli, ispunjavajući zakonom naloženu dužnost, uistinu uzdržavao.⁹⁶

Obveza uzdržavanja propisana je nedvosmisleno, no teleološkim tumačenjem odredbe mišljenja smo kako se može smatrati da će i naknada štete i troškovi pogreba biti isplaćeni istim osobama. Kad je riječ o šteti, imamo u vidu da su oni ti koji upravo najviše gube zbog smrti pokojnika jer ostaju bez osobe koja im je osiguravala sredstva neophodna za život. U pogledu troškova pogreba, kako smo već i utvrdili, pravilo je da se namiruju iz ostavine kao primarna obveza, što u ovom primjeru neće biti slučaj jer će poslodavac umrlog preuzeti snošenje tih troškova i na taj način spriječiti umanjeње imovine osoba koje je umrli uzdržavao ili im nadoknaditi umanjeње imovine, ako su troškove samostalno izmirili.

Ove osobe, odnosno osobe koja je umrli uzdržavao, prema našem mišljenju, a utemeljenom na analizi drugih pravnih propisa iz ovog razdoblja, ulaze u krug nužnih nasljednika. Naime, Zakon o obiteljskom doplatku zemaljskih namještenika propisao je u okviru članka 7. kako su uzdržavane osobe, za koje se ostvaruje pravo na doplatku, djeca do navršениh 16 godina starosti, iznimno do 24. godine starosti uz obavezno obrazovanje i ostvarenje odličnog uspjeha. Člankom 8. propisano je da namještenik, ako nema djece, naknadu za uzdržavanje može primati ukoliko uzdržava najmanje dva obiteljska člana, bez vlastitog dohotka, a u zajedničkom domaćinstvu.⁹⁷ Među te, očito kognatske srodnike, nesporno spada i bračni drug.⁹⁸ Napominjemo kako odredba o obveznosti životu u zajedničkom domaćinstvu za potvrđivanje naših teza i nije relevantna cijeneći da mi primjenom analogije pokušavamo doći do zaključka o kojim osobama je riječ kada govorimo o ostvarivanju prava u vezi s tijelom umrloga.⁹⁹

Shodno gore izvedenim zaključcima, utemeljenima na kombinaciji osobnih veza, srodstva i pitanja izmirivanja pogrebnih troškova, možemo konstatirati kako se subjektivno pravo u vezi s tijelom ostvarivalo u okviru kruga nužnih nasljednika,

⁹⁶ „Zakon o dužnosti željezničkih podhvatničtvah naknaditi štetu, počinjenu na željeznicah dogodjaji, s kojih čovjek izgubi život ili bude ranjen“, u: *Zbornik zakona i naredbi za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju za 1877. godinu*, br. 1, Narodne novine, Zagreb, 1877., str. 803 i dalje.

⁹⁷ „Zakon o obiteljskom doplatku zemaljskih namještenika u kraljevinama Hrvatskoj i Slavoniji“, u: *Zbornik zakona i naredbi za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju za 1916. godinu*, br. 22, Narodne novine, Zagreb, 1916., str. 10 i dalje.

⁹⁸ Postoji više propisa koji reguliraju da u slučaju smrti vojnika bojnog pomorstva ili domobranstva, potpore trebaju biti isplaćivane udovicama i siročadi umrlih mobiliziranih osoba. Vidi više: „Zakonski članak XXIV. zajedničkog hrvatsko-ugarskoga sabora o privremenom podupiranju udovah i siročadi onih osoba vojske (bojnoga pomorstva) i domobranstva, koje su umrle usljed nemirah, nastalih u zaposjednutih pokrajinah i u južnih krajevih Dalmacije“, u: *Zbornik zakona i naredbi za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju za 1882. godinu*, br. 1, Narodne novine, Zagreb, 1882., str. 337 i dalje.

⁹⁹ Op. a. Odredba o životu u okviru zajedničkog domaćinstva nesporno ima svoj smisao u kontekstu regulacije uzdržavanja, s obzirom na to da ograničava krug osoba koje bi mogle tražiti uzdržavanje sprečavajući moguće zlouporabe prava.

prvenstveno bračnog druga i djece, a ako njih nije imao, onda i drugih najbližih kogratskih srodnika (preci, braća, sestre).¹⁰⁰

5.2. Komparativni pogled – Njemačka i Francuska

Komparativno i povijesno promatrajući, na prostoru Europe, u doktrini i praksi razvijeno je nekoliko pristupa. U nastavku ćemo pokušati vrlo sažeto ukazati na neke različitosti u supstantivnim pogledima vezanima uz pravo nasljednika u vezi s tijelom umrle osobe.

Ni Njemački (dalje: BGB), ni Francuski građanski zakonik (dalje: Code civil) u svojim osnovnim verzijama ne reguliraju ova pitanja, no različitim tumačenjima u doktrini su ponudeni određeni odgovori.

Tragom analize BGB-a, velik broj njemačkih autora tijelu umrle osobe pristupa na sličan način kako smo i mi pristupili u našoj analizi. Uzimaju da je riječ o stvari, s tim da pojedini autori navode kako je riječ o stvari bez vlasnika (*res nullius*), dok pojedini drže da je u pitanju stvar *sui generis* prirode nad kojom nasljednici ili srodnici imaju izvjesno pravo posjeda. Ovakvu koncepciju o mogućnosti isključivo posjedovnih prava obrazlažu činjenicom da nije moguće konstituirati vlasništvo, imajući u vidu načela morala.¹⁰¹ U novijoj literaturi mogu se naći rasprave o ustavnim garancijama na ljudsko dostojanstvo koje država mora štiti i nakon smrti čovjeka (*njem. postmortale Menschenwürde*), ali i rasprave o krugu titulara i pravu na tijelo umrle osobe, posebno u kontekstu korištenja tijela u medicinske svrhe i tome slično.

Pravo raspolaganja tijelom umrle osobe, odnosno pravo u određivanju mjesta i načina pogreba, kao i vršenje nekih drugih prava vezanih uz tijelo umrle osobe u Njemačkoj se označava pojmom *totenfürsorgerecht*. Osim određenih ustavnopravnih i javnopravnih pitanja, ovo pravo može biti predmetom privatnopravnih odnosa i sporova, a njemačka pravna doktrina u tom ga je smislu svrstala u „ostala prava“ u smislu članka 823. BGB-a.¹⁰² Potpuno je nesporno da umrla osoba za života može odlučiti o mjestu i načinu ukopa svog tijela. U pravnoj je praksi zauzeto stanovište da nije bitna forma takvog očitovanja. Dovoljno je da se volja umrloga da sa sigurnošću ustanoviti. Takav stav zauzeo je Njemački vrhovni sud,¹⁰³ ali i pravna

¹⁰⁰ Op. a. Komparativno promatrajući, i suvremeno talijansko pravo uzet će u obzir pitanje izmirenja pogrebnih troškova iz imovine umrlog, u kombinaciji sa srodstvom s pokojnikom, u procesu utvrđivanja kruga titulara ovlaštenih za donošenje odluke o kremaciji. Vidi više: Legge n. 130, „Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri“, *Gazzetta Ufficiale* n. 91, 19. 4. 2001.

¹⁰¹ Oertmann, P., *Kommentar zum BGB – Allgemeiner Teil*, Heymann, Berlin, 1937., str. 258; Enneccerus, L., Kipp, T., Wolff, M., Nipperdey, H. C., Lehmann, H., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht I/1*, Marburg, 1952., str. 496; Lehmann, H., Hübner, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, de Gruyter, Berlin, 1966., str. 373 (citirano prema: Gams, *ibid.*, str. 34).

¹⁰² Vidi na primjer: Palandt, O., *Kommentar zum BGB*, § 1922 BGB Rn. 12.

¹⁰³ *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012., sv. 23, br. 1651. (Dostupno na: <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fzeits%2fNJW%2f2012%2fcont%2fNJW%2e2012%2eH23%2eg12%2ehtm>, pristupljeno 30. rujna 2019).

doktrina.¹⁰⁴ Ukoliko nedostaje očitovanje volje umrle osobe, najveći dio njemačkih autora smatra da srodnici predstavljaju krug osoba obveznih u vršenju tipičnih prava (*njem.* totenfuersorgerecht). U literaturi se ističe da je ova obveza srodnika zasnovana na običajnom pravu, koje je svoj izraz našlo u pozitivnom zakonodavstvu Njemačke. Riječ je o Zakonu o pogrebu od 15. svibnja 1934. godine (*Gesetz ueber die Feuerbestattung*)¹⁰⁵ i pokrajinskim zakonima o pogrebu. Prema članku 2. navedenog zakona, u slučaju neočitovanja volje, pozivaju se srodnici da odluče o načinu pogreba umrle osobe, i to: *supružnik, srodnici i tazbina po uzlaznoj i silaznoj liniji, braća i sestre, djeca i zaručnici*. Isti članak propisuje da, u slučaju spora o načinu pogreba, prednost ima *volja supružnika u odnosu na srodnike, volja djece ili supružnika u odnosu na ostale srodnike, volja bližih srodnika u odnosu na dalje ili volju zaručnika*. Kod spora između srodnika istog stupnja, zakon je ostavio upravno-policijskoj vlasti da o tome odluči, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.¹⁰⁶ Dakle, tumačeći ovaj zakon, koji predstavlja kodifikaciju njemačkog običajnog prava, možemo ustanoviti redoslijed kako slijedi: 1. supružnik, 2. djeca i njihovi supružnici, 3. roditelji, 4. djedovi i bake, unuci, braća i sestre, 5. pradjedovi i prabake, prauunci, djeca braće i sestara, 6. prapradjedovi i praprabake, prapraunuci, 7. zaručnici.¹⁰⁷ Unatoč prevladavanju ovakvog pristupa, u literaturi, pravnoj praksi i pokrajinskom zakonodavstvu ne postoji jedinstveni stav o redoslijedu srodnika koji bi vršili to pravo.¹⁰⁸

S druge strane, francuska doktrina izgrađena na temeljima Code civila izgradila je drukčiji pristup. Francuski autori, vjerojatno pod snažnim utjecajem revolucionarnih ideja o slobodi, jednakosti i dostojanstvu svih ljudi, smatraju kako ljudsko tijelo, ali i tijelo umrle osobe ne može predstavljati imovinu u bilo kom smislu te zaključuju kako se ovdje krećemo isključivo u sferi osobnih otprema. Oni raspolaganja vezana uz tijelo umrle osobe smatraju pravnim poslovima, ali ne prepoznaju bilo kakva imovinskopravna ostvarenja.¹⁰⁹ Tu bi se, u pravilu, kao titulari trebali pojaviti

¹⁰⁴ BeckOK BGB/Lohmann, 47. Ed. 01. 05. 2018, BGB § 1968 Rn. 1, 2 (Dostupno na: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeckOKBGB_47%2fBGB%2fcont%2fBECKOKBGB%2eBGB%2eP1968%2egII%2egl2%2ehtm, pristupljeno 30. rujna 2019).

¹⁰⁵ Reichsgesetzblatt, teil I, Reichsministerium des Innern, Berlin, 1934., 380 i dalje.

¹⁰⁶ *Ibid.*, str. 380.

¹⁰⁷ Die Totensorgeberechtigten und die Verbindlichkeit von Bestattungsverfügungen sowie Vorsorgeverträgen, dostupno na: <https://www.aeternitas.de/inhalt/recht/medien/dateien/totensorgerecht.pdf>, pristupljeno 30. rujna 2019.

¹⁰⁸ Vidi na primjer Zakon o pogrebu Berlina (Gesetz über das Leichen- und Bestattungswesen, dostupno na: <https://www.berlin.de/senuvk/umwelt/stadtgruen/gesetze/download/bestattungsgesetz.pdf>, pristupljeno 30. rujna 2019).

¹⁰⁹ Carbonnier, J., *Droit civil I*, Paris, 1965., str. 178; Marty, G., Reynaud, P., *Driot civil I*, Sirey, Paris, 1961., str. 481-483 (citirano prema: Gams, *ibid.*, str. 36).

srodnici koji bi imali zadatak pobrinuti se o tijelu umrle osobe, pazeći prvenstveno na dostojanstvo umrle osobe.¹¹⁰

6. ZAKLJUČCI

Sumirajući sve navedeno, možemo konstatirati kako višetisućljetni razvoj prava na europskom tlu nije ponudio jedinstvene odgovore o krugu titulara kojima pripada pravo u vezi s raspolaganjima tijelom umrle osobe. Povijesno gledajući, riječ je o pitanjima čiji su se odgovori nalazili na granicama pontifikalnog i civilnog prava.

U rimskom pravu gotovo da i nemamo izvore koji pažnju posvećuju direktno tijelu umrle osobe. Tijelo kao takvo nije bilo zaštićeno. Pokojnik se štitio, prvenstveno, kroz zaštitu groba, koji je smatran stvari posvećenoj kultu pokojnika – *diis manibus relictæ*. Unatoč tome, naša analiza jasno afirmira tezu o postojanju pravila iz sfere pogrebnog prava, kojima je regulirano konstituiranje određenih ograničenih prava u vezi s tijelom umrle osobe, usko povezanih s odlučivanjem o načinu obavljanja pogreba, kremacije, prijenosa tijela, izgradnji nadgrobno spomenika i slično.

Glede raspolaganja tijelom umrle osobe, u prvom redu, rimski izvori kazuju kako umrla osoba ima pravo slobodno odlučiti gdje i kako želi biti pokopana, odnosno slobodno izraziti volju donoseći odluku o svom pogrebu i grobu ili pristupajući nekoj od pogrebnih udruga. Konstatirajući kako je riječ o imovinskopравnim pitanjima, koja svoje izvorište vuku iz osobnih veza s umrlom osobom, izveli smo nekoliko zaključaka o krugu titulara ovlaštenih u vršenju ovih prava. Tako u slučaju nepostojanja izražene volje od strane umrlog, mišljenja smo kako se u takvoj situaciji na vršenje prava imaju pozvati bračni drug i nužni nasljednici. Nužni nasljednici predstavljaju najbliže srodnike, a pravo im, prepoznavajući značaj bliskosti s umrlom osobom, garantira i dobijanje nekog dijela nasljedstva iz kojeg se će se po prirodi stvari prvo isplaćivati pogrebni troškovi jer *quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur*. Titulari za vršenje prava pozivaju se onim redom kojim bi ih i po rimskom pravu pozivali na nasljedstvo, neovisno o tome jesu li išta iz imovine umrlog naslijedili. Jedina iznimka u ostvarivanju prava bila bi ekshereditacija, za koju mora postojati opravdan razlog, a kojom će titular izgubiti i pravo da donosi bilo kakve odluke vezane uz tijelo umrlog. S druge strane, paralelno se kao titular pojavljuje i bračni drug, koji, imajući u vidu i *ratio iuris* uređenja ovih odnosa, ima i prednost u odlučivanju, s obzirom na to da izvorište ovih prava predstavljaju osobne veze s umrlom osobom.

¹¹⁰ Tako na primjer u francuskoj praksi imamo interesantan slučaj gdje su brat i sestra, Michel i Joelle Leroy, nakon smrti majke, nekoliko mjeseci čuvali tijelo u zamrzivaču sa staklenim vratima u okviru podruma njihove kuće na francuskom otoku Reunion u Indijskom oceanu. Od suda su zatražili da im se dozvoli da na isti način nastave čuvati tijelo. Sud je zahtjev odbio, naglašavajući kako konzerviranje mrtve osobe zaleđivanjem, u očima zakona ne smatra načinom na koji bi se trebalo postupati prema umrlima. (*Mom's freezer corpse a thaw point*, New York Post, dostupno na: <https://nypost.com/2000/05/31/moms-freezer-corpse-a-thaw-point/>, pristupljeno 27. rujna 2019.

Sličan pristup vidljiv je i kroz komparativnu analizu izvora kanonskog prava. Uz mogućnost slobodnog izražavanja volje o *post mortem* raspolaganju vlastitim tijelom, u izvorima se, uz bračnog druga, navode i obitelj i nasljednici. Tumačenjem predmetnih odredbi, prepoznavanjem i srodstva i nasljedstva kao kriterija, zaključili smo kako će i u ovakvom konceptu, u prvom redu na ostvarivanje prava biti pozvani nužni nasljednici jer oni predstavljaju osobe koje sjedinjuju oba kriterija.

Posebna pozornost u radu posvećena je OGZ-u posredstvom kojeg je rimska pravna tradicija uveliko oblikovala privatnopravne sustave srednje i jugoistočne Europe. Iako u osnovnoj verziji ova pitanja nisu regulirana, OGZ je ostavio mogućnost primjene prirodnog prava. Primjenom prirodnog prava, a imajući u vidu da u temeljima nasljednopravnih odnosa imamo kategoriju *ratione sanguinis*, kao *ratio iuris* uređenja odnosa umrlog spram obitelji, potpuno je jasno da ova pitanja imaju biti riješena u duhu rimske pravne tradicije. Primjenom ovih principa, analizirajući zakonske propise i doktrinarnu analizu iz razdoblja Austro-Ugarske Monarhije, nedvosmisleno smo potvrdili naše teze o krugu ovlaštenih titulara.

Također, mišljenja smo kako bi napuštanje predstavljene koncepcije, uz davanje prednosti isključivo srođnicima, kako to pojedini autori navode, uvelo pravni sustav u začarani krug u okviru kojeg bi se *in concreto* moralo cijeniti odnose srođnika s umrlom osobom. Čak, ni život srođnika u zajedničkom domaćinstvu, koji je katkad istaknut kao supsidijarni uvjet uz srodstvo, ne pruža dovoljno garancije da je riječ o istinski dobrim i bliskim osobnim vezama.

Shodno svemu navedenom, mišljenja smo da naš koncept o krugu titulara ovlaštenih u vršenju prava vezanih uz tijelo umrle osobe, uspostavljen na rimskim pravnim temeljima predstavlja logično postavljen koncept. Utemeljen je na pravičnim načelima rimske pravne tradicije, na kojima počiva cjelokupan nasljednopravni sustav u Europi. Ovakav koncept, imajući u vidu da je u potpunosti potvrđen u okviru pravne kulture OGZ-a, može biti prihvaćen i u suvremenoj praksi sudova u zemljama koje pripadaju ovoj pravnoj obitelji.

DEVELOPMENT OF THE FUNERAL LAW IN ROMAN LEGAL TRADITION

Certain Roman legal texts, most notably the *Institutes* of Gaius, show that it is not possible to constitute private law on the body of a deceased, since it belongs to Manes, gods of the afterlife. Nevertheless, detailed analysis of legal texts, which represents the first part of the paper, confirms the possibility of limited constitution of private law relating to corpse, but also gives answers about persons who have the right to organize funeral, cremation, transfer the body, build a monument, etc.

The author believes that these rights, in the first place, belonged to the deceased, and if not specified, to the spouse and necessary successors were invited to exercise these rights. Inheritors are invited to acquire the rights in the order of precedence of legal inheritance, whether or not they inherited any assets.

The second part of the paper comparatively presents conception of Canon Law as well as European Law in the age of modern codifications of private law during 19th century and the beginning of 20th century. Bearing in mind, there are unified views on these issues, author gives special attention to the legal culture of Austrian Civil Code, leaving the possibility to solve legal voids in the spirit of Roman legal tradition.

Key words: *Roman Law, res religiosae, corpse, inheritance law, Canon Law, Austrian Civil Code*