

## O TZV. AKTUALIZIRANJU ISTRAŽIVANJA RIMSKOG PRAVA

Lujo Margetić, akademik  
Rijeka

UDK: 347.23(37)  
Ur.: 30. kolovoza 2006.  
Pr.: 14. studenog 2006.  
Izvorni znanstveni članak

*Ponajprije se raspravljaju teze romaniste M. Petraka objavljene 2003. god., po kojima je nakon propasti komunizma u Hrvatskoj došlo do obnove rimske pravne tradicije na polju stvarnog prava napuštanjem sustava društvenog vlasništva i vraćanjem na ideju vlasništva u skladu s definicijom Bartola de Saxoferrata.*

*Nakon toga diskutiraju se teze istoga autora iz 2005. god., po kojima bi se rimska pravna pravila, osobito ona iz D. 50, 17, u Republici Hrvatskoj mogla primjenjivati kao neposredno vrelo prava, na koje bi se moglo izravno pozivati sudstvo.*

**Ključne riječi:** rimsko pravo, hrvatsko obiteljsko pravo.

### I.

O temi, naznačenoj u naslovu ovoga rada, u novije je vrijeme najkompetentnije pisao Petrak.<sup>1</sup> On je upozorio na polemiku, koja se vodi između onih koji se zalažu za romanistiku kao isključivo pravno-povijesnu disciplinu, sasvim odvojenu od suvremene privatnopravne dogmatike, (tzv. historizirajuće stajalište) i onih koji zahtijevaju od romanistike "da se u cijelosti poveže sa suvremenom privatnopravnom dogmatikom i znanošću komparativnog privatnog prava te bezrezervno stavi svoj znanstveni potencijal u službu stvaranja novog europskog privatnopravnog sustava"<sup>2</sup> (tzv. aktualiziranje). Pri tome je Petrak osobito istaknuo stajalište Catalana, izraženo 1990. god., po kojem se ovaj ugledni talijanski romanist okomio na one koji rimsko pravo smatraju nekom vrsti arheologije (*avanzo di archeologia*). Po Catalanu je takva diskusija prevladana

<sup>1</sup> M. PETRAK, Rimsko pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (5), 2002., 1045-1060.

<sup>2</sup> N. d., 1045-1046.

tvrdnjom da je rimsko pravo samo po sebi "živa bit prava". Petrak se u cijelosti pridružuje Catalanu i upozorava čitatelja da će Catalanovo stajalište biti "metodološko ishodište" od kojega će krenuti njegova razmatranja o rimskim temeljima suvremenoga hrvatskoga stvarnog prava.

Pri tome je Petrak kao ilustraciju svojeg stajališta iznio anegdotu, koju je čuo od studenta prava u Salamanki. U tom gradu postoji most iz rimskog doba. U novije je vrijeme sagrađen novi moderni most. Taj se most urušio pa se promet morao odvijati preko "neuništivog rimskog mosta". Usporedba sudbine tih dvaju mostova podsjeća Petraka na sudbinu komunističkih pravnih poredaka, čiji su marksistički ideolozi odbacivali rimsko pravo kao temelj tih poredaka i posve se udaljili od rimskopravne tradicije. Kada se totalitarni komunistički sustav srušio, zaključuje Petrak, suvremeni pravni promet u tranzicijskim zemljama iznova je u određenoj mjeri morao krenuti tragom rimske pravne tradicije.<sup>3</sup>

U nastavku svoga članka Petrak ističe kao ključni korak u smjeru reintegracije hrvatskoga pravnog poretka u krug kontinentalno-europskih prava, donošenje Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV).<sup>4</sup> Petrak osobito naglašava da je taj zakon izgrađen na normativnim temeljima austrijskog ABGB,<sup>5</sup> u nas u literaturi uobičajeno skraćeno zvanog OGZ, Opći građanski zakonik,<sup>6</sup> pa ćemo ga tako u ovome radu i mi nazivati. S pravom ističe da je ABGB (OGZ) duboko ukorijenjen u hrvatsku pravnu tradiciju i da je, s druge strane, utjecaj rimske pravne tradicije na njega bio od temeljnog značenja.<sup>7</sup>

Petrak ističe da je nakon Drugog svjetskog rata, sukladno marksističkoj ideologiji, u nas usvojeno izrazito kolektivističko gledanje na vlasništvo i da se postupno izgradio posebni sustav društvenog vlasništva. Usto, 1980. god., donesen je i Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (ZOVO),<sup>8</sup> kojim je reguliran onaj preostatak stvarnog prava koji nije bio uključen u tzv. društveno vlasništvo. Zaključuje da je s tim komunističkim pravnim eksperimentima odlučno raskinuto u Hrvatskoj tek 1996. god. donošenjem već spomenutog ZV-a. Raskidanje s totalitarnim pravnim naslijeđem značilo je vraćanje rješenjima, kojima je hrvatsko stvarno pravo i u prošlosti bilo u najvećoj mjeri utemeljeno, na rimskim pravnim temeljima.

<sup>3</sup> Ovim pertinentnim Petrakovim zapažanjima mogli bismo dodati još jedan primjer drugoga totalitarističkog režima u 20. stoljeću. Nacional-socijalistička njemačka radnička partija (NSDAP) donijela je još 1920. god. program svog djelovanja i u njemu kao najvažniju točku istakla čistoću i jedinstvo njemačkog naroda, a kao posebne neprijatelje spominje Židove, "trule zapadne demokracije" i "međunarodni komunizam" i zahtijevala "da se rimsko pravo, koje je omogućilo materijalističko organiziranje svijeta zamijeni općim njemačkim pravom". Inače, "anegdota" studenta iz Salamanke ne čini se baš uspješnom. Metafora ne pogada ono bitno.

<sup>4</sup> Narodne novine 91/96. od 28. listopada 1996.

<sup>5</sup> T. j. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

<sup>6</sup> Ondje, gdje Petrak piše "ABGD", dodajemo u zagradama kraticu OGZ.

<sup>7</sup> PETRAK, (bilj. 1), 1048.

<sup>8</sup> Službeni list SFRJ 6/1980. i 36/90.

Nakon ovih općih razmatranja o situaciji u segmentu stvarnih prava u Hrvatskoj, Petrak prelazi na istraživanje pojedinih problema.

Već kod prve raščlambe, one o problemu pojma stvari, zapaža da se hrvatski ZV iz 1996. god. udaljio od rimske pravne tradicije, izražene još u ABGB (OGZ). Dok OGZ u § 292 dijeli stvari na tjelesne i netjelesne, slijedeći pri tome rimsko pravo, hrvatski ZV priklonio se definiciji Njemačkog građanskog zakonika (dalje: BGB) u kojoj se pod pojmom "stvari" razumijevaju samo *tjelesne* stvari.

Mnogo je važnije Petrakovo izlaganje o institutu vlasništva. Primjećuje da je definicija vlasništva po ZV-u "svojevrsna sinteza dviju definicija vlasništva, tj. one iz § 354 ABGB-a (OGZ-a) i § 903 BGB-a, a ta sinteza, pak, nije ništa drugo već slavna definicija Bartola de Saxoferrato, po kojoj je vlasništvo *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*.

Nakon toga, uspoređuje rješenja ABGB-a (OGZ-a) s rješenjima ZV-a u pogledu originarnog i derivatnog stjecanja prava vlasništva i ujedno uvjerljivo dokazuje da su oba zakona slijedila rimsku kazuistiku i terminologiju naslijeđenu iz rimske pravne tradicije. Do istoga zaključka dovodi ga i raščlamba instituta služnosti, založnog prava i, kao osobito značajno, vraćanje ZV-a na rimsko načelo *superficies solo cedit*.

Ukratko, zaključuje svoj rad da je nakon pada komunizma suvremeno hrvatsko stvarno pravo u velikoj mjeri obnovljeno na rimskim pravnim temeljima, tako da su ona ponovno izbila u prvi plan, čime su ostala važnom sastavnicom reintegracije hrvatskog građanskog pravnog sustava u okrilje europske pravne kulture. Sve to podsjeća Petraka na Goetheovu misao da rimsko pravo uvijek iznova živo iskrsne nakon privremene prikrivenosti.

Svojim je radom uspio dokazati da je novo suvremeno hrvatsko pravo nakon pada komunizma u velikoj mjeri obnovljeno na rimskim pravnim osnovama, odnosno, da već OGZ, a nakon njega ZOVO iz 1980. i pogotovu ZV iz 1996. čvrsto stoje na rimskoj pravnoj tradiciji. Petrak time nije dokazao ništa nova, a čini se da mu to i nije bila namjera. Njegova je namjera, smatramo, bila da krene od Catalanovih dubokih analiza i dokaže da je rimsko pravo i za današnje (uključujući i naše) pravo "živa bit prava". Ponovimo, kako je upozorio da u najvažnijem privatnopravnom institutu, u vlasništvu, definicije OGZ-a, BGB-a i ZV-a zaostaju za pregnantnom definicijom Bartola de Saxoferrato po kojoj je ovaj u skladu sa srednjovjekovnom rimskom tradicijom definirao vlasništvo kao *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*.

Petrak je osobito snažno podcrtao ideju jedne, a ne više, vrsti prava vlasništva. U tom je smjeru temeljna Petrakova zamjerka "komunističkoj kolektivističkoj koncepciji", po kojoj vlasništvo nije bilo definirano kao potpuna privatna vlast na stvari, već kao "skup taksativno nabrojenih ovlasti".

Međutim, što je temelj Bartolove koncepcije vlasništva? Premda on nije prvi koji bi spomenuo razliku između *dominium directum* i *dominium utile*, ipak je on bio prvi koji je dao zaokruženu i dobro promišljenu koncepciju razlikovanja tih dvaju vlasništva. Dapače, on je išao i korak dalje i tvrdio "*Veritas est quod praescriptio completa acquiritur utile dominium. Sed ante praescriptionem*

*completam, ea pendente, dicitur habere quasi dominium (...) Et sic aliud est dominium directum aliud utile, aliud quasi dominium*". (Očito je da se dovršetkom dosjeloosti stječe koristovno vlasništvo. Ali i prije dovršene dosjeloosti, dok ona traje, treba reći da postoji kvazi-vlasništvo). Ovo kvazi-vlasništvo bilo bi u slučaju gubitka posjeda zaštićeno s *actio publiciana* (dakako, ako postoji zakonski naslov i dobra vjera). U svakom slučaju sve ovo ne potječe ni iz rimskog ni germanskog ni feudalnog prava, već je Bartolov značajan doprinos teoriji vlasništva. Bartol osobito naglašava da je vlasništvo pravo potpunog raspolaganja nekom tjelesnom stvari, osim onog što zakon zabranjuje: *dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*. Po Bartolu ova definicija ističe razliku prema netjelesnim stvarima "u kojima nema pravog vlasništva" *in quibus non cadit dominium proprie*. Ali, on se na tome ne zaustavlja i ističe postojanje više vrsti vlasništva: "*dominium potest accipi pro quodam genere: pro dominio pleno; item pro proprietate nuda; item pro usufructu generali; qui habet aliquod ius in re potest recte dicere ego habeo dominium illius iuris ut l. 3, D. 7, 6 i l. 12 § 1, D. 41, 2* (pod vlasništvom može se smatrati nekoliko vrsta; npr. ako je riječ o punom vlasništvu; nadalje, u slučaju golog vlasništva; zatim, u slučaju općeg plodouživanja; (ukratko) tkogod ima neko pravo, može s pravom reći: imam vlasništvo onog prava, kao npr. u l. 3, D. 7, 6 i l. 12 § 1, D. 41, 2).

Drugim riječima, po Bartolu je vlasništvo pravo uživanja i raspolaganja jednom ili više koristi, koje se mogu dobiti iz određene stvari.

Ukratko, Bartolova koncepcija vlasništva uključuje nekoliko tipova vlasništva, tj. on uvodi pojam punog (*dominium plenum*) i koristovnog (*dominium utile*) vlasništva i dopušta da se pod pojam vlasništva može uključiti "svako pravo koje netko ima" (*qui habet aliquod ius*).

Ipak bi kod toga trebalo uzeti u obzir još neka zapažanja:

Bartolovo shvaćanje vlasništva kao skupa ovlaštenja, od kojih se svako od njih može nazvati vlasništvom, genijalna je koncepcija kojom je on nastojao udovoljiti zahtjevima srednjovjekovna života teoriji da pravno utemelji ne samo vlasništvo feudalca, tj. onoga koji daje zemlju na iskorištavanje nego i vlasništvo neposrednog obrađivača, tj. onoga koji radi na zemlji i kojega se zbog toga, kao vlasnika, ne može udaljiti sa zemlje, izuzev specifičnih okolnosti, npr. ako je obitelj izumrla. Život je osobito zahtijevao pravno utemeljenje dviju vrsti vlasništva, *dominium directum* i *dominium utile* pa je ta Bartolova koncepcija jedan od temelja srednjovjekovnog prava, koji se sačuvao čak još i u OGZ-u. Kao što je poznato, OGZ u § 357 razlikuje "vrhovno vlasništvo" (*Obereigentum*) od "koristovnog vlasništva" (*Nutzungseigentum*). Bartolova je zasluga što je taj *desideratum* života pravno utemeljio.

U nas je to razlikovanje sačuvano, npr. u Pulskom statutu koji također poznaje diobu vlasništva nad nekom nekretninom u tom smislu da se ovlaštenika na neko podavanje povezano s nekim zemljištem zove vlasnikom podavanja, *dominus dationis*, a ovlaštenika na posjedovanje, uživanje i otuđivanje zakupnikom, *conductor*, npr. *licitum sit (...) cuilibet conductori possessionem dationis legare per ultimam voluntatem et dare in dotem cum suo onere dationis* (dopušteno je

svakom zakupniku nekretninu s podavanjem, zapisati raspoložbom posljednju volju i dati u miraz, (ali) s teretom podavanja dok se u slučaju prodaje odobrava "vlasniku podavanja" pravo prvokupa pa mu zakupnik treba prethodno najaviti (*denunptiare*) namjeru prodaje.

Dodajmo ovdje još i odredbu Piranskog statuta po kojoj *in quacumque domo, vinea vel campus (!) pro medietate laborabitur, illa decima integre deveniat illi cuius est dominatio ipsius decime* (u kojoj se god kući, vinogradu ili polju radi na polovicu, ona desetina pripada u cijelosti onom, koji ima vlasništvo te desetine).

Dakle, po Piranskom statutu u napoličarskim zemljama možemo utvrditi čak tri "vlasnika", tj. napoličara, davaoca zemlje u napolicu i "vlasnika desetine".

Piranski statut normira, nadalje, slučaj kad netko ima voćnjak ili maslinik (*pomarium sive aulivum*) u nečijem vinogradu (*in vinea alterius*) pa odredi da polovica plodova pripada onom koji obrađuje vinograd (*donec laboraverit ipsam vineam*). Dopušta se dakle posebno vlasništvo nad stablima, koje postoji uz posebno vlasništvo nasadenog vinograda i, dakako, uz posebno vlasništvo zemlje na kojoj se nalaze i voćnjak i vinograd, a tome se može pribrojiti i "vlasništvo desetine".

Smatramo da smo pokazali, kako je i istarsko pravo shvaćalo vlasništvo samo kao skup funkcija i ovlaštenja, u skladu sa shvaćanjima postglosatora i pravnih sustava koji su vladali na drugim europskim pravnim područjima u srednjem vijeku.

Ukratko, doprinos *Bartola de Saxoferrato* bio je i u ovome smjeru razvoja europskog prava od ogromne važnosti.

Nije li Bartolovo vlasništvo vrlo slično, tako reći identično, s "komunističkom kolektivističkom koncepcijom" po kojoj ono nije bilo definirano kao potpuna vlast nad stvari, već kao skup taksativno nabrojanih ovlasti? Bartol je u tome eksplicitan, jer po njemu u pojam *dominium* ulazi, uz ostalo, *usufructus generalis* i uopće, kadgod netko *habet aliquod ius*. Petrakovo duboko i iskreno zgražanje nad komunističkom kolektivističkom koncepcijom vlasništva ujedno je, ako se ne varamo, i zgražanje nad Bartolovom koncepcijom.

U svakom slučaju znanstveni pristup ne bi ni u kom slučaju trebao obuhvaćati u sebi vrijednosne sudove (ma koliko oni bili iskreni i duboki kao što je to nedvojbeno slučaj s Petrakom), već je posve dovoljno da romanist istražuje povijesni razvoj rimskog prava. Nismo previše skloni Petrakovoj tezi kako je pravi zadatak romanistike da "bezrezervno stavi svoj znanstveni potencijal u službu stvaranja novog europskog privatnopravnog sustava". Doduše, ako bi se moglo dokazati da je rimsko pravo ostalo i danas neposrednim sustavnim dijelom postojećeg pravnog poretka, onda bi situacija bila posve drukčija: rimsko pravo kao dio sadašnjeg pravnog poretka bilo bi u tom slučaju dio sadašnje pravne stvarnosti pa bi doista bila dužnost svih romanista da se "bezrezervno stave u službu današnjeg prava".<sup>9</sup>

<sup>9</sup> PETRAK, (bilj. 1), 1046.

Međutim, u svojem radu iz 2002. god., Petrak nije imao taj cilj. Njegova je namjera bila utvrđivanje da se ABGB (OGZ) i ZV temelje na rimskoj pravnoj tradiciji. Ta je teza već odavno temeljito istražena i znanstveno prihvaćena istina i nitko je nikad nije osporavao, pa bi se, možda malo pregrubo, moglo reći, kako Petrak "provaljuje otvorena vrata".

Konačno, par riječi o prilično čestoj uporabi rimskih pravnih pravila i danas. Rimaska pravna pravila bila su i rimskim pravnicima puke "poštalice", kojima se ukratko, (ali neprecizno) podsjećalo na ono što su oni u načelu smatrali pukim smjerom ispravnog načina pravnog razmišljanja, a da tome nisu pridavali bilo kakvu pravnobvezujuću snagu. To su rimski pravници opetovano jasno izrazili. Primjerice Paul. D. 50, 17, 1:

*regula est, quae rem quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed e iure, quod est, regula fit* (Pravilo je ono što predmet ukratko objašnjava. Pravo se ne uzima iz pravila, već pravila nastaju iz prava):

Ili, npr. Jav. D. 50, 17, 202:

*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset* (Svaka je definicija u pravu opasna; rijetko se događa da se ne može pobiti).

Rimaska pravna pravila često se rado koriste i danas, da bi se određenom poštalicom na način, koji se vjekovima koristio, podsjetilo na opće važeća načela modernog prava. I u našim se udžbenicima često može naći citiranje nekog rimskog pravnog pravila, za koje se smatra kako bi bilo korisno za studente da ga zapamte. Isto vrijedi i za odluke Ustavnog suda i drugih sudova.

## II.

Petrak se tri godine nakon rada, koji smo ukratko raspravili pod I. vratio na proučavanje slične problematike.<sup>10</sup>

Temeljni je problem kojim se Petrak bavi: "mogu li rimska pravna pravila biti neposredan izvor suvremenog obiteljskog prava u RH". Po njegovu mišljenju<sup>11</sup> treba krenuti od § 7 OGZ-a koji je odredio da se "načela naravnog prava" (*natürliche Rechtsgrundsätze*) trebaju onda primijeniti kada se neki slučaj "ne može riješiti pukom primjenom pozitivnopravnih pravila ili metoda".<sup>12</sup> Pitanje, pak, što su to "načela naravnog prava" Petrak rješava tvrdnjom da su to, uz ostalo, ona "rimska pravna pravila, koja u sebi sadržavaju naravnopravna načela" pa ona na taj način mogu biti neposrednim supsidijarnim vreloom kako građanskog, tako i obiteljskog prava u RH.<sup>13</sup> Osobito insistira na Ulpijanovoj definiciji

<sup>10</sup> M. PETRAK, Rimaska pravna pravila kao izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 55, (3-4), Zagreb, 2005., 597-627.

<sup>11</sup> N. d., 604-605.

<sup>12</sup> N. d., 605.

<sup>13</sup> N. d., 606.

naravnog prava (*ius naturale*), po kojoj u taj pojam ulaze brak, rađanje i odgoj djece. Ukratko, Petrak smatra da je ZNPP<sup>14</sup> preko § 7 OGZ-a "otvorio vrata primjeni rimskog prava u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu, pod uvjetom da pojedina rimska pravna norma sadrži u sebi određeno naravnopravno načelo".<sup>15</sup>

Osvrnuo se i na zadnji titul Justinijanovih Digesta, D. 50, 17, koji sadržava 211 regula i upozorio da je taj titul već uključen u prvo izdanje *Corpus iuris hungarici* iz 1581. god., čime su u tom titulu "sadržana rimska pravna pravila postala pozitivno pravo u ugarsko-hrvatskom kraljevstvu" i stoljećima bila integralni dio ugarskog privatnog prava.<sup>16</sup> Ona su ostala u Međimurju i Baranji na snazi još i 6. travnja 1941. godine, pa je Petrak mišljenja da se pod uvjetima iz ZNPP-a<sup>17</sup> "taj dio Justinijanove kodifikacije može primijeniti kao neposredni izvor pozitivnog prava u RH"<sup>18</sup>.

Sažimajući, Petrak je došao do zaključka da bi se rimska pravna pravila pod uvjetima iz ZNPP-a mogla primijeniti kao neposredno vrelo obiteljskog prava:

- 1) zbog primjene naravnopravnih načela, primjenjivanih na temelju § 7 OGZ-a,
- 2) zbog toga što je titul D. 50, 17 važio kao primarni izvor prava u Međimurju i Baranji,
- 3) zbog toga što ZNPP ne pravi nikakvu razliku između primarnih i supsidijarnih izvora važećeg prava na dan 6. travnja 1941., što treba povezati s činjenicom da je pandektno pravo bilo supsidijarni izvor privatnog prava na bivšem ugarskom pravnom području (Međimurje i Baranja).

Kako je pri tome, nastavlja Petrak, okolnost iz t. 3 najznačajniji faktor, "valja na koncu zaključiti da sva rimska pravna pravila iz obiteljskopravne sfere ugrađena u sustav pandektnog prava (...) mogu imati status neposrednog izvora našeg obiteljskog prava, pod uvjetima određenim ZNPP-om".

Doduše, upozorava Petrak,<sup>19</sup> premda su rimska pravna načela u formalnom smislu tek podređeni izvor prava, u sadržajnom ona imaju fundamentalno značenje pa se pravna praksa ne bi trebala ustručavati ni njihove izravne primjene.

U drugom dijelu svoga rada Petrak analizira<sup>20</sup> aplikabilnost rimskih pravnih pravila u hrvatskom obiteljskom pravu prema ovom rasporedu: bračno pravo,

<sup>14</sup> Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, Narodne novine 73/96.

<sup>15</sup> N. d., 608.

<sup>16</sup> N. d., 609.

<sup>17</sup> N. d., 612-613.

<sup>18</sup> N. d., 614.

<sup>19</sup> N. d., 614-625.

<sup>20</sup> N. d., 614-615.

podrijetlo djeteta od majke i oca, uređenje obiteljske skrbi, uređenje instituta posvojenja, skrbništva i uzdržavanja.

Kao primjer Petrakove analize navodimo pitanje rimskih pravnih pravila u bračnom pravu.<sup>21</sup> Kao najznačajnije takvo pravilo spominje Ulpijanovo pravilo, koje se u nas skraćeno formulira *consensus facit nuptias*. Na tom se rimskom pravnom pravilu temelji nekoliko odredaba hrvatskog obiteljskog zakona pa navodi čl. 6 i 19 gdje je konkretizirano načelo konsenzusa.

Još jedan vrlo poučan primjer. Riječ je o uređenju podrijetla od majke i oca.<sup>22</sup> Rimsko pravno načelo formulirao je već Paulo,<sup>23</sup> a ono se skraćeno izražava *mater semper certa est*. Petrak upozorava da je to pravilo stoljećima bilo priznato kao neoboriva predmnjeva, da bi se 1989. god. priznalo kao neoboriva, 2003. god. ponovno kao oboriva i 2004. god., konačno, kao neoboriva predmnjeva. Tako je konačno, zaključuje Petrak, potvrđena vitalna važnost rimskog načela *mater semper certa est*. Ovo bi bio uvjerljivi dokaz snage rimske pravne tradicije pa valja "očekivati da će se sudska praksa u spornim slučajevima utvrđivanja materinstva još koji put u skoroj budućnosti pozvati na pravilo *mater semper certa est* kao važeći normativni sadržaj."<sup>24</sup> Ukratko, po Petraku se "pravna praksa ne bi trebala ustručavati ni direktne primjene pravnih načela sadržanih u tim pravilima".<sup>25</sup>

Smatramo da ova Petrakova stajališta zaslužuju diskusiju.

Ponovimo: Petrak dokazuje da je ZNPP posredstvom § 7 OGZ-a otvorio vrata primjeni rimskog prava u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu, pod uvjetom da pojedina rimska pravna norma sadržava u sebi određeno naravnopravno načelo. Kako bi se na ovaj način uvela načela naravnog prava u hrvatski pravni sustav, prethodno je dao interpretaciju čl. 1 ZNPP-a, koja bi dopuštala zaključak o OGZ-u kao dijelu pravnih pravila u RH. Naime, Petrak tumači čl. 1 ZNPP-a, tako da se kao supsidijarno pravo mogu primijeniti svi (podcrtao L. M.) propisi koji su bili na snazi 6. travnja 1941. god., ako su u bilo kojem razdoblju (podcrtao L. M.) od 6. travnja 1941. do 31. prosinca 1991. važili na teritoriju RH. To je po Petraku "jedino razborito tumačenje",<sup>26</sup> odnosno "jedina svrsishodna interpretacija čl. 1 toga zakona".<sup>27</sup> Na taj je način omogućeno da se kao pravna pravila u RH prizna OGZ kao cjelina, a samim time i § 7 OGZ-a o primjeni naravnopravnih načela.

Dokaz se ne čini potpuno uspješnim jer i sam Petrak navodi uz ostalo Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima (NN 53/91), kojim od OGZ-a ostaju na snazi kao pravna pravila samo paragrafi o darovanju i ortakluku pa je na taj

<sup>21</sup> N. d., 615-618.

<sup>22</sup> D. 2, 4, 8.

<sup>23</sup> PETRAK, (bilj. 10), 618.

<sup>24</sup> N. d., 614.

<sup>25</sup> N. d., 602.

<sup>26</sup> N. d., 603, bilj. 19.

<sup>27</sup> N. d., 602, bilj. 19.



način "u potpunosti onemogućena primjena svih ostalih paragrafa OGZ-a".<sup>28</sup> Petrak dodaje da na području stvarnih prava ostaju na snazi kao pravna pravila po Zakonu o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (NN 53/91) prema čl. 18 toga Zakona samo pravo plodouživanja, pravo uporabe, pravo stanovanja, pravo stvarnog tereta i zadužbina (zaklada). I ovih nekoliko paragrafa OGZ-a, koji su se "spasili" kao pravna pravila izgubilo je svoju važnost stupanjem na snagu novog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96) i novim Zakonom o obveznim odnosima (NN 35/2005).

Ali, što u slučaju, ako se neka pravna situacija ne može riješiti nijednim propisom pozitivnog prava? Petrak tvrdi da u tom slučaju treba primijeniti ZNPP, a po njemu § 7 OGZ-a, i to zato što prema čl. 1 ZNPP-a kao supsidijarno pravo u rangu pravnih pravila ostaju na snazi svi pravni propisi koji su "do 31. prosinca 1991. primjenjivani na području današnje Hrvatske".<sup>29</sup> Međutim, čl. 1 ZNPP-a priznaje važnost samo onih pravnih pravila koja su "*sukladno posebnim propisima* do dana stupanja na snagu ovoga zakona primjenjivana u Republici Hrvatskoj". Koji su to "posebni propisi"? Nedvojbeno to znači da je riječ o onim "posebnim propisima" koji su doneseni do 31. prosinca 1991., tj. do dana stupanja na snagu ZNPP-a, npr. već spomenuti Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima. Ukratko, ne postoji mogućnost oživljavanja bilo kojeg dijela bilo kojeg zakona, pa ni OGZ-a, koji bi mogao imati pravnu snagu pravnog pravila ako to nije propisano u nekom zakonu do 31. prosinca 1991. Prema tome, nije moguće oživjeti ni § 7 OGZ-a, koji bi navodno dopuštao primjenu načela naravnog prava.

Međutim, Petrak ipak smatra da § 7 OGZ-a može ne samo svojim sadržajem već i formalnopravno biti "normativni temelj" za "naravnopravno utemeljenje obiteljskopравnih instituta",<sup>30</sup> uz uvjet da "pojedina rimska pravna norma sadržava u sebi određeno naravnopravno načelo".<sup>31</sup> Pri tome Petrak ističe da je "posebno važno upozoriti na definiciju naravnog prava (*ius naturale*) slavnog klasičnog pravnika Ulpijana" po kojem su "tri temeljna instituta naravnog prava brak (*matrimonium*) muškarca i žene, rađanje djece (*liberorum procreatio*) te njihov odgoj (*educatio*).<sup>32</sup>

Ne smatramo da je Petrak uspješno obranio svoje uvjerenje o postojanju načela naravnog prava u rimskom i modernom pravu. Pozivanje na Ulpijanovu definiciju nije najsretnije premda je njegova trodioba na *ius naturale*, *ius gentium* i *ius civile* doista postala općom kulturnom baštinom čovječanstva. Ali, ona je više poštapalica velikog praktičara Ulpijana, nego promišljena definicija. Kao svako pravo, tako bi i *ius naturale* trebalo biti norma ljudskog ponašanja koja

<sup>28</sup> N. d., 602.

<sup>29</sup> N. d., 607.

<sup>30</sup> N. d., 608.

<sup>31</sup> D. 1, 1, 1, 3.

<sup>32</sup> G. z. 1915: 24, citirano prema Johann Schey, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich, 20. izd., Wien, 1916, 16.

razlikuje ono što je po pravu obvezatno od onog što je protivno pravu. A bilo bi besmisleno tvrditi da je *liberorum procreatio* Ulpijanove definicije takvo načelo naravnog prava, jer bi to značilo da u "načela" ulaze činjenice (aktivnosti, kojima se omogućuje rađanje djece) i okolnosti, a ne neka norma. Usto, tvrditi da je rađanje djece obvezna pravna norma, dovodilo bi do nakaradnih ultrakonzervativnih shvaćanja.

Ako bismo prihvatili Ulpijanovo načelo naravnog prava po kojem je brak *coniunctio maris atque feminae*, proizlazilo bi da je veza dvaju muškaraca protivna "naravnom pravu" pa zbog toga ne može biti ni u kom slučaju priznata kao brak, ali jedva da bi netko mogao danas zastupati takvo ultrakonzervativno shvaćanje, koje bi već *a priori* odbacivalo kao čak i teoretski nemoguće priznavanje takvih brakova. Ne vjerujemo da bi na temelju takvog shvaćanja Petrak tvrdio da ona zakonodavstva, koja priznaju kao zakonsku vezu dvaju muškaraca, treba smatrati protivnim "naravnom pravu". Sve to još više vrijedi za "naravno načelo" *educatio*.

To su razlozi zbog kojih ne možemo prihvatiti dokazivanje da je § 7 OGZ-a uveo u hrvatsko zakonodavstvo "načela naravnog prava", čime bi rimska pravna načela, koja u sebi sadržavaju načela naravnog prava, mogla biti neposrednim vrelom obiteljskog prava. Čini nam se vrlo upitnim uvesti u hrvatski pravni sustav "načela naravnog prava" i time u znanosti njegove više nego dvojbene definicije i pojmove, to više što je i u austrijskoj praksi i teoriji ovo pitanje već odavno riješeno. Dilemu koju bi mogao izazvati § 7 riješila je već odavno austrijska praksa rješidbom Vrhovnog suda od 2. ožujka 1915.,<sup>33</sup> koja određuje da "*natürliche Rechtsgrundsätze*" iz § 7 OGZ-a treba tumačiti na osnovi "u određeno vrijeme vladajućeg pravnog shvaćanja, temeljenog na logičkim zakonima razmišljanja": *aus dem zur Zeit herrschenden, von den logischen Denkgesetzen getragenen Rechtsbewußtsein des Volkes*. Drugim riječima, austrijska se praksa već odavno odrekla pokušaja spašavanja *der natürlichen Rechtsgrundsätzen* u smislu nekih nebuloznih načela naravnog prava i zadovoljila se time što je sudskoj praksi dopustila da po potrebi stvori novo pravno pravilo, koje odgovara trenutku u kojem se neko pravno pitanje rješava i time što je ujedno predvidjela da promjenom okolnosti, prilika i pravnog shvaćanja može doći do ponovne izmjene stajališta. Svako takvo zamjenjivo pravo nije odraz apstraktnog "naravnog prava", već odraz konkretnih prilika.

Poznato je, da se ideja o "naravnom pravu" pojavila stoljećima prije Ulpijana i da su se njome bavili svi oni pravni teoretičari, koji su pokušavali pronaći neki čvrsti temelj za svoja filozofska stajališta. Mislimo da neće biti na odmet da se s nekoliko riječi dotaknemo toga problema.

Već su grčki sofisti (5.-4. st. pr. Kr.) razlikovali "prirodno pravo" (fύσει d...kaion) od "zakonskog prava" (nŌmw d...kaion). I Platon (427.-347.) se bavio tim pitanjem i smatrao naravno pravo filozofskom idejom, dok je Aristotel (384.-322.) naginjao dinamičkom shvaćanju prirodnog zakona, po kojem čovjek

<sup>33</sup> PETRAK, (bilj. 10). 608.

postupno kreće prema cilju (™ntelšceia). Čovjek je društveno biće u koje je usađen nepisani prirodni zakon, a temelj je društvenog reda pravednost. Već kod Zenona (350.-264.) nailazimo na buduću trodiobu tako da stoici razlikuju "kozmičko pravo", "prirodno pravo" i "ljudsko pravo", Ciceron (106.-42.) je pisao o *lex aeterna* i *lex naturalis*, a Ulpijanovo smo shvaćanje trodiobe već spomenuli. I Augustin (354.-430.) je razlikovao *lex aeterna*, *lex naturae* i *lex temporalis (humana)*. U njegovu *lex naturae* ulaze brak i obitelj, ali ne i vlasništvo. *Lex humana* ima važnost samo dok je u skladu s *lex aeterna* i *lex naturae*, inače nije obvezujuća. Slične misli razvija i Toma Akvinski (1225.-1274.), koji pokušava povezati Aristotelov i Augustinov sustav, time da je po njemu, čovjeku već od Boga usađena društvenost (*socialitas*).

U novije se doba Hans Kelsen žestoko usprotivio "naravnom pravu" pa se činilo da je toj ideji definitivno "odzvonilo" u znanosti, ali još uvijek ta ideja ima svoje poklonike i među vrlo priznatim teoretičarima. Kao što vidimo, i Petrak je, čini se, jedan od sljedbenika ideje o naravnom pravu. Tome se ne može načelno ništa prigovoriti, osim ovoga: ako se prihvaća ta ideja, trebalo bi čitatelju bar u najkraćim crtama priopćiti koji joj se sadržaj pridaje.

Nije posve jasna Petrakova tvrdnja da je János Zsámboki uključio 1581. god. u svoje prvo izdanje *Corpus iuris hungarici* i D. 50, 17, tj. 211 kratkih fragmenata rimskih pravnika "čime su u njemu sadržana rimska pravna pravila postala pozitivno pravo u ugarsko-hrvatskom kraljevstvu".<sup>34</sup> Usput rečeno, naziv *Corpus iuris hungarici* nastao je tek 1696. god., ali objavljivanjem u toj zbirci neki njezin dio nije mogao "postati pozitivno pravo" jer je riječ o privatnoj zbirci. Petrak smatra da je ona bila na snazi zato što "nema ni najmanjeg traga o mogućoj njihovoj derogaciji",<sup>35</sup> ali nešto što je bilo puka privatna zbirka nije uopće moglo (ni trebalo) biti derogirano. Ne slažemo se, dakle, s Petrakovom tezom da bi se D. 50, 17 mogao primijeniti "kao neposredni izvor pozitivnog prava u RH".<sup>36</sup>

Vrlo je zanimljiva Petrakova teza po kojoj bi rimsko pravo kao *ius commune*, recipirano od njemačke pandektistike kao supsidijarno vrelo prava, važno i na ugarskom pravnom području, pa bi prema tome pod uvjetima ZNPP-a također i ono bilo "potencijalni neposredni izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava".<sup>37</sup> Ali, treba uzeti u obzir da bi to bilo točno samo ako bi se stekli uvjeti iz ZNPP-a. Međutim, ne vidimo kojim bi "posebnim propisima" u smislu st. 2. čl. 1 ZNPP-a, bilo to pravo primjenjivano i u RH, što je nezaobilazni uvjet njegove primjene.

Ne smatramo uspješnim ni Petrakovo dokazivanje aplikabilnosti rimskih pravnih načela u hrvatskom obiteljskopravnom sustavu. Naša će se kritika ograničiti na dvije Petrakove analize, koje smo već prethodno spomenuli.

<sup>34</sup> N. d., 609.

<sup>35</sup> N. d., 611.

<sup>36</sup> N. d., 612.

<sup>37</sup> N. d., 614.

Petrak ističe da hrvatski Obiteljski zakon u čl. 6., po kojem se brak sklapa suglasnom izjavom žene i muškarca u građanskom ili vjerskom obliku i u st. 1. čl. 19., po kojem je brak sklopljen kada nevjesta i ženik izjave svoj pristanak konkretizira rimsko pravno načelo *consensus facit nuptias*.<sup>38</sup> Ovdje bi, po Petraku, u sadržajnom smislu spomenuto rimsko pravno pravilo bilo od temeljnog značenja za suvremeni obiteljski pravni sustav.<sup>39</sup> Priznajemo da ne vidimo nikakve koristi ili pravnog razloga za povezivanje spomenutog rimskog pravnog pravila i našeg obiteljskog prava. Ni sudska praksa ni pravna znanost ne mogu u interpretaciji našeg Obiteljskog zakona imati bilo kakve neposredne ili posredne koristi od pozivanja na rimsko pravno načelo *consensus facit nuptias*. Za interpretaciju spomenutih čl. 6. i 19., posve je dovoljno ostati u okvirima našeg Obiteljskog zakona. Ne vjerujemo da će ikada pravna praksa slijediti Petrakov savjet da se ona "ne bi trebala ustručavati ni direktne primjene pravnih načela, sadržanih u tim, (tj. rimskim: L. M.) pravilima, uz usporednu primjenu suvremenih obiteljskopravnih normi koje se temelje na navedenim načelima",<sup>40</sup> niti da će se ikada u bilo kojoj našoj (ili inozemnoj) presudi ikoji sudac pozivati na načelo *consensus facit nuptias* u smislu rimskog pravnog načela kao obvezujuće norme, na osnovi koje bi sudac temeljio svoju presudu.

Idući je primjer još drastičniji. Petrak je vrlo lijepo prikazao kolebanje našeg zakonodavstva u pogledu oborivosti pravnog načela *mater semper certa est*:

- do 1988. god.: neoboriva predmnjeva;
- 1989. god.: oboriva predmnjeva;
- 1998. god.: neoboriva predmnjeva;
- 2003. god.: oboriva predmnjeva;
- 2004. god.: neoboriva predmnijeva.

Dakle, u RH bi sada, u smislu Petrakova savjeta, sudac bio ovlašten izravno primijeniti načelo rimskog prava o neoborivosti analiziranog rimskog pravnog pravila, tj. da se izravno pozove na rimsko pravo kao važeće pravo. To bi "zasigurno bilo od nezanemarive pomoći u nastojanjima za usavršavanjem hrvatskog obiteljskopravnog sustava".<sup>41</sup> Čini se da poteškoće takvog stajališta uvida i Petrak jer on ističe da rimska pravna načela imaju "u formalnom smislu status tek podređenog izvora prava".<sup>42</sup> Ovo najvjerojatnije znači da je "formalno gledano", izravna primjena rimskih pravnih pravila moguća uzimajući u obzir da je recipirano rimsko pravo važno kao pandektno pravo u Međimurju i Baranji pa bi na temelju ZNPP-a pandektno pravo kao supsidijarno pravo moglo pomoći ispravnom tumačenju naših propisa".<sup>43</sup> Ipak bi pri tome trebalo uzeti u obzir, kao što je već prethodno napomenuto, da se kao pravna pravila mogu primjenjivati

<sup>38</sup> Na i. mj.

<sup>39</sup> Na i. mj.

<sup>40</sup> N. d., 625.

<sup>41</sup> N. d., 614.

<sup>42</sup> N. d., 625.

<sup>43</sup> N. d., 624-625.

samo oni propisi koji su do 31. XII. 1991. "sukladno posebnim propisima" primjenjivani u RH".

### III.

Još nekoliko zaključnih napomena.

Ako bi bila točna Petrakova analiza primjene načela naravnog prava iz § 7 OGDZ-a u nas, nema razloga da se njezini rezultati ne primjene i izvan Hrvatske. Isto to vrijedi i za ideju da bi i D. 50, 17 bio neposrednim vrelom u današnjem pravu. I ne samo to. Ako bi istraživanje rimskih pravnih pravila, sabranih u najvećoj suvremenoj europskoj zbirci latinskih izreka, onoj A. Romca Minerva, *Florilegium sententiarum latinarum*, trebalo po Petraku biti jedan od prvih koraka istraživanja neposrednih vrela hrvatskoga prava, onda to znači da bi istraživanje odrednica "koje se odnose na temeljne institute obiteljskog prava, (npr. *adoptio, alimenta, cura, familia, liberi, mater, matrimonium, nasciturus, parentes, pater, pupillus, tutela, tutor* i dr.) uz usporedbu s odgovarajućim odredbama u Justinijanovim Pandektama i Institucijama"<sup>44</sup> proširilo u znatnoj mjeri opseg neposrednih vrela ne samo našega, već i austrijskog i ugarskog prava.

Neće li time u punoj mjeri biti ostvareni, pa čak i premašeni, ideali P. Catalana po kome je rimsko pravo "živa supstanca" modernog prava, pogotovo ako bi sudska praksa prihvatila Petrakove preporuke o izravnoj primjeni rimskih pravnih pravila, doduše "uz usporednu primjenu suvremenih obiteljskopравnih normi, koje se temelje na navedenim načelima".

Ako bi sve to bilo točno, onda bi Petrak trebao predložiti svoje teze austrijskoj i ugarskoj romanistici, pa ako ih tamošnji autori prihvate, europska bi romanistika mogla doživjeti neslućeni utjecaj na oblikovanje modernoga europskog prava. Pisac ovih redaka ne smatra ni mogućim ni vjerojatnim pa čak ni poželjnim prihvaćanje Petrakovih ideja, ali, to je već stvar daljnje rasprave.

Što se pak tiče poziva romanistima da se u cijelosti povežu sa suvremenom privatnopravnom dogmatikom i znanošću komparativnog privatnog prava i da bezrezervno stave svoj znanstveni potencijal u službu stvaranja novog europskog privatnopravnog sustava, Petrak smatra, zajedno s Catalanom, da je pitanje utoliko bespredmetno, što je nedvojbeno da je rimska pravna tradicija neraskidivo vezana s današnjim pravom tako da se ono (današnje pravo) naprosto ne može proučavati bez najuže povezanosti s rimskim pravom. Ako smo dobro razumjeli to stajalište, ono uključuje u sebe kao temeljnu poruku: modernim se pravom nije moguće baviti bez kontinuiranoga i svestranog paralelnog istraživanja rimskog prava.

Aktualiziranje rimskog prava u tom smislu čini nam se neostvarivim. Onaj znanstvenik koji se posveti istraživanju rimskog prava ima pred sobom tako

<sup>44</sup> PETRAK, (bilj. 10), 625.

beskrajno golemo područje, da je prisiljen ograničiti svoje istraživanje na vrlo uski segment i pokušati ga savladati desetljećima samozatajnog rada. Nemoguće je zahtijevati od njega da se ujedno bezrezervno bavi stvaranjem novoga europskog prava. S druge strane, onaj znanstvenik koji se *ex offio* bavi novim pravom ni uz najbolju volju nema vremenskih (i drugih) mogućnosti ući u nepregledne labirinte bilo kojeg odsjeka ili problema rimske pravne povijesti, da bi tako saznao, ima li u tom labirintu nečega, što bi mu koristilo pri stvaranju novog europskog prava. Tako, npr. onaj koji se *ex offio* bavi današnjim građanskim pravom, ima "preko glave" posla za čitav život u savladavanju modernog građanskog prava pa je od njega nemoguće (i nepotrebno) zahtijevati ulazak u labirinte problematike čak primjerice samo evolucije rimskopravne kupoprodaje.

#### IV.

Nekoliko temeljnih rezultata ovoga rada:

1. Istraživanje rimskog prava je strogo povijesnopravna disciplina.
2. Nedvojbeno se velik dio pravnih načela, ugrađenih u moderno zakonodavstvo još od OGZ-a može naći već u rimskom pravu. To je već odavno dobro poznato. Jedva da ima potrebe za daljnjim istraživanjem sukladnosti rješenja u novijem zakonodavstvu i odgovarajućim tekstovima rimskog prava.
3. Ne vidimo temelja za tezu po kojoj bi sudska praksa u RH mogla izravno primjenjivati rimska pravna načela. Sudovi smiju suditi isključivo na temelju zakona. Doduše, nema zapreke da suci koji puta navode pojedino rimsko pravno načelo zbog ekonomike izražavanja, tj. kao poštapalice, a to ovisi isključivo o stilističkim sklonostima sastavljača presude. Nezamislivo je izravno temeljiti bilo koji dio presude naših sudova na nekom rimskom pravnom načelu.
4. Bartolus de Saxoferrato izgradio je genijalnu koncepciju nekoliko tipova vlasništva, kojom je odgovorio na potrebe srednjovjekovne društvene stvarnosti, koja je zahtijevala teoretsko obrazloženje vlasničkog prava feudalca s jedne, i prava neposrednog obrađivača zemlje s druge strane. Njegova definicija vlasništva bitno odudara od današnjeg shvaćanja vlasništva kao razmjerno najpotpunijeg stvarnog prava na određenoj stvari. Ona nije elegantna verzija definicije vlasništva kao potpune vlasti na stvari, već njezina izravna suprotnost.

## Summary

### ON SO CALLED ACTUALIZATION OF ROMAN LAW RESEARCH

In the year 2002, M. Petrak has published in the Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb (*Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*) an article on Roman legal tradition and Croatian property law, and in 2005, in the same Collected Papers, an article on Roman legal rules as a source of contemporary Croatian family law.

In the 2002 article, Petrak analyses two standpoints of more recent Roman law research: the first – historical approach – claims that research in Roman law should strictly remain a legal historical discipline, while the second thought is arguing that Roman law research should be very closely connected with contemporary private legal dogmatics in order to serve as a tool for a new European system of private law. Petrak favors, just as *Catalana*, research that would treat Roman law as a "live essence" of contemporary, modern law. In that respect, Petrak among other issues discusses the problem of content of the notion "ownership", that after the Second World War had according to Marxist ideology been directed toward establishment of a special system of social ownership. This communist legal experimenting had come to an end only after newly acquired independence of the Republic of Croatia, that has in turn returned to law based on Roman legal fundaments. The most recent Croatian legislation, especially the Law on Ownership and Other Property Rights, returned to Roman legal tradition and accepted the notion of ownership defined already in Middle Age by *Bartolus de Saxoferrato*.

In the 2005 article, Petrak argues that the Law on Mode of Application of Legal Rules Enacted before April 6th, 1941 (Official Gazette 73/96) opened the door through paragraph 7 of the Austrian General Civil Code (*OGZ*) to direct application of Roman law in contemporary Croatian legal system, under one condition: that is, a Roman legal norm should contain a principle of a natural law. Petrak especially emphasizes the thesis that the last part of Justinian's *Digesta*, D. 50, 17 – containing 211 Roman legal rules – could be used as immediate source of positive law in the Republic of Croatia.

This article attempts to prove unacceptability of Petrak's claims and argumentation contained in the mentioned articles of 2002 and 2005.

**Key words:** *Roman law, Croatian family law.*

## Zusammenfassung

**ÜBER DIE SOGENANNTA AKTUALISIERUNG DER  
ERFORSCHUNG DES RÖMISCHEN RECHTS**

Im Jahre 2002 veröffentlichte M. Petrak in der Zeitschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Zagreb einen Artikel über die römische Rechtstradition im kroatischen Sachenrecht und im Jahre 2005 in derselben Zeitschrift einen Aufsatz über die römischen Rechtsregeln als Quelle für das zeitgenössische kroatische Familienrecht.

Im Aufsatz aus dem Jahre 2002 analysiert Petrak zwei Auffassungen der neueren Romanistik: so genanntes Historisieren, wonach sich einige Autoren dafür einsetzen, dass die Romanistik eine streng rechtshistorische Disziplin bleibt, während andere davon überzeugt sind, dass die Romanistik eng mit der zeitgenössischen privatrechtlichen Dogmatik verbunden sein sollte, damit diese zur Schaffung eines neuen europäischen privatrechtlichen Systems diene. Petrak ist für die Realisierung jener Art der Erforschung des römischen Rechts, wonach nach dem Beispiel Catalana das römische Recht als "lebendiges Wesen" betrachtet werden sollte ebenso wie auch das heutige moderne Recht. In dieser Richtung diskutiert Petrak unter anderem auch das Problem des Inhalts des Begriffs Eigentum, der im Einklang mit der marxistischen Ideologie nach dem Zweiten Weltkrieg auf den Ausbau eines besonderen Systems des Gesellschafteigentums ausgerichtet war. Diese kommunistischen Rechtsexperimente fanden erst ein Ende als die Republik Kroatien die Unabhängigkeit erreichte, die zu dem Recht, das auf römischen Rechtsgrundlagen ruhte, zurückkehrte. Die neuste kroatische Gesetzgebung, besonders das Gesetz über Eigentum und andere Sachenrechte kehrte zur römischen Rechtstradition zurück und akzeptierte den Begriff Eigentum, den *Bartolus de Saxoferrato* bereits im Mittelalter definiert hatte.

Im Aufsatz von 2005 vertritt Petrak die Ansicht, dass das Gesetz über die Art der Anwendung von Rechtsvorschriften, das vor dem 6. April 1941 verabschiedet (NN 73/96) wurde, über § 7 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (OGZ) der direkten Anwendung des römischen Rechts im zeitgenössischen kroatischen Rechtssystem die Türen öffnete, aber unter der Bedingung, dass einige römische Rechtsnormen ein bestimmtes Prinzip des Naturrechts einschliessen. Petrak setzt sich besonders für die These ein, den letzten Titulus von Justinians Digest, D. 50, 17, der 211 römische Rechtsregeln enthält, als unmittelbare Quelle des positiven Rechts in der Republik Kroatien benutzen zu können.

In der Arbeit wird versucht zu beweisen, dass Petraks Thesen, die er in den angeführten Aufsätzen von 2002 und 2005 vertritt, unannehmbar sind.

**Schlüsselwörter:** *römisches Recht, kroatisches Familienrecht.*



## Sommario

### SULLA COSIDDETTA ATTUALIZZAZIONE DELLA RICERCA DI DIRITTO ROMANO

Nell'anno 2002 Marko Petrak ha pubblicato nella Raccolta della Facoltà di giurisprudenza di Zagabria (*Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*) un articolo sulla tradizione giuridica romanistica e il diritto di proprietà croato, e nel 2005, nella stessa Raccolta, un articolo sulle regole giuridiche romanistiche come fonte del diritto familiare croato contemporaneo.

Nell'articolo del 2002 Petrak analizza due punti di vista della ricerca di diritto romano più recente: il primo approccio storico ritiene che la ricerca in diritto romano dovrebbe rimanere una disciplina giuridico-storica, mentre il secondo pensiero sostiene che la ricerca di diritto romano dovrebbe essere strettamente connessa con la dogmatica giuridica privata contemporanea per servire come strumento il nuovo sistema europeo del diritto privato. Petrak predilige sul modello di *Catalana* che la ricerca tratti il diritto romano come "essenza vivente" del diritto moderno contemporaneo. In questo senso, Petrak discute tra le altre questioni il problema del contenuto del concetto di proprietà, che dopo la Seconda guerra mondiale è stato diretto secondo l'ideologia marxiana verso la creazione di un particolare sistema di proprietà sociale. Questa sperimentazione giuridica comunista è finita solo dopo la riacquisizione dell'indipendenza della Repubblica di Croazia, che è ritornata al diritto basato sui fondamenti giuridici romanistici. La più recente legislazione croata, in particolare la Legge sulla proprietà e gli altri diritti reali, è ritornata alla tradizione giuridica romanistica e ha accolto il concetto di proprietà definito già nel medioevo da *Bartolus de Saxoferrato*.

Nell'articolo del 2005 Petrak assume che la Legge sul modo di applicazione delle regole giuridiche emanate prima del 6 aprile 1941 (*Gazzetta Ufficiale (Narodne novine) 73/1996*) ha aperto la porta attraverso il paragrafo 7 del Codice civile generale (*OGZ*) alla diretta applicazione del diritto romano nel sistema giuridico croato contemporaneo, ma a condizione che la norma giuridica romanistica contenga un principio di diritto naturale. Petrak enfatizza particolarmente la tesi che l'ultima parte dei *Digesta* giustinianeï, *D 50, 17*, che contiene 211 regole giuridiche romanistiche, potrebbe essere utilizzata come fonte diretta di diritto positivo nella Repubblica di Croazia.

Nell'articolo si cerca di provare l'inaccettabilità delle tesi e delle argomentazioni petrakiane, contenute nei menzionati articoli del 2002 e del 2005.

**Parole chiave:** *diritto romano, croato diritto familiare.*

