

Dijete i pravo
Branka Rešetar (ur.)

Pravni fakultet u Osijeku
Dijete i pravo
Branka Rešetar (ur.)
Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera
Copyright 2009
Sladana Aras, Josip Berdica, Anica Čulo, Dubravka Klasiček,
Marko Petrak, Tunjica Petrašević, Davorin Pichler, Branka Rešetar,
Nevenka Šernhorst, Ivana Tucak, Alan Uzelac, Nikol Žiha, Mirela Župan

Izdavač
Pravni fakultet u Osijeku

Urednica
Branka Rešetar

Recenzentice
prof. dr. sc. Dijana Jakovac-Lozić
prof. dr. sc. Aleksandra Korać Graovac

Tisak
Grafika, Osijek

Naklada
150 komada

Obiteljskopravna biblioteka: 1
ISBN 978-953-6072-45-3
CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Gradske i sveučilišne
knjižnice Osijek pod brojem 120902085

Izdavanje knjige je odobrio Senat Sveučilišta Josipa Jurja
Strossmayera u Osijeku na Drugoj sjednici u akademskoj
godini 2009./2010., održanoj 21. 12. 2009. godine

Branka Rešetar (ur.)

Dijete i pravo



Pravni fakultet u Osijeku

Osijek, 2009

Zaštita djeteta u rimskoj pravnoj tradiciji

Marko Petrak i Nikol Žiha*

I. Uvodne napomene

Cilj sljedećih razmatranja izložiti je pojedine važne aspekte rimske temelje suvremenog uređenja pravne zaštite djeteta.¹ Premda u rimskom obiteljskom pravu - kojeg je karakteriziralo izrazito patrijarhalno uređenje obitelji (*familia*) utemeljeno na očinskoj vlasti (*patria potestas*)² oca obitelji (*pater familias*)³ – nije postojao suvremeni pravni koncept „prava djeteta“⁴, u okvirima navedenog prava razvila se nekolicina pravnih instituta ugrađenih i u suvremene obiteljsko-pravne sustave, a kojima je isključiva ili relevantna svrha pravna zaštita djeteta. U radu će se obraditi pojedina rimsko pravna načela ili temeljna pravila koja reguliraju takve institute, s posebnim osvrtom na njihovu aktualnost u suvremenom pravnom životu.

* Prof. dr. sc. Marko Petrak, profesor na Katedri za rimsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; Nikol Žiha, mag. iur., asistentica na Katedri za rimsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku.

¹ Zaštita djeteta u suvremenom je pravu uzdignuta na rang ustavnog načela (v. npr. čl. 64. st. 1. Ustava Republike Hrvatske NN 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 41/01, 55/01).

² U antičkom rimskom pravu, *patria potestas* je jaka i doživotna vlast oca obitelji kao kućnog glavara (*pater familias*) nad djecom i dalnjim potomcima. S obzirom na djecu obuhvaćala je *ius vitae ac necis* (pravo odlučivanja o životu i smrti), *ius vendendi* (pravo prodaje djece), *ius vindicandi* (pravo traženja izručenja djeteta od trećih koji su dijete zadržavali), te pristanak za sklapanje braka; Kaser/Knütel (2005), str. 299 i sl.; Eisner/Horvat (1948), str. 169 i sl.

³ U antičkom rimskom pravu, *pater familias* je bio glavar obitelji, koji je morao biti muškarac, rimski građanin i *sui iuris*. *Pater familias* bio je u Rimu „gospodar kuće“, njegova vlast trajala je do smrti, bez obzira na dob ili socijalni položaj sinova i ostalih osoba koje su mu bile podređene. Njegova očinska vlast (*patria potestas*), kako vidimo iz prethodne bilješke, bila je iznimno velika glede osoba podložnih toj vlasti i glede obiteljske imovine. Smrću *patris familias*, svi njegovi sinovi, kao i unuci ranije umrlih ili emancipiranih sinova koji su bili izravno pod očinskom vlasti, postaju *patres familias*, tj. glavari novih obitelji. Naziv *pater familias* često se i danas kolokvijalno koristi kako bi se njime označio položaj oca obitelji u zajednicama utemeljenim na patrijarhalnim svojstvima; cf. Kaser/Knütel (2005), str. 299 i sl.; Eisner/Horvat (1948), str. 169 i sl.

⁴ Općenito o pravnom konceptu prava djece v. Hrabar (1994).

II. Uređenje podrijetla djeteta od majke i oca

Navedenu analizu ćemo otpočeti istraživanjem temeljnih rimskih pravnih načela koja uređuju podrijetlo djeteta od majke i oca, a čija je nedvojbena relevantna svrha i zaštita djeteta. Navedena temeljna načela na iznimno jezgrovit i precizan način formulirana su u rimskoj pravnoj tradiciji na temelju jednog fragmenta kasno klasičnog pravnika Paula. Tako se podrijetlo djeteta od majke definira načelom *mater semper certa est* ("majka je uvijek poznata"), prema kojem je djetetova majka - za razliku od oca – uvijek poznata, tj. majka djeteta jest žena koja ga je rodila. S druge strane, podrijetlo djeteta od oca definira se načelom *pater est, quem nuptiae demonstrant* ("ocem se smatra onaj na koga ukazuje brak"), prema kojem se smatra da je otac djeteta rođenog u braku majčin muž ako je dijete rođeno za vrijeme braka ili u određenom roku nakon prestanka braka⁵. Važenje navedenog rimskog načela o podrijetlu djeteta od oca, citiranog i od strane naše obiteljskopravne doktrine⁶, nikada nije dovođeno u pitanje u hrvatskom obiteljskom pravu. Tako i važeći Obiteljski zakon (ObZ) u potpunosti slijedi navedeno načelo, konkretizirajući ga odredbom da se "djetetovim ocem smatra majčin muž ako je dijete rođeno za vrijeme trajanja braka ili tijekom tristo dana od prestanka braka" (čl. 54.). Navedena pravna činjenica o podrijetlu djeteta od oca smatra se dokazanom dok se ne dokaže protivno, tj. radi se o oborivoj predmjевi (*praesumptio iuris*)⁷. Tome nasuprot, kako je već uvodno spomenuto, načelo *mater semper certa est* - koje sadrži u sebi neoborišnu predmjevu (*praesumptio iuris et de iure*), u pogledu koje protudokaz uopće ne bi trebao biti dopušten – doživjelo je iznimno burnu pravnu povijest u hrvatskom zakonodavstvu u posljednjih petnaestak godina. Navedeno načelo, premda izravno nije bilo regulirano, predstavljalo je samorazumljivu i neosporivu naravno-pravnu kategoriju sve do osamdesetih godina prošlog stoljeća⁸. Od tada je - uslijed razvoja biomedicinskih znanosti i tzv. reproduktivnih tehnologija - postalo mogućim da dijete koje žena rodi ne mora potjecati od

⁵ Cf. Paul. D. 2, 4, 5: (*matrem in ius non vocabit*), *quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*; o navedenom fragmentu u kontekstu klasičnog rimskog prava v. npr. Kaser ((1971), str. 345 i sl., s uputama na daljnju literaturu; za prijevod navedenih načela na hrvatski cf. Romac (1973), str. 181.

⁶ V. npr. Alinčić et al. (2006), str. 150.

⁷ O predmjjevi o bračnom očinstvu u hrvatskom pravu, uključujući i poredbenopravne referencije v. Alinčić et al. (2006), str. 150 i sl.; cf. Hrabar, u: Hrabar (2003), str. 26.

⁸ V. npr. Alinčić/Bakarić-Mihanović (1986), str. 109.: "Po prirodi stvari majka djeteta je ona žena koja ga je rodila. Nošenje i rađanje djeteta vidljive su činjenice, pa materinstvo i ne treba posebno utvrđivati. Za porijeklo djeteta od majke, pravni poredak od davnina polazi od nepisanog pravila da je majka uvijek poznata (*mater semper certa est*)".

žene čija je jajna stanica poslužila za oplodnju, primjerice, u slučaju oplodnje tuđom darovanom jajnom stanicom⁹. Slijedeći navedene trendove, zakonodavac je 1989. godine usvojio novelu Zakona o braku i porodičnim odnosima¹⁰, koja je, između ostalog, sadržavala i odredbu da se "majkom djeteta smatra žena koja ga je rodila" (čl. 122.). Kako vidimo, time je po prvi puta napušteno tisućljećima uvriježeno rimsko načelo *mater semper certa est* te je neoboriva predmnjeva (*praesumptio iuris et de iure*) o podrijetlu djeteta od majke nomotehnički pretvorena u oborivu predmnjevu (*praesumptio iuris*). Navedeno rimsko načelo iznova je vraćeno u hrvatsko zakonodavstvo čl. 52. ObZ-a iz 1998. godine ("Djetetova majka je žena koja ga je rodila"), iz razloga - kako se opravdano isticalo u doktrini, ujedno time kritizirajući prethodno uređenje iz 1989. godine - etičkog opredjeljenja u korist prirodnog te pravne sigurnosti, usmjerene u prvom redu protiv protunaravnih fenomena ugovaranja poroda i predaje djeteta (tzv. surogatno majčinstvo)¹¹. Ne vodeći ni najmanje računa o navedenim razlozima, zakonodavac je, nasuprot shvaćanju pravne doktrine, prilikom donošenja novog ObZ-a iz 2003. godine ponovo srušio rimsko načelo *mater semper certa est*, regulirajući podrijetlo djeteta od majke u vidu oborive predmnjeve (čl. 53.), ne osvrćući se pri tome i na utemeljene tvrdnje saborskih zastupnika «da je još od rimskih vremena i rimskog prava majka bila žena koja je rodila dijete» te da «zemlje visoke demokratičnosti i prava imaju definiciju pojma majka uskladenu s rimskim pravom»¹². Zahvaljujući ponovnom, upornom i odlučnom zastupanju spomenutih etičkih i pravnih razloga u korist valjanosti navedenog rimskog načela od strane pravne doktrine, uz isticanje vrlo uvjerljivih komparativno-pravnih razloga te važnog sistematskog argumenta da bi pravne odredbe koja reguliraju tzv. reproduktivne tehnologije trebale biti uređene posebnim medicinsko-pravnim propisima umjesto da se navedenim odredbama dovodi u pitanje koherentnost sustava obiteljsko-pravnih odnosa roditelja i djece¹³, zakonodavac je novelom ObZ-a iz 2004. godine iznova formulirao odredbu čl. 53. o podrijetlu djeteta od majke u vidu neobo-

⁹ Općenito o pravnom uređenju medicinski potpomognute oplodnje v. Alinčić et al. (2006), str. 250 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

¹⁰ NN 45/89.

¹¹ O navedenim razlozima v. Alinčić et al. (2006), str. 132 i sl.; Hrabar, in: Hrabar (2003), str. 24 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

¹² Izvješća Hrvatskog sabora 14 (2003), str. br. 373, 30.

¹³ Za iscrpnu i opravdanu kritiku čl. 53. ObZ-a iz 2003. godine, utemeljenu na navedenim etičkim i pravnim razlozima te uvjerljivim komparativnim argumentima v. Hrabar, u: Hrabar (2003), str. 23 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

rive predmjeneve, potvrđujući time iznimnu etičku i pravnu vitalnost rimskog načela *mater semper certa est* iz kojeg se navedena predmjeva izvodi¹⁴.

Posebice je zanimljivo spomenuti da se ustavnosudska praksa u jednoj prilici *expressis verbis* pozvala na rimsko načelo¹⁵. Ako imamo u vidu prikazano značenje i funkciju navedenog načela u novijem obiteljskom zakonodavstvu, razumno je očekivati da će se sudska praksa u spornim slučajevima utvrđivanja majčinstva još koji puta u skorijoj budućnosti pozvati na pravilo *mater semper certa est* kao važeći normativni sadržaj.

U kontekstu aplikabilnosti pojedinih rimskih pravnih pravila u materiji uređenja podrijetla, nadalje svakako treba ukratko svratiti pozornost i na čl. 60. ObZ-a koji određuje da "priznanje očinstva začetog a još nerođenog djeteta, proizvodi pravni učinak ako se dijete rodi živo"¹⁶. Navedena odredba, kako je ukazano i od strane naše doktrine, evidentno predstavlja jednu konkretizaciju poznatog rimskog načela *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* ("začeto dijete se smatra kao da je već rođeno, ako su u pitanju njegovi probici")¹⁷, formuliranog također na temelju Paulovih fragmenata¹⁸.

¹⁴ O noveliranom čl. 53. ObZ-a v. ukratko Alinčić et al. (2004), str. 54.; za jednu iznimku od navedenog pravila v. čl. 86. st. 2. i 3. ObZ.

¹⁵ Ustavni sud RH je u obrazloženju odluke u predmetu br. U-I-11/1993 i U-I/904/1995 od 24. svibnja 2000, kojom je odlukom ukinut dio stavka 3. kao i stavak 4. članka 23. Zakona o nasljeđivanju (NN 52/71, 47/78, 56/00), iz razloga što su navedeni stavci, protivno Ustavu RH, diskriminirali izvanbračnu djecu glede naslijednih prava spram bračne djece, istaknuo sljedeće: "Da bi određena osoba mogla naslijediti ostaviteљa kao njegov krvni srodnik, to srodstvo treba biti izvjesno. U pogledu izvanbračnog materinstva to nije posebno potrebno uslijed načela *mater semper certa est*. Međutim, za nasljeđivanje među izvanbračnim srodnicima potrebno je da izvanbračno očinstvo bude na propisani način utvrđeno". U navedenom kontekstu, posebno je interesantno istaknuti da se Ustavni sud pozvao na rimsko načelo *mater semper certa est* kao neoborivu predmjenu (*praesumptio iuris et de iure*), premda je u trenutku pokretanja navedenog postupka ocjene suglasnosti s Ustavom (1993 g.) bio na snazi čl. 122. Zakona o braku i porodičnim odnosima (NN 11/78, 45/89, 59/90) sadržavajući odredbu "majkom djeteta smatra se žena koja ga je rodila" kao oborivu predmjenu (*praesumptio iuris*). Na temelju citiranog obrazloženja odluke Ustavnog suda RH, može se zaključiti kako je neupitno da su pojedina rimska pravna načela iz područja obiteljskog prava u pravnoj praksi prihvaćena kao važeći normativni sadržaji te da stoga rimska pravna pravila i posredstvom pravne prakse mogu zadobiti status posrednog izvora hrvatskog obiteljskog prava.

¹⁶ O čl. 60. ObZ-a v. ukratko Alinčić et al. (2004), str. 63.

¹⁷ Za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (1973), str. 477.

¹⁸ Cf. Paul. D. 1, 5, 7: *Quae liberis damnatorum conceduntur. qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit; Paul. D. 50, 16, 231: Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem*

To načelo zasigurno je primjenjivo u svim slučajevima u kojima je potrebno pravno zaštititi začetu nerođenu djecu. Pri tome posebice treba voditi računa i o činjenici da je stupanjem na snagu novog Zakona o obveznim odnosima 1. siječnja 2006. godine navedeno rimsko načelo uzdignuto na razinu općeg načela privatnog prava, budući da njegov čl. 17. st. 2. određuje kako se "uzima se da je začeto dijete rođeno, kadgod se radi o njegovim probicima, pod uvjetom da se rodi živo"¹⁹.

III. Uređenje roditeljske skrbi

Prelazeći na sferu uređenja instituta roditeljske skrbi kao fundamentalnog oblika pravne zaštite djeteta, bit će na prvi pogled iznenadjuće primjetiti - ako se ima u vidu u kojoj se mjeri rimski model obitelji karakteriziran apsolutnom vlašću (*patria potestas*) oca obitelji (*pater familias*) razlikuje od modela obitelji definiranog suvremenim hrvatskim zakonodavstvom i međunarodnim konvencijama²⁰ – na postojanje nekoliko rimskih pravila u kojima su inkorporirana pravna načela koja su u potpunosti primjenjiva i u suvremenom svijetu. Primjerice, glede odnosa djece spram roditelja, ne smije se zaboraviti spomenuti Ulpijanovo pravilo *filio semper honesta et sancta persona patris videri debet* ("sinu očeva osoba mora vazda biti časna i sveta")²¹, primjenjivo sukladno Paulovom pravilu *una est omnibus parentibus servanda reverentia* ("jednako poštovanje treba ukazati svim roditeljima"), na oba roditelja²². Duh navedenih načela nedvojbeno se zrcali i u čl. 90. ObZ-a, koji određuje da je "dijete dužno poštovati svoje roditelje i pomagati im, te biti obzirno prema članovi-

non prodest nisi natus; o navedenom fragmentima u kontekstu klasičnog rimskog prava i njihovoj mogućoj aktualizaciji u suvremenom pravu v. amplius Catalano (1988), str. 45 i sl., s uputama na daljnju literaturu; cf. i Waldstein (2002), str. 837 i sl.

¹⁹ NN 35/05, 41/08.

²⁰ O *patria potestas* i njenim temeljnim obilježjima u klasičnom pravu v. supra n. 2; o razvoju uređenja odnosa roditelja i djece od rimske antike do kraja 20. stoljeća v. ukratko Alinčić et al. (2006), str. 125 i sl.

²¹ Ulp. D. 37, 15, 9; općenito o odnosu oca i sina u klasičnom rimskom pravu v. npr. Kaser (1971), str. 341 i sl., sa uputama na brojnu daljnju literaturu; za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (1973), str. 147.

²² Paul. D. 2, 4, 6: *Parentes naturales in ius vocare nemo potest: una est enim omnibus parentibus servanda reverentia*; o navedenom fragmentu u kontekstu klasičnog rimskog prava v. npr. Kaser (1971), str. 350 i sl., s uputama na daljnju literaturu u n. 4; za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (1973), str. 519.

ma obitelji”²³. S druge strane, glede odnosa roditelja spram djece, valja u prvom redu istaći pravilo *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere* (“očinska vlast treba počivati na dobroti, a ne na okrutnosti”), formulirano od strane jednog od posljednjih klasičnih pravnika Marcijana²⁴, na kojem bi se kao krajnje jezgrovito i precizno izraženom načelu mogao i danas zasnovati te u njegovom svjetlu tumačiti i primjenivati čitav niz odredbi ObZ-a o roditeljskoj skrbi (čl. 91.-107.) u kontekstu zaštite djeteta²⁵.

IV. Uređenje posvojenja

Glede materije posvojenja kao još jednog instituta kojem je temeljna svrha zaštita djeteta, u kontekstu analize rimskih temelja suvremenog uređenja tog instituta valja u prvom redu istaknuti temeljno rimsko načelo koje definira bitna svojstva posvojenja, preuzeto iz Justinianovih Institucija: *adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater* (“posvojenje, naime, naslijede narav, pa bi bilo čudovišno da sin bude stariji od oca”)²⁶. Osnovno značenje navedenog načela, na kojeg se u svom skraćenom obliku *adoptio naturam imitatur* učestalo poziva naša obiteljskopravna doktrina²⁷, jest da “posvojiteljski odnos ima biti što sličniji roditeljskom odnosu”, odnosno da “posvojitelji budu u životnoj dobi koja se može nazvati optimalnom za roditeljstvo”²⁸. Iz navedenog načela moguće je također izvesti čitav niz odredbi koje uređuju institut posvojenja u našem obiteljskom pravu, a njegovu izravnu konkretizaciju u prvom redu predstavljaju odredbe čl. 126. ObZ-a, u kojem se

²³ O čl. 90. ObZ-a v. ukratko Alinčić et al. (2004), str. 108.; o navedenim dužnostima djeteta cf. Alinčić et al. (2006), str. 254. i sl.

²⁴ Cf. Marc. D. 48, 9, 5: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere;* o navedenom fragmentu u kontekstu klasičnog rimskog prava v. npr. Kaser (1971), str. 342; za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (n. 1973), str. 183., koji točno zaključuje da se u navedenom fragmentu radi o pokušaju ograničavanja roditeljske vlasti.

²⁵ O odredbama čl. 91.-107. ObZ-a v. Alinčić et al. (2006), str. 259 i sl.

²⁶ I. 1, 11, 4.; o navedenoj odredbi Justinianovih Institucija, formuliranoj na temelju jednog fragmenta klasičnog pravnika Javolena prenesenog u D. 1, 7, 16: *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere*) v. npr. Kaser (1971), str. 347, s uputama na daljnju literaturu; za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (1973), str. 183.

²⁷ V. npr. Alinčić et al. (2006), str. 313, 337; Korać, Posvojenje – napokon jedinstven oblik, u: Hrabar (2003), str. 63.; 71.

²⁸ Cit. Alinčić et al. (2006), str. 337.

članku, *inter alia*, određuje da "posvojiti može osoba u dobi od dvadeset jedne, starija od posvojenika najmanje osamnaest godina" (čl. 126. st. 1.)²⁹. Ako se imaju u vidu navedene činjenice, nikako ne treba isključiti mogućnost da i načelo *adoptio naturam imitatur* moglo biti kreativno iskorišteno od strane pravne prakse u tumačenju i primjeni zakonskih odredbi o posvojenju.

V. Uređenje skrbništva nad djetetom

Iznimno važan oblik zaštite djeteta u rimskoj pravnoj tradiciji predstavlja institut skrbništva nad djetetom (*tutela impuberum*). Stoga će se u nastavku rada detaljnije raščlaniti njegov razvojni put kao obiteljsko-pravnog instituta s veoma dugom tradicijom koji i danas počiva na rimskim temeljima. Institut skrbništva nad djetetom svoj kontinuitet zahvaljuje sposobnosti da uredi osnovna pitanja značajna za jednu višegeneracijsku zajednicu: zaštitu djeteta bez roditeljske skrbi i pitanja nasljeđivanja i imovinskih odnosa koja iz toga proizlaze. Rimsko pravo razlikovalo je dvije ustanove: tutorstvo i kuratorstvo koje u određenom smislu zamjenjuju očinsku vlast pružajući zaštitu osobama koje se zbog maloljetnosti, spola, zdravstvenog stanja nisu, po rimskim shvaćanjima, bile u stanju brinuti o svojim pravima i interesima. Pod tutorstvo potpadale su nedorasle osobe muškog spola (*impuberes*) koje bi nakon smrti oca postale *sui iuris*, te ženske osobe koje nisu bile niti pod očinskom vlašću, ni pod manusom svoga muža, bez obzira jesu li dorasle ili ne (*tutela mulierum*). Prema Servijevoj definiciji, Rimljani su pod tutorstvom poimali „silu i ovlaštenje nad slobodnom osobom radi zaštite onoga tko se zbog svoje maloljetnosti sam ne može braniti (zastupati), određenu i dopušteni civilnim pravom“³⁰. Ukoliko navedenu definiciju usporedimo s onom u čl. 149. ObZ-a. („Skrbništvo je oblik zaštite maloljetnih osoba bez roditeljske skrbi, punoljetnih osoba koje nisu sposobne brinuti o sebi i osoba koje nisu iz drugih razloga u mogućnosti štititi svoja prava i interese“) očigledno je, da iako se prvotno uređenje instituta tutorstva razlikovalo od današnjeg skrbništva i glede osoba nad kojima je postojalo i glede opsega tutorovih ovlasti ono je ipak težilo istoj svrsi - maloljetnim štićenicima nadomjestiti roditeljsku skrb. Cilj ovog pregleda bit će stoga ukazati na ključne faze razvoja skrbništva nad djetetom, vodeći pri tome posebice o načelima pripadnim rimskoj pravnoj tradiciji koja su i danas aktualna.

²⁹ O čl. 126. ObZ-a u kojem se, kako vidimo, određuje dob posvojitelja kao pretpostavka za posvojenje v. amplius Korać, in: Hrabar (2003), str. 71 i sl.

³⁰ Cf. Ser.-Paul. D. 26, 1,1 pr: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa;* za prijevod navedenog pravila na hrvatski v. Romac (1973), str. 187. uz navod da je riječ *vis* - sila nastala pogrešnim prepisivanjem te bi ovdje trebalo stajati *ius* - pravo.

1. Razvoj skrbništva nad djetetom u rimskom pravu

Analizu razvoja skrbništva nad djetetom otpočet ćemo njegovim uređenjem u *starom rimskom civilnom pravu*. U tom razdoblju, vlast tutora nad štićenikom (*pupillus*) i njegovom imovinom bila je slična očinskoj, no ona je ipak radi svoje zaštitne funkcije sakralnim pravom i običajima ograničena u korist pupila³¹. Tutorstvo starijeg rimskog prava ima dvostruku funkciju. Njome se nastoji očuvati imovina djeteta na što ukazuje i sama riječi *tueri*, što znači štititi, čuvati³², no tutor ima i vlastiti interes nad očuvanjem imovine štićenika jer bi u slučaju njegove smrti on postao nasljednikom. Naime u skladu s Zakonom XII ploča na tutorstvo (*tutela legitima*) bili su pozvani najbliži agnati, (dakle prvenstveno brat štićenika, potom stric itd.), a ukoliko nije bilo agnata, gentili - pripadnici istog roda. Činjenica da se to poklapa s zakonskim nasljednim redovima ukazuje na usku vezu tutorstva i nasljednog prava, kao i osobitu brigu za očuvanjem imovine jer se pretpostavljalo da će potencijalni nasljednici imati interesa upravljati imovinom kako ona ne bi bila rasipana³³. Žene doduše mogu naslijediti, ali ne mogu biti imenovane tutorima. Zakonsko tutorstvo nastupa *ex lege* čim nedorasla osoba postane *sui iuris*, a da pritom nije potrebno imenovanje. Tutor se nije mogao odreći svoje dužnosti, ali je bilo dopušteno da je putem pravnog posla (in iure cesije) ustupi drugome.

U razdoblju *honorarnog prava*, institut skrbništva se mijenja na način da na prvo mjesto dolaze interesi pupila i tutorova dužnost štiti ih. „Tutor koji obavlja tutorsku dužnost u odnosu na brigu oko maloljetnika mora se tretirati kao da je gospodar“³⁴ odnosno pokazivati istu brigu kao da je *pater familias*. Tako i Obiteljski zakon traži od skrbnika maloljetnog štićenika „kao roditelj savjesno se brinuti o djetetovim pravima, osobito o njegovu zdravlju, odgoju i obrazo-

³¹ Tutorova vlast vjerojatno je već tada bila zaštićena vindikacijom protiv svakoga tko bi mu to pravo osporavao po bilo kojoj osnovi, što upućuje na činjenicu da se radi o ustavni koju je i civilno pravo poznavalo kao opći institut. v. Kaser (1971), str. 86.

³² Ser.-Paul. D. 26,1,1,1 Prema Kaserovom tumačenju to se prvenstveno odnosi na osobu štićenika, a ne na imovinu v. Kaser (1971), str. 86.

³³ U suvremenom pravu skrbnik će se također najčešće potražiti između osoba bliskih štićeniku: srodnika, prijatelja, znanaca. Ukoliko se skrbnikom imenuje osoba koja se ubraja u krug zakonskih nasljednika, moglo bi doći do kolizije interesa po pitanju opsega i načina korištenja imovine štićenika. Imenovanje zakonskog nasljednika skrbnikom samo po sebi nije prepriča, no s obzirom da je interes štićenika da uživa odgovarajući životni standard, a nasljednika da osigura što veću imovinsku masu zahtijevat će pojačan nadzor od centra za socijalnu skrb kao javne ustanove ovlaštene za pružanje skrbničke zaštite. Općenito o pravnom uređenju skrbništva u pozitivnom obiteljskom pravu v. Alinčić et al. (2006), str. 363.

³⁴ D. 26, 7, 27; za prijevod navedenog pravila na hrvatski v. Romac (1973), str. 189.

vanju“ (čl. 154. ObZ)³⁵. Navedena zakonska odredba kao da svojim sadržajem doista predstavlja suvremenu adaptaciju rimskog načela *tutor non rebus dumtaxat, sed et moribus pupili preeponitur*³⁶.

Funkcija države ograničava se na nadzor koji u drugim područjima privatnog prava nije tako sveobuhvatno i dalekosežno oblikovan kao kod ovog instituta, no zadržan je privatni karakter, odnosno tutor ostaje privatna osoba. Ostatak starog uređenja ogleda se u tome da i dalje samo muškarci mogu obavljati funkciju tutora. Ženama se prepusta briga za odgoj i podizanje djeteta te se polako pronalaze načini da joj se prepusti upravljanje imovinom pa makar samo i uz skrbnika³⁷.

Najčešći oblik postavljanja tutora u ovom razdoblju je oporuka (*tutela testamentaria*). *Pater familias* mogao je u oporuci, kojom je imenovao nasljednike istovremeno imenovati tutore osobama, koje su bile pod njegovom vlašću i koje su njegovom smrću postale *sui iuris*. Tako imenovan tutor preuzimao bi svoju funkciju u trenutku kada i ukoliko oporuka počne proizvoditi učinke. S obzirom da je obnašao počasnu funkciju, koju zahvaljuje povjerenujostu ostavitelja nije ju mogao prenijeti na drugu osobu, ali ju je imao mogućnost odbiti.

Kad je prevladalo shvaćanje, da je tutorstvo ustanova za zaštitu osoba bez dječatne sposobnosti – posebice djece – država je počela osiguravati postavljanje tutora (*tutela dativa*) u slučajevima kada nije bilo ni oporučnog, ni zakonskog tutora. Prvi zakon koji je to predvidio bio je *lex Atilia* iz 201. pr. Kr., primjenjivao se samo u Rimu i povjerio je postavljanje tutora pretoru urbanusu uz sudjelovanje plebejskih tribuna. U pokrajinama je taj posao povjeren po-

³⁵ O čl. 154. ObZ-a, kojim se definiraju dužnosti skrbnika maloljetnog štićenika, v. ukratko Alinčić et al. (2004), str. 191 i sl.; općenito o dužnostima skrbnika maloljetnog štićenika u hrvatskom pravu v. Alinčić et al. (2006), str. 406 i sl.

³⁶ “Tutor se ne postavlja samo da vodi računa o štićenikovoj imovini, nego i odgoju maloljetnog štićenika”; v. detaljnije Paul. D. 26, 7, 12, 3: *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli preeponatur, imprimis mercedes praceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est*; o navedenom fragmentu u kontekstu rimskog prava v. npr. Kaser (1971), str. 91; 360, s uputama na daljnju literaturu u n. 1; za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (1973), str. 733.

³⁷ Primjerice tako da ju se imenuje isključivim nasljednikom s obvezom fideikomisa u ko-rist djece Ulp. D. 38, 17, 2, 46; Paul. D. 36, 1, 76, 1; cf. Kaser (1971), str. 353.

krajinskim namjesnicima³⁸. Ključni trenutak u razvoju instituta u razdoblju *klasičnog prava* nastupa kada car Marko Aurelije za pitanja tutorstva uvodi posebnog pretora tutelarisa. Svaka osoba s pravnim interesom imala je pravo obratiti se pretoru i zahtijevati imenovanje tutora u roku od deset dana, s tim da su određene osobe poput majke, dotadašnjeg tutora i oslobođenika na to obvezane pod prijetnjom kaznene sankcije³⁹.

Kod tutora imenovanog od strane države osjećaj dužnosti ističe se znatno više nego kod ostalih vrsta tutorstva. Ovo tutorstvo klasičnog prava još uvijek nije javna dužnost *munus*, već privatna i osobna. Tutor se ne može oslobođiti obveze, niti ju može prenijeti na drugoga. Jedino u slučaju kad su postojali zakonom predviđeni opravdani razlozi (*excusationes*) poput: odsutnosti, obavljanja javnih ili vojnih funkcija i dobi mogao je imenovani tutor tu dužnost odbiti ili eventualno predložiti prikladniju osobu (*potioris nominatio*)⁴⁰. Iako su magistratu stajala na raspolaganju određena sredstva prisile kako bi osigurao izvršavanje dužnosti, smatramo da to ne bi smjeli shvatiti u smislu da nije postojala kontrola ispunjava li potencijalni skrbnik prepostavke za valjano obavljanje dužnosti. Naime, kao što obiteljski propisi danas, između ostalog, zahtijevaju da skrbnikom može biti imenovana osoba od koje se, s obzirom na njeno poнаšanje i osobine te odnose sa štićenikom, može očekivati da će pravilno obavljati dužnost skrbnika (čl. 175. ObZ), tako je i rimsko pravo polazilo od toga da magistrat osim o ostalim pravnim propisima (primjerice je li osoba poslovno sposobna) mora voditi računa postupa li savjesno u obavljanju dužnosti jer kako saznajemo iz izvora (D. 26, 5, 21, 5) „povjerenje ne opravdavaju imovina i rang, već dobar karakter i uzoran život“⁴¹.

Uz te redovite slučajeve postavljanja tutora od strane magistrata, od ranijeg vremena gradski je pretor imao ovlast imenovati tutora za poduzimanje pojedinih pravnih radnji ili poslova tzv. *tutor praetorius*, kojeg bi mogli usporediti s

³⁸ Cf. Eisner/Horvat (1948), str. 188.; Kaser (1971), str. 357. s uputama na daljnju literaturu.

³⁹ Ulp. D. 26, 6, 2.

⁴⁰ Razloge koji tutoru daju mogućnost ispriike *ius commune* načelno preuzima i proširuje novim okolnostima, s tim da je sudac uživao veću slobodu procjene, hoće li oslobođiti tutora dužnosti ukoliko se pozove na neki od njih; v. Coing (1986), str. 258. Takve razloge, sve dok skrbništvo nije prestalo biti građanska dužnost, poznavao je i Austrijski Opći građanski zakonik (dalje: OGZ) u primjeni od 1853., koji detaljno u 97 paragrafa regulira institute tutorstva i kuratorstva. Naime u § 195. pobliže nabraja osobe koje ne mogu protivno svojoj volji biti imenovani tutorima. Tu privilegiju imali su svećenici, vojnici, javni dužnosnici, osobe starije od 60 godina, oni koji imaju petoro djece ili unučadi te oni koji su već imenovani skrbnicima.

⁴¹ Cf. Inst. 1, 26, 13; Ulp. D. 26, 10, 8.

suvremenim kolizijskim skrbnikom, s obzirom da se postavlja i za slučaj sporu između skrbnika i maloljetnog štićenika⁴². Kao podvrsta posebnog skrbnika, a u skladu s čl. 168. t. 3. ObZ radi zaštite pojedinih osobnih prava i interesa kolizijski skrbnik postavit će se, *inter alia*, djetetu kad postoji sukob interesa štićenika i njegovog skrbnika u imovinskim postupcima ili sporovima, odnosno pri sklapanju pojedinih pravnih poslova⁴³.

Ono što naše pozitivno obiteljsko pravo ne poznaje jest mogućnost postavljanja više skrbnika jednom štićeniku istovremeno tzv. *contutores*. Do te situacije dolazilo je ukoliko bi istovremeno više agnata bilo pozvano na nasljedstvo, ako je ostavitelj imenovao nekoliko tutora u oporuci ili su postavljeni putem magistrata. Iako su svi imali pravo i obvezu poslovodstva ono je iz praktičnih razloga obično prepusteno jednom od njih, dok bi ostali (*honorarii tutores*) putem svojeg nadzora osiguravali valjano upravljanje pupilovom imovinom⁴⁴.

U *postklasičnom rimskom pravu* proširene su zadaće tutora u korist štićenika i pojačan je državni nadzor nad njima. Sve je očigledniji karakter njihovih funkcija kao građanske dužnosti (*munus*) u službi javnog interesa⁴⁵. Razlike između zakonskog, oporučnog i magistratskog tutorstva gotovo nestaju i *tutela* se shvaća kao jedinstvena ustanova u kojoj su dužnosti skrbnika jednoobrazno regulirane, a ispraka zbog opravdanih okolnosti priznata svim skrbnicima. Pri preuzimanju funkcije tutor mora položiti zakletvu da će odgovorno skrbiti o nedoraslom⁴⁶. Uprava imovinom strože je regulirana i nadzirana. Tutor mora imovinu uložiti u nekretnine ili ukoliko to nije moguće investirati radi ostvarivanja kamata, a zlato, srebro i ostale dragocjenosti položiti na sigurno mjesto.

⁴² Nov. 72, 2.

⁴³ v. Alinčić et al. (2006), str. 381.

⁴⁴ O upravi u slučaju većeg broja tutora vidi npr. Kaser (1971), str. 362. s uputama na daljnju literaturu.

⁴⁵ Društvena priroda instituta skrbništva ogleda se i danas u ustavnim odredbama po kojima je dužnost svih štiti djecu i nemoćne osobe (čl. 64. st. 1. Ustava Republike Hrvatske) te po koji se država obvezuje osobitu skrb posvetiti maloljetnicima bez roditelja i onima za koje se roditelji ne brinu (čl. 63. st. 5.), str. no treba naglasiti da skrbništvo više nije građanska dužnost, već se naknadom za rad građani pokušavaju potaknuti na prihvatanje obveze. Ta promjena uslijedila je stupanjem na snagu Osnovnog zakona o starateljstvu iz 1965. godine, kojim se za staratelja postavlja osoba koja ima osobna svojstva i sposobnosti potrebne za vršenje dužnosti staratelja i koja prethodno pristane da to bude; za obrazloženje navedenih izmjena v. Prokop/Alinčić (1968), str. 7. dodatak.

⁴⁶ Do davanja takvog osiguranja *satisfatio* tutor, pod prijetnjom ništetnosti (C. 5, 42, 1), ne bi smio poduzimati nikakve radnje, osim onih neophodnih i neodgodivih (C. 5, 42, 5). Zakletva nije bila potrebna u slučaju oporučno imenovanog tutora ili onog postavljenog od strane države jer se vjerovalo u pravi izbor.

Sve nekretnine i vrjednije pokretnine može otuđiti samo uz prethodno sudske odobrenje.

Justinijan daje pravo ocu imenovati tutora svojoj djeci iz konkubinata (*liberi naturales*) ukoliko im je ostavio barem dio ostavine ili dar, no u ovom slučaju potreban je naknadni *confirmatio*⁴⁷. Ulogu tutora nad siročadi preuzimali su nadstojnici sirotišta. U raspolaganju imovinom izričito su ograničeni obvezom da novac moraju sačuvati za štićenika ili uložiti radi ostvarivanja koristi⁴⁸.

Najvažnija novost je davanje mogućnosti ženama da budu tutori. Najkasnije od 4. st., udovica može na vlastiti zahtjev biti imenovana tutorom svojoj djeci, pod uvjetom da se obveže kako više ne će sklapati brak. Ukoliko ipak sklopi novi brak postaje nesposobna za skrbništvo, a djeci se priznaju posebne mjere osiguranja - zakonska hipoteka na imovini majke i drugog muža. Justinijan to pravo priznaje majci i baki u odnosu na djecu u konkubinatu.

2. Ovlaсти i obveze skrbnika nad djetetom

Ovlaсти skrbnika nad osobom štićenika, koje su nekada predstavljale samu srž njegove funkcije vremenom slabe u odnosu na obvezu zaštite štićenikove imovine i obrane njegovih imovinskih interesa⁴⁹. Kako je odgoj većinom povjeren majci i najbližim srodnicima, težište skrbnikovih ovlasti je upravljanje imovinom po načelu *bona fides*, na način da osigura sredstva potrebna za troškove štićenikova uzdržavanja. Magistratu pripada konačna odluka o tome, gdje bi se štićenik imao smjestiti, kao i o visini iznosa za njegovo uzdržavanje. Danas skrbnik nije dužan uzdržavati štićenika (osim ako na to nije obvezan zakonom), no uz pomoć centra za socijalnu skrb ipak je dužan poduzeti potrebne mjere kako bi osigurao sredstva za životne potrebe štićenika (čl. 182. ObZ). Nadalje, u hrvatskom pravu, sukladno čl. 179. ObZ-a, skrbnik je dužan, *inter alia*, savjesno upravljati štićenikovom imovinom te da, sukladno čl. 190 st. 1. ObZ-a, odgovara za štetu koju je skrivio u obavljanju svojih dužnosti. Na temelju navedenih odredbi, naša je doktrina zaključila da skrbnik mora upravljati imovinom kao dobar domaćin, tj. da odgovara i za *culpa levis in abstracto*⁵⁰. Razmatrajući u navedenom kontekstu pojedina rimska načela instituta skrbništva koja nisu izgubila svoju aktualnost u suvremenom pravu, interesantno

⁴⁷ Cf. Kaser (1975), str. 224.

⁴⁸ Nov. 131, 15.

⁴⁹ Ulp. D. 27, 2, 1; Paul. D. 26, 7, 12, 3.

⁵⁰ V. Alinčić et al. (2006), str. 396.; o čl. 179. st. 1. te 190. st. 1. ObZ-a v. ukratko Alinčić et al. (2004), str. 225. i 236. i sl.

je istaknuti pravilo, sačuvano u jednom fragmentu klasičnog pravnika Kalistrata, koje je u rimskom pravu precizno definiralo do kojeg stupnja krivnje skrbnik odgovara u upravljanju štićenikovom imovinom: *eadem diligentia a tutoribus circa administrationem rerum pupillorum exigenda est, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet*⁵¹. Kako vidimo, navedeni fragment također određuje da tutor u upravljanju štićenikovom imovinom treba imati pažnju domaćina (*pater familias*) koji postupa savjesno (*ex fide bona*), tj. da odgovara za *culpa levis in abstracto*. Međutim, ako se pozorno prouči citiran rimski fragment, iz njega proizlazi da tutor ima odgovarati i za *diligentia quam rebus suis*, odnosno, da se od njega zahtjeva postupati s tuđim stvarima kao što obično postupa sa svojima. Stoga bi tutor, sukladno navedenom mjerilu, mogao biti odgovoran za još jednu vrstu krivnje, tj. za *culpa levis in concreto*⁵². Polazeći od načela primjerene zaštite štićenika – u našem kontekstu prije svega djeteta – kao jednog od temeljnih načela obiteljskog prava, smatramo da bi se citirano rimskog pravila – prema kojem tutor u upravljanju štićenikovom imovinom odgovara i za *culpa levis in concreto* – moglo primijeniti i danas u onim slučajevima gdje bi to rezultiralo još potpunijim ostvarenjem navedenog načela⁵³.

Zahtjev da se „tutori ili kuratori, čim budu određeni odmah pobrinu da u načnosti službenih osoba sastave propisno inventar svih stvari i onog što tim stvarima pripada“ (C. 5, 37, 24), gotovo je identičan onome koji u čl. 180. st. 2. propisuje ObZ: „Ako štićenik ima imovinu, centar za socijalnu skrb će bez odgode popisati i opisati tu imovinu i povjeriti je na upravljanje skrbniku“.

Pri obavljanju poslova uprave tutor nije djelovao kao štićenikov zastupnik, nego u svoje ime (*domini loco*), što je posljedica činjenice da rimsko pravo nije poznavalo ustanovu neposrednog zastupanja. Tutor svojim pravnim poslovima nije obvezivao štićenika; sve što bi za pupila stekao, ušlo bi najprije u njegovu imovinu koju je mogao otuđivati i zalagati. Senatskim mišljenjem njegova je sloboda raspolaganja ograničena zabranom prodaje i zalaganja seoskih zemljišta i zemljišta u blizini gradova⁵⁴. Razvoj tog načela išao je u smjeru k sve većem ograničavanju tutorovih ovlasti, da bi došli do današnjeg uređenja

⁵¹ Call. D. 26, 7, 33.pr.: “u upravljanju štićenikovom imovinom tutor mora pokazati istu pažnju koju pokazuje dobar domaćin u obavljanju vlastitih poslova”; za prijevod navedenog pravila na hrvatski cf. Romac (1973), str. 191.

⁵² O odgovornosti tutora u upravljanju štićenikovim imovinom za *culpa levis in concreto* u rimskom pravu v. npr. Guarino (2001), str. 608 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

⁵³ Načelo primjerene skrbničke zaštite štićenika regulirao je čl. 2. st. 3. ObZ-a; o značenju navedenog načela u hrvatskom obiteljskom pravu v. Alinčić et al. (2006), str. 370 i sl.

⁵⁴ Ulp. D. 27, 9, 1, 2; Dioc. C. 5, 71, 11 pr.

na osnovi kojeg skrbnik samostalno obavlja poslove redovite uprave, dok je za poduzimanje važnijih mjera (poput otuđenja i opterećenja štićenikove nekretnine kao i raspolaganja njegovim imovinskim pravima) potrebno odobrenje centra za socijalnu skrb (čl. 184.-186. ObZ).

Ako se pak radilo o osobnim izjavama kao npr. prihvat nasljedstva, one se nisu mogle davati za trajanja štićenikove nedoraslosti. Navedena opsežna tutorova vlast nije isključivala da i štićenik sam očituje svoju volju ukoliko je napunio 7. godinu života⁵⁵. U tom slučaju mogao je sam sklapati pravne poslove koji bi mu donosili koristi, dok bi za one kojima bi preuzeo obvezu trebao *auctoritas tutoris*. Ta *inerpositio auctoritatis* po tutoru ne odgovara odobrenju maloljetnikova pravnog posla u smislu suvremenog prava, nego je nužno bila sastavni dio samog pravnog posla kao nadopunjene očitovanja volje nedoraslog te se zato morala dati neposredno pri sklapanju posla, jer bi naknadno odobrenje bilo bez pravnog učinka⁵⁶.

Pravilo prema kojem tutor za sve što je učinio treba položiti račun (D. 27, 3, 1, pr.) preteča je obveze skrbnika na podnošenje izvješća o svojem radu i stanju štićenikove imovine (čl. 187. st. 1. ObZ) koje istovremeno služi kao osnovni instrument nadzora nad njegovim radom⁵⁷.

⁵⁵ Zašto je upravo sedma godina bila prihvaćena kao granica djetinjstva, Savigny opravdava praktičnom primjenom učenja grčke filozofije koje je brojci 7 davalо tajne moći, a sedmogodišnjim životnim razdobljima veliki značaj. v. Savigny (1840), str. 32.; Kaser smatra kako iza toga vjerojatno стоји utjecaj stoice filozofije prema kojoj je vladala predodžba, da svaka sedma godina ostavlja pečat na čovjeka (*septimus quisque annus aetati singum inprimat*), kako ističe Seneka, *De beneficiis* 7,1,5, što su potvrđila i moderna istraživanja psihologije razvoja; v. Kaser/Knütel (2005), str. 82. Naš Zakon o obveznim odnosima u čl. 1051 st. 1. polazi od neoborive presumpcije da su maloljetnici do navršene 7. godine života neubrojivi, a time i deliktno nesposobni.

⁵⁶ Cf. Gai. D. 26, 8, 9; Eisner/Horvat (1948), str. 191.

⁵⁷ Inače, u svrhu zaštite štićenika s vremenom su se razvijala različita pravna sredstva. Već po Zakoniku XII ploča bile su predviđene dvije deliktne tužbe. *Actio rationibus distracta-hendis* je bila privatna tužba kojom bi štićenik od zakonskog tutora tražio polaganje računa i plaćanje dvostrukе vrijednosti pronevjerene dijela imovine (Paul. D. 27, 3, 2). *Accusatio suspecti tutoris* je popularna tužba koja je išla za uklanjanjem tutora koji bi izvršio pronevjeru (Ulp. D. 26, 10, 7 pr.; C. 5, 43; Inst. 1, 26). U posljednjem stoljeću pr. Kr. javlja se novo pravno sredstvo *actio tutelae* kojom se mogao poslužiti štićenik nakon prestanka tutorstva i zatražiti od tutora naknadu za svu štetu prouzročenu lošim upravljanjem imovinom (Ulp. D. 46, 6, 4, 3; D. 26, 7, 5, 1). Ukoliko tutor uopće nije obavljao svoju dužnost akcijom *tutelae utilis* bio bi pozvana odgovornost za štetu koja je odatile štićeniku nastala (D. 26, 7, 1, 1). Pupilu je najzad priznato i zakonsko založno pravo na imovini tutora i prednost u slučaju stecaja pred njegovim yjerovnicima. Tutor je na osnovu *actio tutelae contraria* imao pravo tražiti da bivši pupil na sebe preuzme obveze i naknadu troškova. Suvremeno obiteljsko pravo centru za socijalnu skrb daje ovlast

*3. Institut skrbništva u općem pravu (*ius commune*)*

U srednjovjekovnom pravu, posebice u francuskom, njemačkom i engleskom lenskom pravu provođenje skrbništva i uživanje prihoda iz štićenikove imovine pripadalo je lenskom gospodaru, a time naposljetku i kralju.

Od 16 st. skrbništvo u europskim zemljama regulira *ius commune*, opći europski pravni sustav nastao recepcijom rimskog prava. Tutorstvo i kuratorstvo još se od Justinijanovog vremena po svom uredenju približavaju u tolikoj mjeri da među njima više nema bitnih razlika i stapaju se u jedinstveni institut skrbništva. Dok je po rimskom pravu tutor morao osobno nazočiti sklapanju pravnog posla i davati svoj *auctoritas*, sada je kao kod kuratorstva dovoljan *consensus*, koji se može dati i naknadno. Neovisno o tome radi li se o oporučnom ili zakonskom skrbniku primjenjuje se pravilo: *omnis tutela videtur esse dativa*, što znači da on prije preuzimanja funkcije mora biti imenovan od strane nadležnog tijela (u pravilu mjesnog suca, a u gradovima ponekad i posebne ustanove). Skrbništvo je građanska dužnost, no preuzeti su rimski razlozi uslijed kojih se pojedinac može ispričati. Žene i dalje ne mogu biti imenovane skrbnicima, ali se poštuju iznimke predviđene rimskim pravom u odnosu na majku i baku. Obveze skrbnika sve više su usmjerene na odgoj i obrazovanje štićenika, a uprava imovinom ograničena je zabranom raspolažanja nekretnina bez prethodnog sudskog odobrenja, obvezom vođenja inventara, polaganjem računa i zasnivanjem generalne hipoteke na imovini skrbnika u korist štićenika. S obzirom da se u međuvremenu razvila mogućnost neposrednog zastupanja, skrbnik suprotno općim pravilima rimskog prava u okviru svojih ovlasti sklapa pravne poslove u ime i za račun štićenika, kao njegov zakonski zastupnik. Prestanak skrbništva sada se veže za stjecanje punoljetnosti, za razliku od rimskog pravnog uređenja, gdje je skrbništvo prestajalo kada osoba postane dorasla s 14, a ne punoljetna s 25 godina⁵⁸.

U razdoblju kasnog apsolutizma 19. st. pojavljuje se ideja da državna uprava mora skrbiti za sve životne aspekte svojih građana, tako da se nadležnost za poslove skrbništva prenosi na sudove. Skrbnici postaju opunomoćenici države

izravno ili uz pomoć skrbnika za poseban slučaj podnijeti tužbu sudu za naknadu štete i zatražiti izricanje mjera osiguranja na skrbnikovoj imovini. Skrbnik će odgovarati samo za štetu koju je skrivio. Ovisno o stupnju krivnje ovisit će mjere centra - hoće li mu pružiti pomoć, strože ga nadzirati, tražiti naknadu štete, razriješiti ga dužnosti i eventualno pokrenuti kazneni postupak; v. Alinčić et al. (2006), str. 396.

⁵⁸ Coing (1986), str. 255 i sl.

i sudu odgovaraju za valjano vođenje poslova u skladu s zakonom i naputcima skrbničkog suda⁵⁹.

U prvim građanskim zakonicima, u kojima je kritički sistematizirana i kodificirana tradicija općeg prava (*ius commune*), prihvaćena su načela klasičnog rimskog prava koja su se s vremenom ublažavala i mijenjala uglavnom prema slabljenju patrijarhalnog elementa⁶⁰. Općenito nakon stupanja na snagu Njemačkog (BGB 1900) i Švicarskog građanskog zakonika (ZGB 1907) možemo pratiti povrat na opća pravna načela u skladu s kojima je ponovno prihvaćen princip samostalnosti skrbnika.

Nakon prvog i drugog svjetskog rata, veća se pozornost u Europi posvećivala zaštiti djece koja su ostala bez roditeljske skrbi, a obiteljskopravna ustanova skrbništva počela je poprimati društvenu narav jer su reforme išle ka tome da skrbničku zaštitu pružaju nadležna državna tijela koja su ovlaštena nadzirati rad skrbnika.

4. Facit

Od privatnog karaktera instituta skrbništva, preko svijesti da je zaštita maloljetnika bez roditeljske skrbi u javnom interesu, prošli smo dugotrajni razvoj do suvremenih shvaćanja da dijete uživa posebna prava u skladu sa svojim uzrastom i zrelošću te da očitovanjem vlastitog mišljenja treba biti aktivni sudionik u stvarima koje ga se tiču. Ovaj kratki uvid u povijesni razvitak skrbništva pokazuje da je ono u svom dugotrajanom postojanju mijenjalo institucionalne oblike, ciljeve i dosege. Patrijarhalnost je nesporno bila karakteristična crta rimskog društvenog uređenja, pa je razumljivo da se ona nužno morala manifestirati i u skrbništvu, međutim zaštitna namjena kao primarna svrha i glavno obilježje instituta skrbništva preobrazila se tijekom razvoja rimskog prava od obzira prema interesima zajednice krvnih srodnika u sve izraženije uvažavanje individualnih potreba štićenika (njegovog odgoja i obrazovanja). Tu činjenicu možda najbolje ocrtava načelo klasičnog rimskog prava, izraženo u jednom Paulovom fragmentu - *tutores quasi parentes proprii pupillorum si-*

⁵⁹ Coing (1989), str. 331.

⁶⁰ Primjerice, prema OGZ-u na tutorstvo je bio pozvan prije svega muškarac kojeg je oporučno mogao odrediti samo otac, a ako se ta osoba nije mogla primiti skrbništva pozivali su se srodnici zakonom određenim redoslijedom. Tek ako se i tako nije mogao odrediti tutor, određivao bi ga sud uzimajući u obzir sposobnost, stalež, imovinu i nastanjenost. v. Alinčić et al. (2006), str. 365.

*miles sunt*⁶¹ - koje kao da je gotovo doslovno ugrađeno u čl. 150. st. 1. ObZ-a, određujući da se "maloljetnim štićenicima skrbništvom nadomješta roditeljska skrb"⁶². Osim toga, u sadržajnom pogledu dogodio se tijekom razvoja rimskog prava pomak od zaštite pretežito imovinskih interesa prema povećanju skrbi za osobnu dobrobit osobe. Uprava imovinom prvotno je kontrolirana primjenom načela *bona fides*, a s vremenom sve većim nadzorom države nad obvezom polaganja računa, pružanjem osiguranja, ograničenjem raspolažanja nekretninama i uvođenjem pravnih sredstava za zaštitu pupila: načelima koja i danas predstavljaju osnovu obiteljsko-pravnog uređenja instituta skrbništva kao iznimno važnog oblika zaštite djeteta.

VI. Zaključne napomene

Izvršena raščlamba, dakako, nije ni izbliza obradila sve pojedine aspekte zaštite djeteta u rimskom obiteljskom pravu koji su zadržali svoju aktualnost i u suvremenim obiteljsko-pravnim sustavima. Bez obzira na granice provedene analize, autori smatraju kako ona ipak pruža dostatno argumenata za konstataciju da suvremena pravna zaštita djeteta u mnogim svojim važnim segmentima izravno slijedi načela, institute i konkretna rješenja pripadna rimskoj pravnoj tradiciji. Stoga bi detaljnije upoznavanje s navedenim segmentom rimske pravne tradicije zasigurno bilo od koristi kako za suvremenu pravnu doktrinu, tako za pravnu praksu, te bi moglo u relevantnoj mjeri pridonijeti ispravnom tumačenju i primjeni pojedinih suvremenih obiteljsko-pravnih propisa. Pored toga, u određenim bi slučajevima, kako smo vidjeli, i izravna primjena pojedinih rimskih načela zasigurno bila od nezanemarive pomoći u nastojanjima za usavršavanjem hrvatskog obiteljsko-pravnog sustava u kontekstu pravne zaštite djeteta⁶³.

⁶¹ „Tutori su tako reći maloljetnim štićenicima njihovi pravi roditelji”; cf. Fragm. Vat. 304.: *Excipit tutorem, qui tutelam gerit, si dare volet, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. Nam permisit eis in infinitum donare. Contra ut possit pupillus donare, non excipit;* o navedenom fragmentu u kontekstu klasičnog rimskog prava kojim je tutor u pogledu darovanja pupilu izuzet od opće zabrane darovanja, v. npr. Radovčić, (1983) 8 i sl.; za prijevod navedenog fragmenta na hrvatski v. Radovčić (1983), str. 138.

⁶² O čl. 150. st.1 ObZ-a v. ukratko Alinčić et al. (2004), str. 185 i sl.; općenito o osnovnim načelima uređenja skrbništva u hrvatskom pravu v. Alinčić et al. (2006), str. 370 i sl.

⁶³ Općenito o primjeni rimskih pravnih pravila kao izvora važećeg hrvatskog prava v. Žuvela (2009), str. 6.; cf. i Petrak, (2006), str. 1 i sl.

Literatura:

➤ **Alinčić et al. 2004**

Alinčić, M. et al.: *Obiteljski zakon*, Zagreb 2004.

➤ **Alinčić et al. 2006**

Alinčić, M.; Hrabar, D; Jakovac-Lozić, D.; Korać, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006.

➤ **Alinčić et al. 1986**

Alinčić, M.; Bakarić-Mihanović, A., *Porodično pravo*, Zagreb, 1986.

➤ **Catalano 1988**

Catalano, P., *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, Rivista di diritto civile, 1/1988, 45.

➤ **Coing 1986**

Coing, H., *Europäisches Privatrecht, Band I - Älteres Gemeines Recht*, München, 1986.

➤ **Coing 1989**

Coing, H., *Europäisches Privatrecht, Band II - 19. Jahrhundert*, München, 1989.

➤ **Eisner/Horvat 1948**

Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948.

➤ **Guarino 2001**

Guarino, A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001.

➤ **Hrabar 1994**

Hrabar, D., *Dijete – pravni subjekt u obitelji*, Zagreb, 1994.

➤ **Hrabar 2003**

Hrabar, D. (ed.), *Obiteljski zakon. Novine dvojbe i perspektive*, Zagreb, 2003.

➤ **Kaser 1971**

Kaser, M., *Das Römische Privatrecht, Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, München, 1971.

➤ **Kaser 1975**

Kaser, M., *Das Römische Privatrecht, Die Nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975.

➤ **Kaser/Knütel 2005**

Kaser, M.; Knütel, R., *Römisches Privatrecht*, München, 2005.

► **Petrak 2006**

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 10 (2006), 1.

► **Prokop/Alinčić 1968**

Prokop, A.; Alinčić, M., *Porodično pravo - starateljstvo*, Zagreb, 1968.

► **Radovčić 1983**

Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb/Čakovec, 1983.

► **Romac 1973**

Romac, A., *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973.

► **Savigny 1840**

Savigny, F. C. von, *System des heutigen Römischen Rechts*, 3. Band, Berlin, 1840.

► **Waldstein 2002**

Waldstein, W., Ist "der partus bloßer Teil des Mutterlebs", in: Schermaier/Rainer/Winkel, *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln/Weimar/Wien, 2002, 837.

► **Žuvela 2009**

Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi*, Zagreb, 2009.