

IMOVINSKOPRAVNI ASPEKTI RAZVODA BRAKA

-hrvatski, europski i međunarodni kontekst-

(Rešetar, B. i Župan, M. ur.)

Pravni fakultet u Osijeku

**Imovinskopravni aspekti razvoda braka
-hrvatski, europski i međunarodni kontekst-**
Rešetar, B. i Župan, M. (ur.)

Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera, Osijek, 2011.
Copyright 2011

Slađana Aras, Josip Berdica, Jasna Brežanski, Anica Čulo, Zvonimir Jelinić,
Hrvoje Kačer, Senija Ledić, Irena Majstorović, Ines Medić Musa, Ivana
Milas Klarić, Tunjica Petrašević, Vjekoslav Puljko, Ana Radina, Branka
Rešetar, Paula Stojčević, Ivana Tucak, Alan Uzelac, Nikol Žiha, Josipa
Živić, Mirela Župan, Sandra Winkler

Izdavač
Pravni fakultet u Osijeku

Urednice
Branka Rešetar
Mirela Župan

Lektorica
Marica Grigić

Recenzentice
Prof. dr. sc. Dubravka Hrabar
Prof. dr. sc. Bernadet Bordaš

Tisak
Gradska tiskara Osijek, d.d.

Naklada
200 komada

Obiteljskopravna biblioteka: 3

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Gradske i
sveučilišne knjižnice Osijek pod brojem 130121088
ISBN 978-953-6072-57-6
EAN 9789536072576

Izdavanje knjige je odobrio Senat Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u
Osijeku na 7. sjednici u akademskoj godini 2010./2011., od 23. svibnja 2011.

Pravni fakultet u Osijeku

**Imovinskopravni aspekti razvoda braka
-hrvatski, europski i međunarodni kontekst-**

Rešetar, B. i Župan, M. (ur.)

SVEUČILIŠTE JOSIPA JURJA STROSSMAYERA U OSIJEKU
PFO PRAVNI FAKULTET OSIJEK



Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera
Osijek, 2011.

Imovinskopravni aspekti prestanka braka u rimskoj pravnoj tradiciji

Nikol Žiha*

I. Uvodne napomene

U razdoblju uključenosti našeg pravnog poretka u socijalistički pravni krug, imovinski odnosi bili su regulirani strogim propisima uz ograničenu stranačku slobodu ugovaranja.¹ Otada je došlo do bitnih izmjena u vlasničkim odnosima bračnih drugova, dok sudska praksa i dalje velikim dijelom primjenjuje odredbe Zakona o braku i porodičnim odnosima.² Novo uređenje imovinskih odnosa zahtijevat će razrješavanje dvojbi koje se pojavljuju u praksi pri tumačenju propisa. U tom kontekstu nije na odmet osvrnuti se na povijesnopravna rješenja jer: „povijesni argument – suprotno rasprostranjenom pogrešnom shvaćanju – nema za predmet samo volju zakonodavca, već cijelokupno pravno stanje prije postojanja pojedine kodifikacije“.³ Rimsko pravo bi, uzimajući naravno u obzir razlike u društvenoj pozadini, moglo dati relevantan doprinos u otkrivanju *ratio legis* obiteljskopravnih odredbi.

Svrha je ovog rada izložiti specifičnosti imovinskopravnog uređenja rimskog braka uz osvrt na današnja pozitivnopravna rješenja. U uvodnom dijelu analizirat ćemo pravne učinke braka, kako bismo utvrdili koji su elementi poslije postali sastavni dijelovi rimske pravne tradicije. U drugom dijelu rada temelj-

* Nikol Žiha, mag. iur., asistent na Katedri za Rimsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku.

¹ Korać ističe kako su imovinski odnosi tijekom gotovo pola stoljeća socijalističkog društvenog uređenja smatrani manje bitnim dijelom obiteljskopravnih odnosa te su ustupali mjesto pravnom uređenju osobnih odnosa unutar obitelji. v. Alinčić et al. (2006), str. 492; Alinčić et al. (2003), str. 124ff.

² Prema prijelaznoj odredbi čl. 364. Obiteljskog zakona (NN 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, u dalnjem tekstu ObZ): „Postupci o imovinskim odnosima bračnih i izvanbračnih drugova pokrenuti prije dana početka primjene ovoga Zakona, dovršit će se prema odredbama zakona po kojem su pokrenuti“, što znači da i dalje dolazi u obzir primjena odredbi Zakona o braku i porodičnim odnosima (NN 11/78., 45/89. i 59/90.) na sporove koji su pokrenuti prije 1. srpnja 1999., kada je stupio na snagu novi Obiteljski zakon (162/98.) koji je unio promjene u zakonski imovinski sustav prihvativši suvlasništvo na bračnoj stečevini predmijevanjem jednakih udjela bračnih drugova.

³ Cf. Honsell (2003), str. 247.

ni naglasak stavit ćemo na imovinskopravne posljedice prestanka braka, s posebnim osvrtom na institute miraza i darovanja, a u posljednjem dijelu obradit ćemo imovinski položaj djece u vezi s razvodom braka.

II. Pravna narav i učinci braka

Rimsko poimanje prirode braka utemeljeno na običajima bitno se razlikuje od današnjeg shvaćanja braka kao „zakonom uređene životne zajednice žene i muškarca“ (čl. 5. ObZ-a). Rimljani u braku (*nuptiae, matrimonium*) nisu vidjeli pravni odnos, već socijalnu činjenicu koja izaziva dalekosežne posljedice u pravu.⁴ Rimski brak označava se kao „ostvarena životna zajednica muškarca i žene“⁵ koja se temelji na *affectio maritalis* – volji i svijesti obaju supružnika da žive u bračnoj zajednici. Pri tome suglasnost bračnih drugova izražena u obliku maksime *consensus facit nuptias* čini konstitutivni element kako za zasnivanje, tako i za održavanje braka. Naime, volja se ne iscrpljuje u početnom aktu sklapanja braka, kao što je to slučaj danas, već se zahtijeva trajni konsenzus radi ostvarivanja doživotne, monogamne životne zajednice u svrhu rađanja potomaka. Ta ideja možda je najbolje izražena u aforizmu: *Die moderne Ehe wird geschlossen, die römische gelebt.* („Moderno brak se sklapa, rimski se živi“)⁶. Iako rimsko pravo isprva ne poznae državnu kontrolu pretpostavki za sklapanje braka, pravni oblik za zasnivanje, ni odgovarajuću tužbu za utvrđenje postojanja braka (sud odlučuje o valjanosti braka samo ako je u sporu u vezi s nekim pravnim odnosom potrebno utvrditi postojanje braka kao prethodno pitanje), ono ipak postavlja temeljna načela koja se danas smatraju strukturalnim elementima suvremenog braka. Primjerice, u odredbi da se brak sklapa „suglasnom izjavom žene i muškarca u građanskom ili vjerskom obliku“ (čl. 6. ObZ-a) sadržana su tri načelna zahtjeva za uspostavu braka: načelo konsenzusa, monogamnosti i heteroseksualnosti.⁷

⁴ Moderna romanistička znanost načelno zastupa tezu da brak do kraja klasičnog razdoblja ima jasni izvanpravni karakter. Pravni karakter braka prodire polako u pravne izvore pod utjecajem kršćanstva u postklasičnom i Justinijanovu vremenu. Prema vladajućem mišljenju brak je trajna zajednica (*consortium omnis vitae*) koja se temelji na stalnoj volji supružnika i djelomice se može usporediti s posjedom kao ostvarenom faktičnom vlašću. Ovo stajalište izvodi se ponajprije iz Modestinove poznate definicije *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* („Brak je veza muža i žene, doživotna zajednica, ustanova božanskog i ljudskog prava“) D. 23, 2, 1. Postoje međutim novije studije koje se zauzimaju za shvaćanje braka kao pravnog odnosa: v. Eisenring (2002), str. 17., s uputama na daljnju literaturu.

⁵ *Verwirklichte Lebensgemeinschaft* v. Kaser (1971), str. 73. prema izrazu Mitteisa.

⁶ Pacchioni (1935), str. 320.

⁷ Alinčić et al. (2006), str. 23.

1. Osobni učinci braka

Ponajprije, ukratko ćemo se osvrnuti na pravne učinke valjanog rimskog braka (*matrimonium iustum*⁸) koji se tiču osobnog položaja bračnih drugova, s obzirom na to da je upravo imovinskopravni režim središte našeg istraživanja. Najvažnije osobne posljedice ogledaju se u tome da žena stječe *honor matrimonii*, socijalni status udane žene koji je razlikuje od konkubine te da se djeca rođena u valjanom rimskom braku smatraju bračnom. Premda je patrijarhalno uređenje obitelji imalo utjecaj i na rimsko bračno pravo te ne možemo govoriti o načelu ravnopravnosti bračnih drugova u smislu kako ga shvaćamo u suvremenom društvu, već o hijerarhiziranom odnosu, supružnici su bili obvezani na zajednički život u obiteljskoj zajednici, vjernost, poštovanje i međusobnu pomoć. Riječ je o kvalitetama koje danas smatramo sastavnim dijelom načela ravnopravnosti bračnih drugova izraženih u čl. 32., st. 2. ObZ-a: *Bračni drugovi dužni su jedan drugome biti vjerni, uzajamno se pomagati, međusobno se poštovati te održavati skladne bračne i obiteljske odnose.* Polazimo od dva temeljna elementa rimskog braka koji nužno moraju biti ispunjeni da bi brak bio valjan: faktične zajednice života muškarca i žene kao objektivnog elementa s jedne, i subjektivnog elementa *affectio maritalis* s druge strane. Objektivni element nije značio samo život u zajedničkom kućanstvu, već je podrazumijevao održavanje skladnih odnosa kako je to predviđeno običajima. *Affectio maritalis* uključuje izvanjsko očitovanje uzajamne naklonosti i ljubavi uz trajnu namjeru supružnika da žive zajedno kao muž i žena. Ono, osim toga, podrazumijeva iznimnu poziciju žene u novoj obitelji u odnosu na podređene osobe, zahtjev prema djeci na poštovanje njihove majke i časni naziv *mater familias*. Kombinacija upravo tih karakteristika nazivala se *honor matrimonii* – bračna čast žene i razina skrbi koju joj je pružao muž, javni znak naklonosti i njegove *affectio maritalis*.

2. Imovinskopravni učinci braka

Glede imovinskih odnosa supružnika u rimskom pravnom poretku bitno je razlikovati brak kao socijalnu činjenicu s pravnim posljedicama i bračnu vlast (*in manu esse*) kao privatnopravni odnos. U najranijem stadiju rimskog prava dok je zastupljen brak *cum manu* ti se instituti pojavljuju paralelno. U braku *cum manu* žena je raskidajući vezu sa svojom prijašnjom obitelji stupala u novu, što je imalo odgovarajući utjecaj na njezine imovinske odnose i naslijedno pravo. Njezina imovina postala je vlasništvo muža ili njegova *patris familiias*, ali je zato bila tretirana kao kći (*filiae loco*) i stjecala zakonsko naslijedno

⁸ Brak prema *ius civile* (*matrimonium iustum*) prepostavlja da su supružnici rimski građani ili barem da je muž rimski građanin, a žena ima *conubium*.

pravo.⁹

Od posljednjeg stoljeća pr. Kr. sklapaju se brakovi bez *manusa* u kojem žena ne postaje dio zajednice svoga muža, nego zadržava vezu i zakonsko nasljedno pravo prema svojoj dotadašnjoj obitelji.¹⁰ Takav brak nema utjecaj na pripadnost imovine i pravo raspolažanja. Svaki bračni drug raspolaže svojom imovinom i odgovara za vlastite dugove.¹¹ Dakle imovinski sustav rimskog braka bio je sustav potpuno razlučenih dobara (*separatio bonorum*). U suvremenom kontekstu takav režim odvojene imovine bračnih drugova (*Gütertrennung*¹²) nalazimo u austrijskom pravu,¹³ a očituje se u tome da svaki bračni drug ostaje vlasnikom svoje imovine koju je unio u brak te njome samostalno raspolaže. Imovina i prava koju svaki bračni drug stekne tijekom braka samo je njegova. Ne postoji odgovornost za dugove drugoga bračnog druga. U hrvatskom se pravu, sukladno općim pravilima građanskog prava, primjenjuje isti princip u odnosu na vlastitu imovinu bračnih drugova, iako je hrvatski zakonodavac načelno usvojio sustav zajednice stečenih dobara. Prema tom sustavu postoje tri imovinske mase: vlastita imovina žene, vlastita imovina muža te njihova bračna stečevina.¹⁴

U rimskoj obiteljskoj zajednici muž je bio dužan uzdržavati ženu, međutim obveza uzdržavanja ne postoji kao pravna dužnost među supružnicima, već

⁹ Pobliže o braku *cum manu* v. Kaser (1971), str. 76. s uputama na daljnju literaturu; Treggiari (1991), str.17.

¹⁰ Cf. Eisner/Horvat (1948), str. 153.

¹¹ Cf. Kaser (1971), str. 329.

¹² Režim odvojene imovine (*Gütertrennung*) nalazimo tijekom njegova razvoja veoma rijetko u čistom obliku. Najčešće se pojavljuje kao: a) dotalni sustav rimskog prava (koji se osniva na doprinosu radi podmirenja troškova kućanstva: žena pridonosi u obliku miraza, a muž u obliku uzmiraja), b) zajednica upravljanja (*Verwaltungsgemeinschaft*) gdje je upravljanje odvojenom imovinom prepušteno isključivo mužu pa sam naziv može lako dovesti u zabludu i c) sustav povećane vrijednosti (*Zugewinngemeinschaft*) koji dolazi do izražaja dođe li do razvoda ili poništaja braka, budući da supružnici dijele povećanu vrijednost imovine stečene za vrijeme braka, a ako je samo jedan od njih imao izvor prihoda, drugi ima na raspolažanju zahtjev za poravnanjem. Cf. Gschmitzer (1979), str. 75.

¹³ Austrijski opći građanski zakonik (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, u dalnjem tekstu ABGB) stupio je na snagu 1. siječnja 1812. u austrijskim naslijednim pokrajinama Habsburške Monarhije i dijelovima Hrvatske koje su tada bile u njezinu sklopu. U razdoblju od 1812. do 1820. postupno je uveden u tadašnjoj Vojnoj krajini, Istri i Dalmaciji, a carskim patentom od 29. studenog 1852. (pod nazivom Opći građanski zakonik, u dalnjem tekstu OGZ) konačno i u onim dijelovima Hrvatske pod zakonodavnom vlasti Sabora Trojedne kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije. Pobliže o preuzimanju ABGB-a v. Gavella (1993), str. 335ff; Gavella et al. (2005), str. 29ff. Kako je riječ o kodifikaciji iznimne vrijednosti za razvoj hrvatskog prava, u radu ćemo se na određenim mjestima osvrnuti i na njezinu regulaciju imovinskopravnih odnosa bračnih drugova.

¹⁴ O uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova u drugim europskim pravnim sustavima v. Majstorović (2005/B), str. 59. i sl.

počива na običajima. Radi olakšanja bračnih troškova, osiguranja opstanka braka i uzdržavanja žene nakon njegova prestanka, muž je dobivao doprinos (miraz, *dos*) od žene ili njezinih srodnika. Poslije je kao svojevrsni *contrados* uvedena obveza muževljeva oca na predaju imovine u jednakom iznosu kao i *dos* radi snošenja troškova kućanstva. S obzirom na to da je takav dotalni sustav regulirao imovinskopravne odnose bračnih drugova i nakon prestanka braka, ti će instituti u dalnjem radu biti detaljnije obrađeni.

Žena koja je bila *sui iuris*, imala je i vlastitu imovinu (neovisno o onoj koju je donijela kao miraz). Takva slobodna ili parafernalna imovina ostajala je tijekom braka, u skladu sa sustavom odvojenih dobara, u njezinu vlasništvu, no ona je pravo upravljanja uz primjenu odredbi ugovora o nalogu redovito prepuštala mužu (Ulp. D. 23, 3, 9, 3). On je pri upravi bio vezan njezinim nalozima i mogućnošću opoziva. Za razliku od mandatara koji odgovara za svaku krivnju, muž je odgovarao samo za *culpa levis in concreto*. *Parapherna* je obuhvaćala osobne stvari i opremu žene (npr. odjeću i nakit). O predanim stvarima žena bi sastavljala inventar koji bi muž potpisao kao dokaz da ih je primio na upravu i jamstvo da će dođe li do prestanka braka, biti vraćene, a njezini su zahtjevi osigurani zakonskim založnim pravom na imovini muža. U slučaju spora o podrijetlu ženine imovine rimske pravo uvelo je posebnu predmjenu tzv. *praesumptio Muciana*,¹⁵ koja regulira spor o podrijetlu ženine imovine polazeći od pretpostavke da ona potječe od muža, dok se ne dokaže suprotno. Interesantno je zamijetiti, da je ta predmjeva svojstvena rimskom bračnom pravu i dalje postojala u zakonskom uređenju OGZ-a. Ta odredba šutnju žene tretira kao pristanak na muževljevo upravljanje (*qui tacet consentire videtur*) i određuje njega kao zakonskog zastupnika. § 1238. OGZ-a: *Dokle se god žena ne protivi, uzima se po zakonu, da je povjerila mužu kao svomu zakonitom zastupniku upravljanje svoje slobodne imovine*. Pravo upravljanja i zastupanja doista ne proizlazi iz volje žene, već iz zakonske odredbe, međutim s obzirom na to da je odredba dispozitivna ona vrijedi samo dok se žena ne usprotivi.

Očito u suprotnosti s načelom ravnopravnosti bračnih drugova takva je presumpcija u međuvremenu napuštena. Bračni drugovi danas se mogu izričito ili prešutno dogovoriti da upravljanje bračnom stečevinom ili pojedinim pravom povjere jednom od njih, s tim da će se njihov odnos također prosuđivati prema pravilima obveznog prava o nalogu čl. 764. – 784. Zakona o obveznim odnosima.¹⁶ Međutim, za razliku od rimskog prava, gdje se ugovor o nalogu smatra

¹⁵ Pomp. D. 24, 1, 51; To pravilo koje nosi naziv po Kvintu Muciju Scevoli stvoreno je vjerojatno za reguliranje legata, kojima bi muž ženi ostavio svu imovinu koju bi od njega stekla za vrijeme braka; cf. Kaser (1971), str. 332.

¹⁶ Zakon o obveznim odnosima NN 35/05, 41/08; u dalnjem tekstu ZOO.

besplatnim pravnim poslom, prema odredbama suvremenog obveznog prava bračni drug – upravitelj imao bi pravo na naknadu za svoj trud, što ne bi bilo u duhu obiteljskopravnih odnosa. U našoj doktrini sugerira se stoga, da sud, dođe li do spora, ne bi trebao doslovce primijeniti opće odredbe obveznog prava, već ih tumačiti u skladu s obiteljskopravnim načelima.¹⁷ Mi bismo se s tim složili jer i sam ZOO u čl. 763. st. 2. predviđa da *nalogoprimac ima pravo na naknadu za svoj trud, osim ako je drugčije ugovoren ili proizlazi iz naravi međusobnog odnosa.*

III. Prestanak braka

Rimski brak prestaje smrću, gubitkom slobode i razvodom (*divortium*).¹⁸ Po put načela kojim se brak treba temeljiti na slobodnoj volji žene i muškarca i njihovo suglasnosti, a ne pisanoj potvrdi ili ispravama o uređenju imovinskih odnosa među supružnicama, kako to ističe Papinjan u izreci da „isprave ne čine brak“ (*tabulae non faciunt matrimonium* D. 39, 5, 31 pr.),¹⁹ tako se i glede razvoda ne postavljaju zahtjevi za formom. Sloboda razvoda kao nedodirljivi princip priznaje se od najstarijeg vremena (Alex. C. 8, 38, 2 *Libera matrimonia esse antiquitus placuit*). Ugovor kojim bi stranke isključile mogućnost razvoda ili ga otežale ugovornom kaznom, smatra se ništetnim.²⁰ S obzirom na to da je brak samo socijalni, a ne pravni odnos, tako i razvod nije pravni posao već faktični, privatni akt koji se ne veže uz čvrste razloge, niti potpada pod sudsку kontrolu. Rimski razvod sastoji se u tome da jedan od bračnih drugova razvrgne životnu zajednicu očitovanjem volje s namjerom prestanka braka. Istodobno je svijest o vezanosti za običaje stoljećima bila dovoljno jaka kako bi se ova institucija održala. U postklašičnom razdoblju slika rimskog razvoda braka mijenja se iz temelja pod utjecajem kršćanske dogme o nerazrješivosti braka, međutim carski zakoni ne idu tako daleko kao oni kršćanskih otaca

¹⁷ V. Alinčić et al. (2006), str. 502.; Znatno veći problem predstavlja problem izvanredne uprave nad bračnom stečevinom u vezi sa zaštitom trećih poštenih osoba (pod uvjetom da nije riječ o pravima koja se upisuju u javne registre). Ako bi bračni drug neovlašteno poduzeo posao izvanredne uprave bez suglasnosti drugog bračnog druga, ovaj bi u tom slučaju mogao tražiti poništaj takvog posla, čime se doduše izlazi u susret supružniku, ali ne pruža dostatna zaštita trećoj osobi koja je bila u dobroj vjeri.

¹⁸ Paul. D. 24, 2, 1 *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute uturis eorum.*

¹⁹ O načelu konsenzusa v. Petrk (2006), str. 615; za prijevod rimskog pravila na hrvatski cf. Romac (1988), str. 441.

²⁰ Paul. D. 45, 1, 134 pr: *Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta.* („Smatra se nečasnim ugovaranjem kazne nekoga prisiliti da zaključi ili ostane u već zaključenom braku.“); za prijevod rimskog pravila na hrvatski cf. Romac (1988), str. 438.

koji brak smatraju u potpunosti nerazrješivim.²¹ Iako je dopuštene slučajevi razvoda vezala uz stroge uvjete, a nedopuštene kažnjavala, država unatoč crkvenoj zabrani i dalje inzistira na slobodi razvoda. Kršćansko učenje imalo je doduše veliki utjecaj na to da se brak znatno više nego prije tretira kao pravni odnos.²²

IV. Imovinskopravni odnosi nakon prestanka braka

Temeljna zadaća imovinskog bračnog prava leži s jedne strane u osiguranju egzistencije preživjelog bračnog druga (najčešće udovice), s druge pak u raspodjeli troškova bračne zajednice uz finansijski doprinos žene s pomoću miraza. Nedovoljno osiguranje uzdržavanja preko nasljedopravnih instituta²³ u prvi plan dovodi upravo funkciju osiguranja egzistencije nakon prestanka braka. Istaknut ćemo stoga institute klasičnog rimskog prava koje imaju svrhu osigurati gospodarsku sigurnost, dođe li do prestanka braka. To se ponajprije odnosi na miraz (*dos*) i darovanje (*donatio ante/propter nuptias*).

1. Uređenje miraza

S obzirom na to da je muž, u skladu s običajima, bio dužan ženi omogućiti isti standard života, miraz je služio kao imovinski doprinos žene, njezina *patris familias* ili treće osobe kako bi lakše snosio troškove kućanstva i uzdržavanja obitelji (*onera matrimonii*).²⁴ U braku *cum manu*, koji je u starije doba bio pravilo, muž je na mirazu imao neograničeno vlasništvo te bi i nakon razrje-

²¹ To naglašava i Jeronim: *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Chisti, aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit.* („Neki su zakoni Cezara, drugi Krista; nešto je učio Papianian, drugo pak naš Pavao.“) Hieron. ep. 77,3 ad Oc. (PL 22, 691).

²² Cf. Kaser (1975), str. 159.

²³ Po civilnom pravu supružima nije pripadalo naslijedno pravo. Pretor uvodi naslijedno pravo supružnika (*bonorum possessio unde vir et uxor*), ali samo u slučaju da nije bilo srodnika iz prethodnih naslijednih redova. Tek Justinijan daje siromašnoj udovici pravo naslijedstva na muževljevoj ostavini; cf. Eisner/Horvat (1948), str. 160.

²⁴ Ako je miraz davao otac ili drugi ascendent, riječ je bila o *dos profectitia*, a ako ga je predala žena ili netko drugi bio je to *dos adventitia*. Ukoliko je pri predaji ugovoren povrat miraza nakon razrješenja braka, onda je posrijedi *dos receptitia*. Način zasnivanja sažeto nam prenosi Ulipjan (Reg. 6, 1) u izreci: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* („Miraz se ili daje, ili određuje, ili obećava“). *Dotis datio* bila je neposredna predaja preko mancipacije, in iure cesije ili tradicije ovisno o vrsti stvari koje su služile kao miraz. Obećanje miraza dano je stipulacijom (*dotis promissio*), oporučno preko legata ili posebnim verbalnim ugovorom *dotis dictio*. U postklasičnom razdoblju postaje uobičajeno sastavljanje isprava (*instrumenta dotalia*) kojima se pobliže određuju sadržaj, predaja i daljnja pravna sudbina miraza. Justinijan odvaja dotiranje kao *causus* od tradicije kao prijenosa vlasništva a da pri tome ne traži izdavanje isprava ili registriranje. cf. Kaser/ Knütel (2005), str. 295. i sl.

šenja braka ostajao njemu. Takav sustav nije bio nepravedan jer je žena nakon muževljeve smrti imala nasljedno pravo isto kao i kći. Ako bi došlo do smrti žene, muž bi i dalje imao obvezu uzdržavanja i odgoja djece.²⁵ Institut miraza primjenjivao se i dalje kada je brak *sine manu* postao praksom, što je bila indicija da je sklopljen brak, a ne samo konkubinat jer kako navodi Ulpijan: *Dos sine matrimonio esse non potest* („Bez braka ne može biti ni miraza“)²⁶. Zbog učestalih razvoda brakova moralno je nužno doći do preokreta u shvaćanju instituta. Miraz postaje predmet javnog interesa²⁷ jer bi pod takvim okolnostima neograničeno vlasništvo muža značilo pribavljanje neopravdane dobiti i dovođenje žene u težak imovinski položaj nakon prestanka braka. U razdoblju od 2. do 1. st. pr. Kr. uz postojeću funkciju, pojavljuje se još jedna dodatna koja se sastoji u osiguranju ženine egzistencije, dođe li do razvoda braka. To dovodi do ograničenja muževljeva prava raspolaganja imovinskim dobrima i obveze na povrat nakon prestanka braka. Supsidijarno možemo zaključiti da su takva ograničenja održavala brak i sprječavala muža da ga bezrazložno razvede.

Dos je posebna imovina muža kojom on upravlja, ubire plodove i raspolaze. Budući da je namijenjen da trajno služi pokriću bračnih troškova, muž u pravilu ne bi trebao dirati glavnici, već uživati plodove. Pri tome odgovara za *dolus i culpa levis in concreto*, dakle očekuje se da upotrijebi istu pozornost koju ima prema vlastitim stvarima. Ograničenje raspolaganja uvedeno je s *lex Iulia de adulteris* (18. g. pr. Kr.). Njime se mužu zabranjuje otuđivanje miraznih nekretnina bez pristanka žene.²⁸ Prema podacima iz izvora možemo uočiti tendenciju da se mirazna imovina sve više tretira kao *res uxoria*. Trifonijske u prvoj polovini 3. st. navodi da „iako miraz ulazi u muževljevu imovinu, on je ipak ženin“,²⁹ a Ulpijan to jasno ističe pravilom da je „miraz osobna imovina kćeri“.³⁰

²⁵ Cf. Eisner/Horvat (1948), str. 161.

²⁶ Ulpian D. 23, 3, 3; za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1988), str. 190.

²⁷ Cf. Paul. D. 23, 3, 2; Pomponije (D. 24, 3, 1) naglašava kako je pravno uređenje miraza iznimno važno te je u javnom interesu ženama osigurati miraz kako bi im se omogućilo rađanje i uzdržavanje djece. O tome detaljnije v. Kaser/Knütel (2005), str. 295.

²⁸ Spor koji postoji u klasično doba, o tome odnosi li se ta zabrana samo na italska ili i provincijska zemljišta, rješio je Justinijan proširujući zabranu i na pokrajinska zemljišta i to bez obzira na pristanak žene cf. C. 5, 13, 1, 15.

²⁹ D. 23, 3, 75 *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est;* za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1973), str. 175.

³⁰ D. 4, 4, 3, 5 *Dos ipsius filiae proprium patrimonium est;* za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1988), str. 190.

2. *Pacta dotalia*

Pri utemeljenju miraza postalo je uobičajeno sklapati uzgredne uglavke (*pacta dotalia, pacta nuptialia*) o načinu korištenja miraznih dobara i vremenu povratka. U rimskom pravu nije bilo prihvaćeno načelo autonomije volje bračnih drugova kojim bi mogli sklopiti pravni posao o uređenju imovinskopravnih odnosa na postojećoj ili budućoj imovini, kako to predviđa čl. 225. st. 1. ObZ-a, međutim uglavci su ipak dopuštali svojevrsno odstupanje od unaprijed propisanog dotalnog režima. Tako su bračni drugovi mogli promijeniti rokove za povrat miraza, regulirati odgovornost za predaju i propast stvari, ugovoriti pravo retencije ili zamjenu miraznih predmeta određenim iznosom novca.³¹ Sadržaj tih klauzula nije smio biti u suprotnosti s naravi braka ili miraza, a osobito je naglašeno da takvim paktima nije dopušteno ženu dovesti u nepovoljniji položaj.³² Baš kao i danas, pakt je bilo moguće sklopiti prije zasnivanja bračnog odnosa ili tijekom braka. Pravilo izraženo u izreci: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, jasno ističe da onome tko je sposoban za brak, treba priznati sposobnost sklapanja sporazuma o uređenju imovinskih odnosa, čak i ako dotad nije stekao djelatnu sposobnost.³³ Iako ova izreka u biti regulira poslovnu sposobnost pojedinca, ipak ukazuje na to da su takvi pakti bili zastupljeni u praksi. Nemamo ih namjeru izjednačavati s modernim bračnim ugovorom (koji se također često označava terminom *pacta nuptialia*), međutim iznenađuje da su zaručnici ili supružnici imali mogućnost sklapati pakte kojima bi uredili svoje imovinske odnose i izvan dotalnog režima.

Istaknut ćemo samo jedan primjer takvog dokumenta i uputiti na očuvane dijelove papirusa iz 2. st. (objavljene pod nazivom *P.Mich. VII.434* i *P.Ryl. IV.612*) kojim rimski građanin *Marcus Petronius Servilius* u nazočnosti sedam svjedoka sklapa bračni ugovor s *C. Antistius Nomissianus* u ime svoje kćeri *Zenarion* u rimskoj provinciji Egiptu. Ugovor sadrži elemente rimskog i grčkog prava, međutim izričito se ističe da je u skladu s Augustovim ženidbenim zakonodavstvom koje se primjenjivalo samo na rimske građane. U ugovoru se veoma detaljno navodi koja se imovina daje kao miraz (odjeća, nakit, zemljište i rob), što čini ženinu vlastitu imovinu *parapherna* te zemljište koje muž unosi u bračnu zajednicu. Ovaj papirus nažalost nije sačuvan u cijelosti, međutim u sličnim dokumentima nalazimo daljnje uglavke o obvezi

³¹ Više o *pacta dotalia* v. Kaser (1971), str. 341.

³² U izvorima se to ponajprije odnosi na rokove za povrat mirazne imovine: (...) *Proculus respondit: quod ad diem reddendae dotis attinet, pacto existimo meliorem condictionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse* (...) D. 23, 4, 13 i dr. („...Prokul je odgovorio: Što se tiče roka za povrat miraza, smatram da se položaj žene smije poboljšati, ali ne i pogoršati...“).

³³ Cf. Paul. D. 23, 4, 8 i Paul. D. 23, 3, 73 pr; navedeno pravilo bilo je do 1965. g. sostavni dio čl. 1398. francuskog Code civila.

uzdržavanja u braku, pojedinostima oko upravljanja i povrata imovine dođe li do razvoda braka, financiranju rođenja djeteta, ako bi supruga bila trudna u trenutku razvoda i sl.³⁴

U srednjem je vijeku sadržaj takvih pakata bitno izmijenjen zbog promjena u imovinskopravnom režimu bračnih drugova koji se temeljio na sustavu zajednice dobara. Što je dopušteno, ovisilo je o mjesnom statutarnom pravu pa je, primjerice, postojala opcija ugovoriti različite oblike zajednice dobara, miraz ili udovičku plaću, klauzule o nasljeđivanju i sl. Odmak od rimskog prava predstavljala je odredba prema kojoj je sklapanje bilo dopušteno samo prije zasnivanja braka, bez mogućnosti naknadne izmjene.³⁵

3. Povrat miraza

U starije doba povrat miraza nakon prestanka braka bila je isključivo moralna i neutuživa obveza muža. Zbog porasta razvoda brakova već se pri predaji imovine ugovarao povratak u obliku stipulacije (*cautio rei uxoriae*). Obveza je postala utuživa na temelju *actio ex stipulatu* koja je silila muža da strogo ispunji svoju obvezu, međutim s obzirom na to da je bila riječ o tužbi *stricti iuris*, sudac nije imao manevarskog prostora voditi računa o posebnim okolnostima pojedinog slučaja (primjerice, uzeti u obzir protuzahjeve muža). Pred kraj republike razvilo se shvaćanje o dužnosti povrata miraza, dođe li do razvoda ili smrti muža, neovisno o tome što to nije bilo prethodno izričito ugovorenno. Takav ženin zahtjev ne zastarijeva *dotis causa perpetua est* („pravo na miraz je vječno“³⁶) i na raspolaganju joj stoji *actio rei uxoriae*.³⁷ Osobito je važno naglasiti da je posrijedi tužba koju su pravnici klasičnog razdoblja svrstali u *bona fidei iudicia* jer suču daje mogućnost da odvaže argumente objiju stranaka te slobodno procijeni da osudi tuženika na predaju onoga što mu se učini bolje i pravednije (*quod aequius melius est*). Načelo pravičnosti dolazi do izražaja u tome što je sudac u sklopu svog oficijuma mogao uzeti u obzir pravo na odbitak u korist muža ili djece.³⁸

³⁴ Za druge bračne ugovore sklopljene u tom razdoblju v. Grubbs (2002), str. 126ff.

³⁵ Cf. Coing (1985), str. 241; za detaljni pregled instituta bračnog ugovora u povijesnom, pozitivnom i komparativnom kontekstu v. Majstorović (2005/B).

³⁶ Za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1988), str. 191.

³⁷ Tužba je osobni zahtjev žene ako je bila *sui iuris*. Ako žena umre, zahtjev prelazi na nasljednike samo ukoliko je muž u zakašnjenju, u suprotnom slučaju se gasi, a miraz ostaje mužu. Ako je žena pod vlašću svoga oca, on može podignuti tužbu samo uz njezin pristanak. Cf. Eisner/Horvat (1948), str. 164.

³⁸ Ako je za razvod braka kriva žena, mužu stoje na raspolaganju sljedeći zahtjevi: a) *retentio propter liberos* (za svako dijete 1/6, ali ne više od polovice cjelokupne mirazne imovine), b) *retentio propter mores* (ako je do razvoda došlo zbog ženina preljuba, muž ima pravo na daljnju 1/6 ili 1/8, ako je riječ o blažim povredama običaja). Ako do prestanka braka dođe

Justinijan je nadalje u velikoj mjeri pojačao osiguranje povrata miraza te je muž uvijek bio dužan vratiti *dos*, osim ako je žena kriva za razvod. Konsticijom iz 529. g. zahtjevu na povrat miraza pružen je *privilegium exigendi*, tj. prednost pred drugim osobnim vjerovnicima muža, a potom i generalna hipoteka na muževljevoj imovini. Navedenim pravilima o neotuđivosti i nezaloživosti dotalnih zemljišta, kao i dužnosti muža da obvezno vrati miraz te odgovara za gubitak i pogoršanje stvari, u Justinijanovu je zakonodavstvu konično pobijedilo stajalište da je muž samo formalno vlasnik dotalnih dobara, a stvarno njihov uživatelj (uzufruktuar).

Ako sagledamo muževljevu obvezu na povrat miraza, možemo zaključiti, da premda je ona nedvojbeno imala svrhu osigurati egzistenciju žene, ne možemo govoriti o obvezi uzdržavanja nakon prestanka braka kako to regulira ObZ. Naime bračni drug može tijekom i nakon prestanka braka zatražiti uzdržavanje ukoliko su ispunjene materijalne pretpostavke da: *nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, a nije sposoban za rad ili se ne može zaposliti* (čl. 217.).³⁹ Obveza na povrat miraza nije ovisila o imovinskom položaju žene. Čak i kada je žena raspolagala s dovoljno finansijskih sredstava iz drugih izvora, a muž je (izuzevši *dos*) bio bez imovine, to nije utjecalo na ženino pravo da zahtijeva povrat miraza. Muž je eventualno mogao zahtijevati da mu se prizna *benefitum competentiae*, tj. da bude osuđen samo na toliko, koliko može dati bez uštrba za svoje nužno uzdržavanje *in quantum facere potest*. Ako nije bio solventan, obveza se povrata miraza gasila (Mod. D. 42, 1, 20, Ulp. D. 24, 3, 12).

U srednjem je vijeku rimsко dotalno pravo ustupilo mjesto sustavu zajednice dobara i kao cjelokupni je sustav recipirano samo u pojedinim zemljama (u unutrašnjosti Italije, Francuskoj, Aragonu i Kataloniji). Međutim i na područjima koja su odstupala od rimskog dotalnog režima bilo je uobičajeno u obliku pakta ili pisanog ugovora davati miraz, osobito među višim društvenim slojevima. Na takve sporazume primjenjuju se odredbe Justinijanova prava, primjerice, zabrana otuđenja zemljišta i hipotekarno osiguranje ženina zahtjeva. Restituciju miraza budući supružnici najčešće ugovaraju vlastitim sporazumom, a supsidijarno se primjenjuju mjesni statuti pa tek onda *ius commu-*

zbog smrti žene, mužu ostaje cjelokupni *dos* osim ako je riječ o *dos receptitia* – mirazu kod kojeg je pri zasnivanju dogovorena obveza povrata određenoj osobi. Glede rokova muž je također uživao određene povlastice (pod uvjetom da nije kriv za razvod). Odmah nakon razvoda braka morao je vratiti nekretnine i druge zamjenjive stvari, a zamjenjive u tri godišnja obroka. Muž također ima pravo na nužne i korisne troškove. Cf. Zimmermann/ Whittaker (2000) str. 83; Eisner/Horvat (1948) str. 163ff i Kaser (1975) str. 337ff s uputama na daljnju literaturu.

³⁹ Alinčić et al. (2006), str. 455ff.

ne.⁴⁰ Hrvatsko srednjovjekovno pravno uređenje miraza bilo je partikularno⁴¹ i većinom usmjereno nasljednopravnom očuvanju obiteljske imovine. Bez detaljnijeg upuštanja u raščlambu srednjovjekovne regulacije ovog instituta na našim područjima istaknuli bismo, kao svojevrsnu specifičnost, uređenje miraza u Tripartitu,⁴² po kojem se on definira kao nagrada za bračnu vjernost koja se zakonitoj supruzi imala isplatiti iz imovine pokojnog muža. Odstupanje od rimskog pravnog uređenja, a time i onog u OGZ-u, obrazloženo je činjenicom da je propis recipiran od susjednih Germana.

Miraz dakle po hrvatsko-ugarskom pravu nije služio snošenju troškova nove obitelji, već je ispunjavao samo jednu od funkcija koje mu je namijenilo rimsko pravo, kao naknada udovici koja joj je pripadala i povrh udovičkog prava, kako bi lakše snosila „tužnu udovičku sudbinu“.⁴³

Institut miraza više ne postoji kao samostalan pravni institut u hrvatskom obiteljskom pravu. On je napušten usvajanjem Osnovnog zakona o braku iz 1946. godine⁴⁴ s obrazloženjem, da predstavlja povredu načela ravnopravnosti. Imovina koju žena ima u trenutku sklapanja braka njezina je vlastita imovina, što je ne ograničava da u skladu sa stranačkom autonomijom prepusti upravljanje tom imovinom mužu, jer se time ne bi promijenili vlasničkopravni odnosi. Za razliku od dvojbi o valjanosti ugovora o mirazu u hrvatskoj obiteljskopravnoj znanosti,⁴⁵ austrijska sudska praksa jasno je u vezi s tim institutom (*Heiratsgut* § 1218. – 1229. ABGB-a)⁴⁶ zauzela stajalište, da su ugovori o mirazu

⁴⁰ Cf. Coing (1985), str. 239f.

⁴¹ Za detaljniji pregled na primjerima srednjovjekovnog prava Kvarnera, Dalmacije i Slavonije v. Majstorović (2005/B), str. 14ff s uputama na daljnju literaturu.

⁴² Riječ je o zbirci običajnog prava *Tripartitum opus iuris consuetudinarii incliti regni Hungariae* koju je 1517. g. u Beču objavio Istvan pl. Verbocz te iako nije nikada stekao zakonsku snagu, bio je uporabi kao zakonik, ponegdje (Baranja, Međimurje) i do 1945. g.

⁴³ Cf. Lanović (1929), str. 110.

⁴⁴ Službeni list FNRJ br. 29/1946, 36/1948, 11/1951, 44/1951, 18/1955, 4/1957, Službeni list SFRJ 12/1965.

⁴⁵ Majstorović, primjerice, u svom članku analizira kako bi se prosuđivao bračni ugovor kojim bi se uglavilo da muž stječe pravo korištenja ženine mirazne imovine. Naime, ako podemo od stajališta da je miraz suprotan načelu ravnopravnosti te ruši vlasničko načelo, takvu bi odredbu ugovora trebalo smatrati ništetnom, osobito ukoliko bi ga ugovarali nevjestin otac i ženik. Međutim autorica zaključuje kako ugovoru o mirazu ne bi trebalo osporavati valjanost samo zbog spornog naziva jer njegov sadržaj ide *in favorem* stranačke autonomije. Pa čak i ukoliko bi ga ocijenili ništetnim, postojala bi mogućnost konverzije (eventualno ništetnog) ugovora o mirazu u valjani ugovor o darovanju čime bi se ostvarila svrha koju su stranke htjele postići, a pravni bi režim istodobno bio očuvan; v. Majstorović (2005/A), str. 769f.

⁴⁶ O vlasništvu nad miraznom imovinom i njegovojoj daljnjoj sudbini odlučuje se u bračnom ugovoru. Ako stranke nisu ništa pobliže definirale, muž stječe vlasništvo nad novcem i zamjenjivim stvarima. Na ostalim stvarima ima samo pravo korištenja, dok žena i dalje ostaje

valjani, čak ako bi ih sklopio jedan bračni drug s trećom osobom, pod uvjetom da je kao ovlaštenik postavljena supruga.⁴⁷ Međutim s obzirom na to da se bliži 200 godina otkako je ABGB na snazi, osnovana je radna skupina koja je pripremila reformu, među ostalim, i bračnog imovinskog prava.⁴⁸ U sklopu modernizacije i europeizacije obiteljskog prava provedeno je brisanje djelomice diskriminirajućih odredbi o mirazu (*Heiratsgut*), uzmirazju (*Widerlage*), jutarnjem daru (*Morgengabe*), udovičkoj plaći (*Witwengehalt*) i dosmrtnom uživanju (*Advitalitätsrecht*), a bračnim drugovima i trećima omogućeno, da ukoliko žele sklopiti neki od navedenih sporazuma, to i dalje mogu učiniti u skladu s načelom privatne autonomije.⁴⁹

4. Darovanje

Specifičnost rimskog prava ogleda se u zabrani darovanja među supružnicima.⁵⁰ Rimski pravnici zabranu prvi put spominju u razdoblju vladavine cara Augusta (iako ona nije vezana za njegove ženidbene zakone) i opravdavaju je činjenicom da se odnosi među supružnicima ne bi trebali svesti na materijalne doprinose jer je to suprotno prirodi braka.⁵¹ Pravi razlog vjerojatno leži u su-

vlasnicom. Umre li muž, miraz se vraća ženi, a kad umre žena, on ostaje njezinim nasljednicima. Ukoliko muž postane vlasnikom, osobi koja ima pravo retencije stoji na raspolaganju samo obvezopravni zahtjev za predajom imovine; cf. Koziol/Wesler (2000), str. 436.

⁴⁷ Auch wenn das *Heiratsgut* nicht von der Ehegattin selbst, sondern „für sie von einem Dritten“ dem Mann zur Erleichterung des mit der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird, muß die Absicht, die sich aus der Ehe ergebenden vermögensrechtlichen Verhältnisse auf eine besondere vertragliche Grundlage zu stellen, ausdrücklich bedungen werden. Sie setzt voraus, daß beide Ehegatten Rechtsträger der Ehepakte werden. Es ist allerdings nicht notwendig, daß die Ehefrau auch unbedingt unmittelbarer Vertragspartner wird; Ehepakte können vielmehr auch zwischen dem Dritten und dem (künftigen) Ehemann geschlossen werden, doch setzt dies voraus, daß der Begüntigte selbst berechtigt wird. RS OGH 1980/02/06 1Ob519/80 <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=432606> (9. 7. 2010.)

⁴⁸ Cf. Austrijsko nacionalno izješće o imovinskim odnosima upućeno Komisiji za europsko obiteljsko pravo (CEFL) <http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Austria.pdf> (13. 6. 2010.).

⁴⁹ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 75/2009; http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bgb1Auth/BGBLA_2009_I_75/BGBLA_2009_I_75.pdf (9. 7. 2010.)

⁵⁰ Ulp. D. 24, 1, 3 pr. *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amoreum honestum solis animis aestimantes; ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem inciderit, deterior ditior fieret.* („Naši su stari zabranjivali darovanja između muža i žene, smatrajući da je časna ljubav samo ona koja dolazi jedino iz duhovne naklonosti, te da se ne bi sloga (u braku) novcem kupovala, niti (dopustilo) da bolji padne u siromaštvo, a gori (bezobzirniji) da se obogati.“); za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1988), str. 186.

⁵¹ Cf. Treb.-Lab. D. 24, 1, 64 i sl. Pravnici navode kako treba izbjegavati prijenos imovine

stavu odvojene imovine bračnih drugova, koji je u međuvremenu prevladao. *Ratio* zabrane darovanja također je bilo spriječiti bogaćenje jedne obitelji na račun druge, s obzirom na to da se ne proteže samo na supružnike, nego i na ostale članove njihovih obiteljskih zajednica. Od zabrane su, među ostalim, izuzeta darovanja koja ne dovode do bogaćenja jedne strane⁵² te darovanja za slučaj da dođe do smrti ili razvoda, kojima bi se ženi osigurala egzistencija.⁵³

Darovanje prije braka koje bi zaručnik ili njegova obitelj učinila zaručnici očekujući da će brak biti zaključen, bilo je valjano.⁵⁴ Ako brak ne bi bio sklopljen, zaručniku je na raspolaganju stajala tužba zbog stjecanja bez osnove *condictio causa data causa non secuta*. Ta je tužba prvotno i nastala vezano uz vraćanje miraza koji je dan unaprijed predviđajući zaključenje braka i sve dok je Justinijanovi kompilatori nisu preimenovali nosila je naziv *condictio ob causam datorum*.⁵⁵ Iako mogućnost opoziva vjenčanih darova u pozitivnom pravu nije izričito propisana,⁵⁶ držimo da bi to svakako bilo poželjno, s obzirom na to da su često posrijedi darovi velike vrijednosti.⁵⁷

koji ne služi nekoj gospodarskoj svrsi nego se temelji na osjećajima, osobito slučajevе u kojima jedan bračni drug dariva drugoga kako bi ovaj odustao od razvoda.

⁵² Darovanje je u tom slučaju valjano jer se time ne izigrava zabrana, nego, primjerice, otklanja nastala šteta, čime motiv ne ugrožava postojanje braka na zdravoj osnovi. Cf. Paul D. 24, 1, 14 „Ako je muž ženi čija je kuća uništena u požaru poklonio novac za njenu obnovu, valjan je poklon za toliko, koliko je potrebno za obnovu izgorjelog.“ Ulp. D. 24, 1, 5, 16 „Zbog toga, kada se ništa ne izdaje iz dobara pravilno se kaže da je poklon valjan. Zbog toga gdje god onaj koji poklanja, ne smanjuje od svojih mogućnosti važi ili čak i kad smanjuje, a ne čini bogatijim onoga koji prima, darovanje je valjano.“ v. Malenica (1981), str. 153f.

⁵³ Ulp. Reg. 7, 1 „Između muža i žene darovanje nije valjano izuzev iz određenih razloga, kao što je slučaj smrti, razvoda, besplatnog oslobođenja roba.“

⁵⁴ Sporni su podrijetlo i razvoj ovog instituta. Eisner/Horvat smatraju kako je ustanova došla s istoka, gdje su bila uobičajena darovanja zaručnika ili njegova oca sa svrhom opskrbe buduće žene u slučaju da dođe do prestanka braka. Klasičnom je pravu institut nepoznat, a tek je car Konstantin konstitucijom iz 319. godine (Cod. Theod. 3, 5, 2) prvi put regulirao obvezu povrata darova između zaručnika, ako ne dođe do zaključenja braka; v. Eisner/Horvat (1948), str. 167.

⁵⁵ Iul. D. 12, 4, 77, 1.

⁵⁶ Izričitu regulaciju tog instituta nalazimo u ABGB-u § 1247. „(...) Ako zaručnik zaručnici ili treći jednom od zaručnika što obeća ili daruje radi budućeg braka, takvo se darovanje može opozvati ako brak ne bude sklopljen bez krivnje darovatelja.“ (...). Wenn aber ein verlobter Teil dem andern; oder auch ein Dritter dem einen oder andern Teile in Rücksicht auf die künftige Ehe etwas zusichert oder schenkt; so kann, wenn die Ehe ohne Verschulden des Geschenkgebers nicht erfolgt, die Schenkung widerrufen werden. Dakle prema austrijskom pravu izričito je predviđen zahtjev za povrat vjenčanih darova, s tim da darovatelj snosi teret dokaza da nije kriv što nije došlo do sklapanja braka. Ta se odredba ne odnosi na uobičajene darove koji su predani radi obogaćenja zaručnika bez neke daljnje svrhe, već isključivo u očekivanju budućeg braka.

⁵⁷ Dodatni problem predstavlja činjenica da se u praksi u velikom broju slučajeva i dalje

Razvoj ovog instituta u rimskom pravu nije međutim stao na zabrani darovanja među supružnicima. Od 4. st. taj se pravni posao učvrstio kao poseban oblik darovanja sa svrhom snošenja troškova budućeg braka i osiguranja egzistencije žene i djece nakon njegova prestanka, čime se po svojim karakteristikama sve više približava mirazu. Imovina se nije odmah prenosila na ženu, nego bi to uslijedilo tek ako bi došlo do razvoda bez njezine krivnje. Ako je brak okončan smrću muža, imovina bi pripala djeci, a žena bi stekla pravo plodouživanja (*ususfructus*). U slučaju da žena umre, slična je odredba išla u korist muža i djece. U Justinijanovo vrijeme donacije dobivaju naziv *contrados* (uzmirazje⁵⁸) i pravno se izjednačavaju s mirazom u nastojanju da se prisnose obaju supružnika stvara neotuđiva imovina za snošenje tereta braka. Poput obveze ženina oca i otac zaručnika sada ima dužnost sinu dati donaciju i to u jednakom iznosu kao *dos*, s tim da iako su predmeti donacije imovina muža, on ih nema ovlasti prodati ili založiti. Napušteno je stajalište kojim se darovanja među bračnim drugovima smatraju ništetnima.⁵⁹ Kako ono više ne mora prethoditi braku, institut mijenja naziv u *donatio propter nuptias* jer se darovanje nakon sklapanja braka moglo ne samo povećati, već i samostalno ustanoviti.

primjenjuju odredbe OGZ-a na ugovore o darovanju sklopljene prije stupanja na snagu ZOO-a. Treći koji bi nevjesti i ženiku s pretpostavkom budućeg braka nešto darovao, imao bi prema općim odredbama ZOO-a pravo na opoziv zbog osiromašenja (čl. 439.), nezahvalnosti obdarenika (čl. 494.) i povrede dužnog uzdržavanja (čl. 495.) i to u roku od jedne godine od saznanja za razlog opoziva. Možemo pretpostaviti da će u praksi takvi zahtjevi biti rijetki jer se, primjerice, opoziv zbog grube nezahvalnosti može zahtijevati samo uz pretpostavku da se obdarjenik teže ogriješio o zakonom utvrđene dužnosti ili počinio kazneni djelo protiv darovatelja. S obzirom na to da je riječ o besplatnom ugovoru, darovatelj bi se mogao pozvati na zabludu o pobudi (*error in motivo* čl. 281.), ukoliko je sklapanje braka bila odlučna činjenica zbog koje je došlo do preuzimanja obveze. Takva se zabluda smatra bitnom jer je motiv opskrbe supružnika za budući život bio odlučan za preuzimanje obveze i neovisno o tome što ta pobuda nije posebno navedena u ugovoru, ona će utjecati na njegovu valjanost. Teret dokaza da je darovanje učinjeno isključivo u očekivanju budućeg braka i ovdje je na darovatelju. Kao posljednja opcija ponovno se vraćamo rješenju rimskog prava jer ako je bračnom drugu učinjen vrijedan dar u očekivanju koje se nije ostvarilo, darovatelj se u skladu s čl. 1111. st. 3. ZOO-a može pozvati na neostvarenu osnovu i postaviti zahtjev tužbom *causa data causa non secuta*.

⁵⁸ Institut uzmirazja pretrpio je u suvremenom obiteljskom pravu sličnu sudbinu kao i miraz, stoga upućujemo na prethodne napomene v. *supra*; Cf. Coing (1985), str. 238f; o regulaciji uzmirazja po OGZ-u v. Majstorović (2005/B), str. 36.

⁵⁹ C. 5, 3, 20, 3 – 5 „(...) Stoga određujemo, da je svima dozvoljeno da, ili prije sklapanja braka ili nakon toga, daju ženama dar, zbog toga što im one donose miraz i da se to ne smatra običnim darom, nego darom učinjenim zbog miraza i zbog braka (...).“ (*Sancimus itaque omnes icentiam habere sive priusquam matrimonia contrixerint sive postea donationes mulieribus dare propter dotis dationem, ut non simplices donationes intellegantur, sed propter dotem et propter nuptias vetitae sunt*); za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1973), str. 177.

V. Imovinski položaj djece zbog prestanka braka

U klasičnom rimskom pravu skrb nad djecom rođenom u valjanom rimskom braku pripala bi nakon razvoda ocu, iako se majka smatrala prikladnjom za odgoj male djece.⁶⁰ Dođe li do sporazumnog razvoda, roditelji su imali mogućnost dogovora oko skrbništva, međutim takvi sporazumi nisu bili pravno regulirani. Ako bi došlo do spora, nadležni je sudac vođen dobrobiti djeteta imao ovlast procijeniti (*causae cognitio*) kojem će roditelju dodijeliti skrb, a to je u pravilu bio onaj koji se smatrao prikladnjim za njegov odgoj.⁶¹ Onaj roditelj kojem bi dijete bilo dodijeljeno i kod kojeg bi živjelo, imao je istodobno obvezu odgoja i obrazovanja. Majka bi, primjerice, dobila skrbništvo nad djecom ako je otac bio „lošeg karaktera“ (*nequitiam patris* Ulp. D. 43, 30, 3, 5), međutim on bi i tada zadržao očinsku vlast i obvezu uzdržavanja. Ako bi to odbio, sud bi ga službenom pljenidbom i javnom prodajom mogao prisiliti na ispunjenje obveze (Ulp. D. 25, 3, 5, 10).

Justinijanova konstitucija Nov. 117, 7 odstupa od navedene regulacije klasičnog rimskog prava u smislu da odluku s kojim će roditeljem dijete živjeti veže uz krivnju za razvod braka. Ako je otac proglašen krivim za razvod, dijete bi bilo povjerenito majci na odgoj, a on bi snosio troškove uzdržavanja (sve dok se ona ne bi ponovno udala). Žena koja bi razvela brak snosila bi rizik da više nikada ne živi sa svojom djecom, što ju je vjerojatno više odvraćalo od razvoda, nego bilo koja pravna restrikcija. U takvom slučaju dijete bi živjelo kod oca i on bi preuzeo obvezu uzdržavanja. Ovo izmijenjeno stajalište temeljilo se očito na ideji da se bračni drug koji je skrivio razvod sam diskreditirao i ne bi bio u stanju preuzeti odgovornu zadaću odgoja djeteta. Dakle, načelno je otac bio dužan uzdržavati djecu, osim u slučaju kada ne bi raspolagao s dovoljno sredstava pa bi tu obvezu preuzela imućna majka. Obveza majke neobično je argumentirana jer polazi od toga da je ona dužna alimentirati djecu, zbog toga što su djeca dužna uzdržavati siromašnu majku.⁶² Na osnovi tih pravila

⁶⁰ C. 5, 49, 1 pr *Educatio pupillorum tutorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est.*

⁶¹ Prema podacima iz izvora možemo zaključiti da se u takvim slučajevima od lokalnih i provincijskih službenika pa čak i careva tražila intervencija u sporovima oko skrbništva. CJ. 5, 24, 1 *Imperatores Diocletianus, Maximianus Licet neque nostra neque divorum parentium nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriti debent;* cf. Grubbs (2002), str. 199.

⁶² Već carsko pravo predviđa obostranu obvezu uzdržavanja bračnih srodnika u uzlaznoj i silaznoj liniji Ulp. D. 25, 3, 5, 1 „Više smatram da djecu, makar i nisu pod očinskom vlašću, roditelji trebaju uzdržavati, kao i obrnuto, da ona trebaju uzdržavati roditelje.“ (*Magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere.*) Za prijevod navedenog pravila cf. Romac (1988), str. 35.; za daljnju literaturu v.

glosatori su izveli načelo *fili locupletes parentes egentes tenentur alere et contra*, prema kojem su imućna djeca dužna uzdržavati siromašne roditelje i obrnuto.⁶³ Obveza međusobnog uzdržavanja između roditelja i djece danas je odraz načela solidarnosti te obvezuje punoljetnu djecu da u skladu sa zakonskim pretpostavkama uzdržavaju roditelje,⁶⁴ međutim i rimski izvori polaze od emotivne sastavnice kada govore da djeca trebaju uzdržavati svoje ascendentne jer se taj odnos temelji na prirodnoj pravednosti i privrženosti krvnim srodnicima.⁶⁵

Kako bi nakon prestanka braka bilo dovoljno raspoloživih sredstava, donesene su posebne odredbe kojima se zadire u imovinske odnose bračnih drugova sa svrhom osiguranja ekonomskih interesa djece u slučaju da dođe do razvoda braka. Tako, primjerice, umre li majka ili njezinom krivnjom bude razveden brak, miraz postaje vlasništvo djece, a muž stječe samo pravo uživanja (*usus-fructus*) (Nov. 98, 1). U slučaju muževljeve smrti ili krivnje *donatio propter nuptias* pripada u jednakim dijelovima ženi i djeci, ali žena stječe pravo uživanja (Nov. 127, 3).⁶⁶

Na ponovno sklapanje braka, neovisno o tome je li prethodni prestao smrću bračnog druga ili razvodom, nije se gledalo s odobravanjem. Car August je doduše krajem republike iz socijalnopolitičkih razloga uveo obvezu ponovnog stupanja u brak, međutim njegovim reformama nisu ostvareni željeni ciljevi povećanja broja brakova i broja djece.⁶⁷ U postklasičnom razdoblju sklapanje novog braka nije zabranjeno, ali se uvode pravne posljedice čija primarna svrha nije bila kažnjavanje bračnog druga koji stupa u novi brak, nego zaštita djece iz prvoga braka. Taj cilj postizao se odredbama da bračni drug koji bi sklopio novi brak (*conjux binibus, trinibus* itd.) gubi cijelokupnu imo-

⁶³ Kaser (1971), str. 351., Laubach (2004), str. 41.

⁶⁴ Načelo potječe iz Odofredusove glose Konstitucije cara Dioklecijana iz 294. godine koja je sadržana u kodeksu C. 5, 24 cf. Laubach (2004), str. 31ff.

⁶⁵ Čl. 213., st. 1. ObZ-a: „Punoljetno dijete je dužno uzdržavati roditelja koji nije sposoban za rad, a nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine.“ Obveza djeteta je supsidijarna jer ona postoji samo ako roditelji ne mogu ostvariti uzdržavanje od drugih osoba (npr. bračnog ili izvanbračnog druga) cf. Alincić et al. (2006), str. 449f.

⁶⁶ Ulp. D. 25, 3, 5, 2 (...) *et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis.*

⁶⁷ Cf. Kaser (1975), str. 188. i 197.; Coing (1985), str. 238.

⁶⁸ Car August je u tu svrhu donio tri zakona: *lex Iulia de adulteriis, lex Iulia de maritandis ordinibus* oba iz 18. g. pr. Kr., *lex Papia-Poppaea* iz 9. g. pr. Kr. poznati pod zajedničkim imenom *lex Iulia et Papia-Poppaea* kojima se, među ostalim, nalaže dužnost stupanja u brak muškarcima u dobi od 25. do 60. i ženama od 20. do 50. godine, ponovno sklapanje braka udovicama i razvedenima te rađanje određenog broja djece. Neudovoljenje tim propisima povlačilo je za sobom razne pravne posljedice, posebice nesposobnost za stjecanje nasljedstva i legata. O bračnom zakonodavstvu cara Augusta v. detaljnije Eisner/Horvat (1948) str. 144f.

vinu (*lucra nuptialis*) koju je u prethodnom braku stekao po osnovi darovanja, oporuke, miraza ili *donatio propter nuptias* u korist djece iz prvog braka, a zadržava samo pravo uživanja (Nov. 22-26). Pravo djece bilo je osigurano za-branom otuđenja nekretnina, obvezom davanja jamstva o povratu pokretnina i generalnom hipotekom na imovini. Novom bračnom drugu nadalje nije bilo moguće pravnim poslom *inter vivos* ili *mortis causa* prenijeti više imovine, nego što bi pripalo djetetu iz prvog braka.⁶⁸ Kao što smo već napomenuli, majka bi stupanjem u drugi brak snosila tešku posljedicu gubitka skrbništva i prava odgajanja djece.

Pitanje skrbništva i uzdržavanja djece zasigurno je tema o kojoj bi se mogla provesti zasebna analiza, osobito u vezi s temeljnim načelima rimskog prava kao osnove suvremenog instituta uzdržavanja (*alimenta cum vita finiuntur; in praeteritum non vivitur; non aetati, sed necessitati alimenta debentur* i sl.). Takva raščlamba prešla bi doduše okvire ovog članka te smo se stoga ograničili na kratak pregled položaja djece zbog prestanka braka sa zaključkom da je rimska država, unatoč načelnoj slobodi razvoda i autonomiji bračnih drugova u vezi s uređenjem imovinskih odnosa, intervenirala propisima radi ograničenja raspolaganja imovinom zbog razvoda braka s ciljem ekonomskog zbrinjavanja djece.

VI. Zaključak

Iako ga moderna romanistička znanost tretira kao socijalnu činjenicu, a ne pravni odnos, rimski brak definiran kao „veza muža i žene, ustanovljena radi trajne životne zajednice“⁶⁹ postavlja strukturalnu osnovu današnjeg hrvatskog poimanja braka zasnovanog na načelima konsenzusa, monogamnosti i heteroseksualnosti. U samom središtu takvog uređenja stoji načelo slobode razvoda braka, koje se tek od 19. st. ponovno javlja u europskim zakonodavstvima.

Imovinsko uređenje rimskog braka osnova je jednog od dvaju temeljnih imovinskih bračnih sustava – sustava odvojene imovine (*Gütertrennung*) koji i dan-danas nalazi primjenu u austrijskom pravu, a dijelom i u hrvatskom pravu u odnosu na vlastitu imovinu bračnih drugova. Prednosti koje taj sustav nudi zasigurno su jasno razgraničenje imovine koje olakšava upravljanje i odgovornost za dugove, a time i zaštitu prava poštenih trećih osoba. Činjenica da ono što jedan bračni drug samostalno stekne povećava samo njegovu imovinu, može biti veliki nedostatak ovog sustava, ako, primjerice, drugi bračni dug,

⁶⁸ Cf. Kaser (1975), str. 180ff.

⁶⁹ Iust. Inst. 1, 9, 1 *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.*

tijekom povijesti najčešće žena, nije zaposlen. S obzirom na to da je u rimsko doba muž bio odgovoran za uzdržavanje obitelji, žena i njezini srodnici participirali bi u snošenju troškova s pomoću miraza, međutim da bi nešto postalo *dos* tražio se zaseban pravni posao, čime je izgrađen specifični rimski dotalni režim. Miraz kao ključni element tog režima s višestrukom funkcijom uzdržavanja obitelji, osiguranja egzistencije žene i djece nakon prestanka braka, ali i osiguranja njegove stabilnosti i sprječavanja olakog razvoda, danas ne postoji kao samostalni institut. Ne vidimo doduše zapreku, zašto bračni drugovi u okviru svoje iznimno široke slobode ugovaranja s pomoću bračnog ugovora ne bi mogli oživjeti institut miraza, ukoliko je on još doista zastavljen u običajima i tradiciji. Osobito danas kada smo svjedoci nedovoljnog poznавanja mogućnosti odstupanja od zakonskog imovinskog sustava i nažalost i dalje neznatnog interesa za sklapanje bračnog ugovora, zanimljivo je zamijetiti, kako je rimsko pravo poznavalo i u praksi primjenjivalo posebne pakte (*pacata nuptialis*) kojima su supružnici katkad iscrpno regulirali način upravljanja imovinom.

Zabrana darovanja između bračnih drugova nije recipirana jer je bila odraz specifičnog imovinskog uređenja zasnovanog na braku bez manusa i sustavu odvojene imovine, međutim na primjeru opoziva vjenčanih darova pokušali smo predviđati kako bi poznavanje rimskih rješenja moglo pomoći pri rješavanju spornih pitanja u suvremenoj pravnoj praksi, kao i višestruko isticanom teleološkom tumačenju aktualnih pravnih propisa.

Uz raščlambu osnovnih karakteristika osobnih i imovinskopravnih učinaka rimskog braka, fokus ovog rada usmjerili smo na analizu posljedica prestanka, osobito razvoda braka koje su se odrazile na imovinske odnose bračnih drugova i djece. Rimsko pravo i u ovom se slučaju pokazalo kao riznica argumenta: međutim, u želji da prikažemo razvoj pojedinih instituta te se istodobno osvrnemo na neka aktualna pravna rješenja, naišli smo na problem širine materije imovinskih odnosa, zbog koje je nemoguće kvalitetno pokriti njihov cjelokupni razvoj u bogatoj rimskoj pravnoj tradiciji. Pitanje uzdržavanja djece nakon prestanka braka otvorilo je, primjerice, jedno potpuno novo područje koje će u budućnosti svakako zahtijevati daljnju analizu. Priklonit ćemo se stoga Honsellovu stajalištu da *primjenjiva pravna povijest smije žuriti kroz tisućljeća jer bit nije u pojavnom obliku neke dogmatske figure u određenom razdoblju nego u njezinoj bezvremenoj strukturi*.⁷⁰

⁷⁰ Cf. Honsell (2003), str. 250.

Literatura:

- **Alinčić et al. 2003**
Alinčić, M. et al., *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive*, Zagreb, 2003.
- **Alinčić et al. 2006**
Alinčić, M. et al., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006.
- **Coing 1985**
Coing, H., *Europäisches Privatrecht, Band I – Älteres Gemeines Recht*, München, 1985.
- **Eisenring 2002**
Eisenring, G., *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien, 2002.
- **Eisner/Horvat 1948**
Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948.
- **Gavella 1993**
Gavella, N., *Gradansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropejski pravni krug – u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 43-4 (1993).
- **Gavella et al. 2005**
Gavella et al., *Teorijske osnove građanskog prava – Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretku kontinentalnoeuropejskom pravnom krugu*, Zagreb, 2005.
- **Grubbs 2002**
Grubbs, J., E., *Woman and the Law in the Roman Empire - A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London & New York, 2002.
- **Gschnitzer 1979**
Gschnitzer, F., Faistenberger, C., *Österreichisches Familienrecht*, Wien & New York, 1979.
- **Honsell 2003**
Honsell, H., *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, Der Praktische Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenhauer zum 8. September 2001., Heidelberg, 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.

➢ **Koziol/Welser 2000**

Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Wien, 2000.

➢ **Lanović 1929**

Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb, 1929.

➢ **Laubach 2004**

Laubach, B., *Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht*, Wien, 2004.

➢ **Majstorović 2005/A**

Majstorović, Irena, *Zaruke i miraz kao neregulirani instituti suvremenog hrvatskog obiteljskog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 3-4, 2005.

➢ **Majstorović 2005/B**

Majstorović, Irena, *Bračni ugovor – novina hrvatskog obiteljskog prava*, Zagreb, 2005.

➢ **Malenica 1981**

Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, Beograd, 1981.

➢ **Pacchioni 1935**

Pacchioni, *Manuale del diritto romano*, Torino, 1935.

➢ **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.

➢ **Romac 1973**

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

➢ **Romac 1988**

Romac, A., *Minerva – Florilegij latinskih izreka*, Zagreb, 1988.

➢ **Treggiari 1991**

Treggiari, S., *Roman marriage – Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991.

➢ **Zimmermann/ Whittaker 2000**

Zimmermann/ Whittaker, *Good fait in European Contract Law*, Cambridge, 2000.