

ТУТОРСТВО НАД ЖЕНАМА У АНТИЧКОМ РИМУ

(Нека овлашћења татора)

Фигурирајући у римском праву близу хиљаду година, *tutela mulierum* пролази кроз низ трансформација, које се одражавају на врсте и карактер таторових овлашћења. Потпунија анализа тих овлашћења; кроз читаво време постојања ове установе, свакако би захтевала сагледавање неких карактеристика различитих фаза развоја римске породице, па и друштва у целини. Захтевала би такође анализу степена развоја права и правне технике, као и степена залажења права у породичне односе, у свакој од тих различитих фаза друштвеног развоја. При том, требало би имати у виду чињеницу да карактер таторових овлашћења, у различитим фазама развоја римског права, зависи и од тога о ком је татору реч: лигитимном (агнату или оном ко је манумитовао), тестаментом именованом (од *pater familias*-а или од мужа), изабраном од жене (по мужевљевом допуштењу), одређеном од претора у неким случајевима итд. Од значаја је свакако и питање о којој жени је реч. Рецимо ограничења пословне способности либертине била су бројнија но она код жене у слободи рођене. Залажење у сва ова и нека друга питања, међутим, захтевало би један обимнији рад. А овом приликом ће бити учињен само кратак осврт на неке карактеристике таторства над женама и на овлашћења татора уопште, без посебног залажења у бројне промене које је ова установа доживела током векова. Само узгред, код неких питања, биће истакнута запажања везана за најстарије римско право, у вези са којим, када је статус жене у питању, има недовољно основаних схватања у литератури.¹

I

Постојање таторства над женама, сасвим разумљиво, наводи на закључак да су Римљанке вековима проглашаване за доживотне малолетнице. Улпијанова тврдња да су жене биле под таторством „због непоузданости пола и због незнања у вођењу послова“² поткре-

¹ О неким аспектима статуса жене у старо доба Рима В. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву (магистарски рад), Правни факултет у Београду, 1984.

² Ulpianus, *Regulae*, XI, 1; према Girard: *Textes de droit romain*, Paris, 1903.

дљује овакав закључак. Доприноси му и Гај када, пратећи унеколико генезу ове установе, констатује: „Наши стари су желели да жене, макар и потпуно пунолетне, због урођене локомислености, буду под туторством”³. Ипак, и поред извесних сличности са туторством над малолетницима, између ових двеју установа постоје значајне разлике. На њих указују управо поменути правници, а у данашњој литератури је опште мишљење да је туторова власт над женом била блажа од власти над малолетником, односно да је жена била мање ограничена у пословној способности но малолетник.

Истичући разлику између двеју установа Улпијан каже: „Тутори малолетнима и послове воде и сагласност дају; а женама тутори само сагласност дају”⁴. Гај наглашава да и жена и малолетник (старији) могу самостално закључивати неке послове кроз које стичу, односно кроз које друге обавезују, али им је за послове којима се сами обавезују била неопходна сагласност тјтора.⁵ Износи још нека ограничења пословне способности жене, али и један став по коме потпуно одудара од осталих римских правника.⁶ Наиме, Гај каже: „Међутим, чини се да готово ниједан ваљан разлог не постоји да пунолетне жене буду под туторством; наиме, што се обично верује да их због лакоумислености често варају, и да је право да буду подвргнуте туторској контроли, више је привидно, него суштински тачно. Пунолетне жене воде своје послове, само у неким случајевима, форме ради, тутор даје своју сагласност, чак га често претор принуђује да мимо своје воље да сагласност. Отуда се жени не даје право на тужбу према тутору на основу туторства, док у случају да тутор води послове малолетника или малолетнице, ови, после пунолетства, имају право на полагање рачуна путем тужбе из туторства”⁷.

Овакав став Гаја оснива се вероватно, не само на његовом властитом убеђењу, но и на чињеници да жене у његово доба заиста имају релативно доста самосталности у приватноправним пословима, што он и истиче Међутим, степен женине самосталности, односно степен ограничења њене пословне способности, није био идентичан у свим случајевима. У том смислу Гај каже: „Нема сумње да законска туторства (*tutela legitima*) патрона и родитеља имају одређену снагу, јер се ови не могу принудити да дају одобрење за прављење тестаментна нити за отуђење *res mancipi* или за преузимање обавезе, осим ако се појави неки важан разлог за отуђење *res mancipi* или преузимање обавезе.”⁸ По аналогiji са овим могло би се претпоставити да ни стари легитимни тутор, као агнат, (донде док је било оваквог туторства)⁹ није имао мање права но легитимни тутор из доба Гаја, мада је извесно постојање одређених разлика између ових двеју врста легитимног туторства. У ствари, у литератури је врло

³ Gaius, *Institutiones*, I, 144; превод Станојевић, О. — Гај: Институције, Београд, 1982.

⁴ Ulpianus, *Regulae*, XI, 25.

⁵ Gaius, *Institutiones*, III, 107-108.

⁶ Више података о Гају даје Станојевић, О. — *Gaius noster*, Београд, 1976.

⁷ Gaius, *Institutiones*, I, 190-191.

⁸ Gaius, *Institutiones*, I, 196.

⁹ *Tutela agnata* укида се по Клаудијевом закону из 44. год. нове ере, Gaius, *Institutiones*, I, 157.

раширено мишљење да су ограничења женине пословне способности све бројнија што се дубље залази у римску прошлост, односно да су овлашћења тјутора све бројнија и јача.

Овакво схватање износи Леви-Брил,¹⁰ као и неки други аутори. Такво мишљење изражава се индиректно и у констатацијама да је тјутор „рано изгубио“ нека овлашћења над женом¹¹, као и у тврдњама да је тјутор некада давно, у погледу имовинских односа, био у положају власника над женином имовином,¹² као и у случају тјуторства над малолетницама. У ствари, нека од оваквих мишљења, макар да то није увек изричито наглашено, базирана су на доста раширеном схватању о наводно једнаком третману жена и малолетника у најстаријем римском праву¹³, (па и у друштвеном животу уопште), схватању које не изгледа довољно основано.

Да у доба Гаја, као и у доба неких од његових претходника, постоје значајне разлике између *tutela mulierum* и *tutela impuberum*, сасвим је основано схватање и неспорно уосталом, како у римској, тако и у модерној литератури. Разлике постоје међутим, насупрот раширеном схватању, и у најстаријем периоду римске државе. Ако те разлике, сходно ондашњем степену развоја права и правне технике, и нису довољно видљиве на први поглед, кроз изоловано посматрану правну форму, сасвим је сигурно да их је у практичном животу било. Не изгледа вероватним да је жена из онога времена, онако поштована и уважена, како бројни подаци кажу¹⁴, у праву била сасвим уподобљена малолетнику, а још мање је вероватно да она у стварном животу, породичном и друштвеном, заиста има положај детета. А поверовати да су Римљани још од најстаријих времена жену сматрали урођено локомисленом и недостојном да се нађе у приватноправном промету, те да су јој из тих разлога још од времена рабања права изразито ограничили пословну способност, било би сасвим погрешно. Питање је чак, независно од разлога који су диктирали ограничења, да ли их је уопште било у оном броју и онаквог карактера у најстаријем римском праву, како се обично мисли (чак и у најновијој литератури).

Додуше, мишљење о великој тјуторовој власти над женом у старо доба Рима није лако оспорити. Оно се јавља само као један од видова традиционалног и скоро општеприхваћеног мишљења о старом Риму као изразито патријархалном, односно о најстаријем ри-

¹⁰ Рецимо такво схватање износи Levy-Bruhl, H. — *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, стр. 20. и даље.

¹¹ Eisner-Horvat: Римско право, Загреб, 1948., стр. 195.

¹² Girard, P. — *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1918, стр. 225-226.

¹³ Рецимо Хорват, М. — Римско право, Загреб, 1958, стр. 131, сматра да су у старо доба ове две установе врло сличне.

¹⁴ Неки подаци о фактичком положају жене изнети су код: Gide, P. — *Étude sur la condition privée de la femme*, Paris, 1885, стр. 98-101. Такође код: Ihering, P. — *L'esprit du droit romain*, Bologna-Paris, 1886-1888, стр. 200. и даље; такође и код Herrmann, Cl. — *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Brisele, 1964. Доста података изнето је код Јовановић, М. — Положај жена у најстаријем римском праву (магистарски рад), Правни факултет у Београду, 1984, стр. 238-357.

мском праву као праву које наводно предвиђа изразиту неједнакост полова и изразиту обесправљеност жене у односу на мушкарца. А овакво схватање, опет, заснива се на подацима из правних извора, те му се у том смислу нема шта приговорити. Али му се може приговорити да недовољно критички приступа изворима, на којима се базирају традиционална схватања о статусу жене у најстаријем римском праву. Наиме, највише података о статусу жене из најстаријег периода римске историје дају тзв. краљевски закони (*leges regiae*)¹⁵, а одредбе Закона XII таблица скоро редовно се тумаче у складу са онима из „*leges regiae*”. При том се често као извор узимају и подаци из чувених говора Катона Старијег,¹⁶ који датирају из доба доста година пре појаве збирке тзв. краљевских закона. Катон, међутим, изражава типично антифеминистичко расположење свога времена, које се свакако одражава и на тадашње схватање дубље прошлости. А што се тиче „краљевских закона”, по много чему судећи, изгледа да су сасвим у праву аутори који тврде да је реч о једној неаутентичној компилацији с краја периода републике.¹⁷

Као поуздани правни извор остаје дакле, када је старо доба Рима у питању, само Закон XII таблица. Ако се одредбе Закона које говоре о жени посматрају независно од оних из „краљевских закона”, а у складу са основним тадашњим тежњама у имовинско-породичној сфери, и ако се прида значаја подацима о тадашњем фактичком положају жене, тешко да би се у њима могла наћи онаква правна обесправљеност жене и њена подређеност мушкарцу о каквој се скоро редовно говори у литератури.¹⁸ Тешко да би се овом времену могла приписати позната Катонина тврдња, о којој се сазнаје преко Ливија, да су „жене увек биле у власти некога: мужа, очев, браће”.¹⁹ Додуше, одређена предност мушкарца у неким значајним породичним питањима из текста Закона је несумњива; али та предност у оно доба још увек не подразумева и неку изразиту обесправљеност жене у односу на мушкарца, неку њену апсолутну подређеност мушкарцу у браку, породици и друштву као целини. А што се тугорства над женама тиче, реч је о установи која се тек рађа и изграђује; о установи којој првобитно није била сврха да жену посебно обесправи као пол, да је прогласи доживитном малолетницом. Проглашење жене за урођено лакомислену морало је бити плод каснијега времена, када је већ био рођен изразити антагонизам између полова и када су друштвене и породичне прилике биле знатно измењене. Старо тугорство над женама је било породична установа, настала превасходно из имовинских разлога, након одређених промена у породичном и друштвеном животу. Но, ти имовински разлози не

¹⁵ Реконструкција „краљевских закона” у Girard, P. — *Textes de droit romain*.

¹⁶ Неки фрагменти из Катоних говора изнети су у: Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву, стр. 57.

¹⁷ Више о томе в. Girard, P. — *Textes de droit romain*, стр. 1-3. Осврт на то питање такође в. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву, стр. 25-35.

¹⁸ Више о томе в. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву.

¹⁹ Livius, *Ab urbe condita*, XXXIV, 2.

значе у старо доба и некакву необуздану похлепу за добрима жене²⁰. Такав карактер могли су имати тек нешто касније, када приватно-својински односи и осећања доминирају у скоро свим сферама живљења.

Имовински карактер установе, односно имовински карактер тјуророве функције, уочили су још аутори из друге половине XIX века, а међу првима Жид²¹ Сматрајући, наиме, да жене по Закону XII таблица имају једнака интестатска наследна права као и мушкарци, односно да кћери наслеђују једнако као и синови, Жид сматра да је установа тјурорства имала за циљ да ограничи жену у слободном располагању имовином, како би ова била задржана у кругу породице. При том мисли пре свега на легитимно, агнатско тјурорство, над неударом женом или ударом у брак без мануса. Жидово схватање не одговара сасвим најстаријој појави ове установе,²² али је сасвим одговарајуће времену из друге половине републике, као и следећим вековима. Но, ваља подвући, Жидова је велика заслуга да је уочио имовинску основу установе (а такво схватање је данас већ владајуће) и да је у тјурорству видео управо интерес тјурора. Тиме је већ из темеља пољуљано старо схватање, нажалост још и данас присутно; да су жене и малолетници од давнине у Риму третирани на исти начин. Жид је разоткрио карактер тјурорства над женама, бар што се тиче класичнога доба Рима. Истакао је да и Римљани сами, без обзира на тврдње о „*propter levitatem animi*”, жену ограничавају тјурорством не зато што је заиста сматрају неспособном да се сама нађе у приватноправном промету, већ зато што штите имовинске интересе тјурора.²³ Додуше, након што је тјурорство утемељено и сасвим уобичајено, свакако је итекако могло послужити омаловажавању жене и њеној деградацији као пола, нарочито у доба изразитог антагонизма између полова у Риму. Ослобађање од тјурорства по праву мајке која је изродила децу (*ius liberorum*)²⁴ довољан је доказ тога. Но, Жидово схватање, бар када је реч о агнатском тјурорству из друге половине републике, као и о легитимном тјурорству из доба принципата, у основи је тачно.

Потврду оваквог схватања Жид налази код самих римских правника, пре свега код Гаја. Наиме, Гај каже да је кћер под *patria potestas*, односно жена у *manu*-и, могла стицати за носиоца власти, да му је могла прибавити својину „по свим основима”,²⁵ изузев по *in iure cessio*.²⁶ Могла је, дакле, закључивати правне послове самостално у случају када је у нечијој власти (очевој или мужевљевој), пошто у том случају нема властитих добара и не може се обавезати; не може, дакле, располагати породичним добрима. Али као лице *sui iuris*, жена

²⁰ О неким аспектима старог тјурорства в. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву, стр. 202-227.

²¹ Gige, P. — Etude sur la condition privée de la femme, стр. 102. и даље.

²² Више о томе в. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву, стр. 202 и даље.

²³ Gide, P. — Etude, стр. 102. и даље.

²⁴ »*Ius liberorum*« по *lex Julia de maritandis ordinibus* из 18. г. пре н. е; Gaius, I, 145 и 194.

²⁵ Gaius, *Institutiones*, II, 86-87.

²⁶ Gaius, *Inst.*, II, 96.

је могла бити власник вредних добара и, ако би имала потпуну слободу располагања, могла би се обавезивати, могла би умањити добра и тиме угрозити интересе сродника (а који по правилу имају улогу тјутора). Превасходно из тих разлога, сматра Жид, постоји ова установа, мислећи при том пре свега на тјуторство од стране сродника. Тестаментално тјутрство, истиче аутор, пружа могућност да буде избегнут сродник као тјутор, а тиме је, како каже, допуштена већа слобода жени. Наиме, тестаментални тјутор, као лице изван породице, (које не наслеђује жену, и није заинтересовано за њена добра) сматра Жид,²⁷ далеко је мање ограничавао женину пословну способност. На овакво схватање може навести и Гајева тврдња да легитимно тјуторство патрона и родитеља има већу снагу од осталих врста и да је установљено у интересу тјутора самих.²⁸ Споља гледано, међутим, ова разлика између легитимног и тестаменталног тјуторства, у погледу тјуторове активности, није видљива.

Наиме, независно од тога о којој врсти тјуторства је реч, тјутороваактивност се своди само на давање сагласности жени, у одређеним ситуацијама. За разлику од тјутора над малолетником, *tutor mulierum* не учествује директно у закључивању правног посла, већ само даје одобрење (*auctoritas*) на предузете радње, учињене гестове и изговорене речи. Жена сама, како је већ Жид приметио,²⁹ изговара свечане речи (*nuncupatio*) и сама врши одређене радње при старој свечаној форми *per aes et libram*; она симболично удара бакарном шипком о вагу. Приликом ослобађања роба, жена сама је та која га симболично додирује, отпуштајући га из власти. Сама је могла учествовати у форми *coemptio*, односно, судећи по оном што кажу неки од римских правника, жена је сама себе могла привидно продавати.³⁰ Најкраће речено, како је Жид истакао,³¹ улога тјутора се сводила на то да се нађе поред жене у одговарајућем тренутку и да изговори »*auctor fio*«. Друго је питање да ли се тјутор увек хтео наћи поред жене, у одлучујућем тренутку, и да ли је увек хтео изговорити формулу одобравања радњи од жене предузетих. Случајева одбијања је несумњиво било, пошто Гај помиње присиљавање тјутора, од стране претора, на давање сагласности.³² А то присиљавање је, опет, питање за себе: који тјутор је могао бити присиљен, у којим стварима и у ком периоду римске историје? Но, једно је несумњиво: жена је у пословној способности била далеко мање ограничена но малолетник; тјуторова власт над њом била је далеко ужа но власт над малолетником.

II

Степен ограничења женине пословне способности тешко је утврдити на један генералан начин, за све периоде постојања ове

²⁷ Gide, P. — Etude, str. 110.

²⁸ Gaius, Institutiones, I, 192.

²⁹ Gide, P. — Etude, loc. cit.

³⁰ Gaius, Inst., I, 115-115a; Cicero, Pro Flacco, 34.

³¹ Gide, P. — Etude, стр. 109.

³² Gaius, Institutiones, I, 190.

установе и за све њене врсте. Принцип којим се одређивао степен женине неспособности, односно степен власти тјутора, вероватно варира, зависно од одређених разлога. На основу расположивих података, из дела римских правника, тешко га је утврдити; али се у тим делима налазе подаци о конкретним, појединим тјуторовим овлашћењима, на основу којих се код неких романиста среће подужа листа ограничења пословне способности жене, мада не идентична код свих.³³ Иначе, сасвим је сигурно да се карактер и врсте ових ограничења не јављају на идентичан начин у свим периодима римске историје, који имају установу тјуторства над женама.

Највише података о тјуторству над женама уопште, као и о различитим видовима тјуторових овлашћења, даје Гај у „Институцијама”.³⁴ Он је једини од римских правника који унеколико прати генезу ове установе; и можда баш зато, имајући у виду промене које је она преживела, не даје нику посебну листу тјуторових овлашћења, односно ограничења пословне способности жене. На нека овлашћења тјутора Гај указује већ у првој књизи „Институција”, описујући *tutela mulierum* уопште,³⁵ а о појединима од њих више говори у следећим књигама, обрађујући одребене институције.³⁶ Драгоцене податке о бројним тјуторовим овлашћењима даје и Улпијан у „Регулама”,³⁷ мада неупоредиво мање пажње посвећује установи, не осврћући се уопште на њен историјски развој. На једном месту Улпијан чак наводи листу ограничења женине пословне способности,³⁸ истичући на друга два места још по једно ограничење.³⁹ Иначе, иако није сасвим извесно да је листа ограничења пословне способности жене, која се може сачинити на основу података из дела римских правника, коначна, сигурно је да постоји један утврђени број тјуторових овлашћења, макар да сва она нису истовремено и типична за све векове постојања тјуторства над женама.

Најпре, према делима римских правника, а у вези са чим постоји сагласност у литератури, извесно је да жена није могла отуђивати *res mancipi* без сагласности тјутора. Улпијан ово ограничење помиње у оквиру списка неколико ограничења, не залазећи у историју установе.⁴⁰ Гај, међутим, о овом питању говори на два места у „Институцијама”. Прво, говорећи о стицању својине одржајем и наглашавајући да се у неким случајевима, уз савесно поседовање, морају стећи још неки услови, он каже: „Исто тако некада од жене, која је била под тјуторством агната, *res mancipi* се нису могле узаквирати, осим ако их је жина сама предала уз сагласност тјутора”. Затим додаје: „Тако је прописивао Закон XII таблица”.⁴¹ На основу

³³ Gide, P. — Etude sur la condition privée de la femme, str. 102-110; Girard P. — Manuel élémentaire de droit romain, str. 225; Monier, R. — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1935, str. 382.; Стојчевић, Д. — Римско приватно право, стр. 68.; Eisner-Horvat: Римско право, стр. 195. итд.

³⁴ Gaius: Institutiones; Превод Станојевић, О. — Гај: Институције.

³⁵ Gaius, Institutiones, I, 134-195c.

³⁶ Gaius, Institutiones, II, 47, 80, 121-122; III, 52, 91, 171; IV, 172, итд.

³⁷ Ulpianus: Regulae, u Girard, P. — Textes de droit romain.

³⁸ Ulpianus, Regulae, XI, 27;

³⁹ Ulpianus, Reg., I, 17; XI, 22.

⁴⁰ Ulpianus, Reg., XI, 27.

⁴¹ Gaius, Institutiones, II, 47.

овога текста је реконструисана једна одредба Закона.⁴² А на другом месту, након излагања о начинима стицања својине, Гај каже: „Сада треба напоменути да ни жене ни малолетници не могу отуђивати *res mancipi* без одобрења тјтора, али *res nec mancipi* жене могу отуђивати, док малолетници не могу”⁴³.

Овакво овлашћење тјтора, односно овакво ограничење женине пословне способности, актуелно је било свакако донде док је била актуелна подела ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi*. *Res mancipi*, познато је, дуго у римском друштву представљају највеће материјалне вредности. Отуда је сасвим разумљиво да је промет оваквих добара бивао стављен под већу контролу јавности. Уосталом, чак ни *pater familias* није био неограничен у располагању вредним добрима.⁴⁴ а за њихов промет, познато је, предвиђају се посебне форме. Интересантно је међутим, да Закон XII таблица, бар према досада познатим реконструисаним одредбама, као једино ограничење пословне способности жене предвиђа управо отуђивање *res mancipi* путем одржаја. Према поменутој одредби се закључује у литератури да жена, према Закону, ни на који начин није могла отуђивати *res mancipi* без сагласности тјтора; а одредба се скоро редовно тумачи у смислу ограничења жениног имовинског права уопште, када су *res mancipi* у питању. Таква тумачења су одговарајућа за период одмакле републике, али у доба Закона, врло је вероватно, одредбом се имала у виду једна тачно одређена ситуација. Наиме, врло је вероватно да ова одредба, будући у тесној вези са оном о избегавању мануса од жене саме,⁴⁵ има за циљ да спречи стицање својине одражајем над *res mancipi* жене која избегава манус, користећи *usurpatio trinoctii*; а и једна и друга одредба, у служби идеје о разбијању широких породичних заједница и еманципацији фамилије, у ствари штите интересе и жене саме.⁴⁶ Тек нешто касније, када је рођено класично тјторство над женом, поменута одредба је значила ограничење женине пословне способности у правом смислу, и то превасходно у интересу тјтора.

Жени је, како истиче Улпијан, била потребна сагласност тјтора и приликом ослобађања робова.⁴⁷ У ствари, овакво овлашћење тјтора било је већ садржано у ограничењу жене при располагању стварима које спадају у *res mancipi*. Ипак, из неких разлога, ово се ограничење издваја и посебно помиње. Разлог је вероватно у томе што је новијега датума од првог. Наиме, врло је сумњиво да је жена у доба старог *ius civile*-а уопште могла доћи у ситуацију да ослобађа робове. У то доба још увек нема масовног ропства у класичном смислу, нити масовног ослобађања робова, чак и од стране мушкараца. Однос патрона и ослобођеника из онога времена подразумева нај-

⁴² Закон XII таблица, V, 2 (Girard, Textes; Даниловић — Станојевић: Текстови из римског права, Београд, 1970, стр. 30; Romas, A. — Извори римског права, Загреб, 1973., стр. 21).

⁴³ Gaius, Institutiones, II, 80.

⁴⁴ Закон XII таблица, V, 7в.

⁴⁵ Закон XII таблица, VI, 4.

⁴⁶ Више о томе в. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву, стр. 156. и даље.

⁴⁷ Ulpianus, Regulae, I, 17.

вероватније другу ситуацију; највероватније превасходно ситуацију у случају *hospitium*, односно однос патрона и клијената који, доселивши се у Рим, уживају гостопримство и заштиту од стране патриција.⁴⁸ А поменуто ограничење морало је бити каснијега датума, из времена када је ослобађање робова све чешћа појава, а подела на *res mancipi* i *res nec mancipi* мање значајна. Разлог оваквом ограничењу унеколико је могла бити и чињеница да начини ослобађања из ропства у почетку имају, на извештан начин, и карактер јавних аката, у којима жена самостално није могла учествовати. А у доба појаве масовног ослобађања робова, познато је, држава предвиђа извесна ограничења и у случајевима када мушкарац ослобађа робове.

Улипијан такође наглашава да је жена морала имати сагласност татора и у случају када својој либертини допушта *contubernium* са туђим робом.⁴⁹ И ово ограничење, природно, могло је уследити тек од времена када је ослобађање робова редовна појава. Иначе, ограничење је донекле разумљиво, с обзиром на заинтересованост породице патрона за ослобођеницу, односно за користи које се имају из односа патроната. *Contubernium* са робом из породице патрона не штети, јер обоје имају обавезе према истом господару. Али однос са туђим робом могао је оштетити интересе патрона. Уколико би се применила аналогија са ситуацијом коју предвиђа *SC Claudianum*,⁵⁰ дете из такве заједнице би припало господару роба; а могло би се можда десити и да, уколико је однос заснован противно вољи господара роба, ослобођеница такође падне под његову власт. У крајњој линији, дакле, у питању су имовински интереси, који су вероватно бихи превасходни и у случају ослобађања робова; интереси татора пре свега. Наравно, у сваком конкретном случају, у различитим временским тренуцима, непосредни мотив је могао бити и нешто другачије природе.

Према владајућем мишљењу у литератури, жена је такође морала имати сагласност татора за заснивање брака са манусом, односно за *conventio in manum*.⁵¹ Позивајући се на Цицерона,⁵² неки аутори истичу да жена *sui iuris* није могла засновати *manus*, тј. пасти под *manus* мужа путем *usus*-а, баш отуда што јој је неопходна сагласност татора.⁵³ Жид и у овм ограничењу налази имовинску основу *manusa* као и таторства над женом. Наиме, сматра аутор, пошто путем *manus*-а целокупна женина имовина прелази у власништво мужа, татори, као сродници и лица заинтересована за женину имовину, су ти који треба да се сагласе са заснивањем *manus*-а. У њиховом интересу Жид види и разлог за рађање *sine manu* брака,⁵⁴ код кога женина имовина не прелази у власништво мужа, те ни имовински интереси татора не бивају угрожени. Жид је свакако у праву када је реч о

⁴⁸ Више о патронима и клијентима в. у Стојчевић, Д. — Формирање ране римске државе, Зборник радова Правног факултета у Београду, 1966.

⁴⁹ *Ulpianus, Regulae*, XI, 27.

⁵⁰ *S. C. Claudianum* iz 52. g. n. e.; *Gaius, Inst.*, I, 91.

⁵¹ *Gide, P.* — *Etude*, str. 105; *Girard, P.* — *Manuel*, стр. 225; *Monier, Manuel*, s. 382.

⁵² *Cicero, Pro Flacco*, 34.

⁵³ *Girard, P.* — *Manuel*, стр. 159.

⁵⁴ *Gide, P.* — *Etude*, стр. 111-113.

времену из друге половине републике; али што се тиче најстаријег римског права, тешко је поверовати да су похлепа и јагма тјутора за имовином жене били основни разлог избегавања *manus*, који је био правило у брачним односима. Већ Закон XII таблица, познато је, предвиђа избегавање *manus*-а код *usus*-а.⁵⁵ У ондашњим породичним и друштвеним приликама, када се још увек преплићу стари друштвеносвојински и нови приватносвојински односи, схватања и осећања,⁵⁶ разлог је морао бити другачији. Наиме, како је већ споменуто, *manus* се у ово доба, уз истовремено постојање привременог *sine manu* брака,⁵⁷ вероватно избегавао у интересу и жене саме, односно у интересу брочног пара који жели осамостаљивање. Избегавао се у случају када је муж лице *alieni juris*, како добра жене не би потпала под власт његовог *pater familias*-а; а заснивао се тек онда када је брачни пар имао могућности да заснује властиту фамилију.⁵⁸ А да за то време добра жене не би одржајем прешла у власт мужевљевог *pater familias*-а, били су предвиђени посебни услови: да жена сама преда добра и да се са тим сагласи њен тјутор. Касније, међутим, са променама у породичним и друштвеним приликама, уобичајено учешће жениних сродника у заснивању *manus*-а претворило се у искључиво њихово право. Тада је тјутор, из имовинских интереса, могао спречити заснивање *manus*-а, те је *sine manu* брак могао бити и резултат њихове воље.

Што се тиче *sine manu* брака, већина аутора, укључујући ту и Жида, сматра да сагласност тјутора није била потребна. Жена је сама, сматра Жид, бирала себи мужа, помагана при том саветима мајке и сродника.⁵⁹ Чувени случај из Ардеје, који говори о сукобу тјутора и мајке девојке око избора супруга, Жид тумачи у смислу да су ови учествовали као чланови породичног савета, а не као тјутори.⁶⁰ Жирар, међутим, управо преко овога случаја допушта могућност да су тјутори некада, у старо доба, имали право ад учествују и у закључењу *sine manu* брака штићенице.⁶¹ Тешко је рећи ко је од двојице познатих романиста у праву; али је сасвим извесно да се тјуторство из старог доба умногоме разликује од онога из доба одмакле републике. А у доба из друге половине републике, када је *sine manu* брак већ уобичајен, сагласност тјутора била је потребна само за заснивање *manus*-а.

Тјуторова сагласност била је, будући да је овај заинтересован за имовину штићенице, потребна (изван заснивања *manus*-а) и код других споразума имовинске природе, везаних за брак. Била је пот-

⁵⁵ Закон XII таблица, VI, 4.

⁵⁶ О старим друштвеним и породичним односима доста је речено о радовима Стојчевића: *Формирање ране римске државе; Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1968; *Облици својине у старом Риму, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1977.*: »*Uti legassit*« SЗакон XII таблица, *Анали Правног факултета у Београду, 1959.*

⁵⁷ О привременом *sine manu* браку говори Lavy-Bruhl, H. — *Nouvelles etudes*, стр. 44. Слично схватање износи и Herrmann, Cl. — *La rôle...*

⁵⁹ Gide, P. — *Etude*, стр. 107.

⁶⁰ Livije Tit, *Ab urbe condita*, IV, 9 (Случај негде око 440. г. пре н. е.).

⁶¹ Girard, *Manuele elementaire de droit romain*, стр. 159.

ребна рецимо, како бројни аутори истичу, код успостављања мираза.⁶² Мираз је, по мишљењу неких аутора,⁶³ представљао замену за женино интестатско наследно право, још од старих времена; а могао је бити велике вредности и представљао је јаку моралну обавезу жениног оца. Но, када је реч о старом времену, ваља и овом приликом истаћи, сигурно је да постоје знатне разлике у односу на касније периоде. Наиме, врло је вероватно да у старо доба Рима и сродници жене, који могу имати и улогу тјатора, сматрају себе морално обавезним да жени, која нема оца, дају мираз; највероватније у оном износу који би дао и отац да је жив.⁶⁴ Тек касније, са потпуним разбијањем старих породичних односа и осећања, са апсолутним превладавањем приватносојинских односа и схватања, тјатор се јавља као лице лично заинтересовано за добра штићенице.

На Улпијановом списку ограничења пословне способности жене стоји и да се жена није могла обавезивати без тјаторовог одобрења.⁶⁵ А Гај каже: „Пушила може све послове пуноважно склапати, али онде где је то потребно, нужно је одобрење тјатора, као када себе обавезује, а где другога обавезује према себи, може и без тјаторовог одобрења пуноважан посао закључити. Исто се правило примењује и на жене које се налазе под тјаторством. Али оно што је речено за штићеника примењује се, разумљиво, на таквог који има нешто разборитости...”⁶⁶ Није сасвим познато каква је ситуација била у време када се тјаторство тек појавило, односно да ли је жена одувек била неспособна да се сама обавезе. Такво мишљење је владајуће у литератури, мада није извесно да је сасвим основано. Из података о забрани интерцесије жене за мужа,⁶⁷ односно о забрани интерцедирања за другога уопште,⁶⁸ би се могло закључити да се жена пре тога времена могла обавезивати за другога; а ако се могла обавезати за другог, који су разлози навођени у прилог забрани да се сама за себе обавезује? Ако је туђе обавезе могла преузимати само уз тјаторства сагласност, откуда онда забрана интерцесије? Могло би се једино претпоставити да тјаторова улога није била успешна, односно да тјатори, као тестаментални, скоро редовно дају сагласност, те се морало изричито законски интервенисати.

Што се тиче старог *ius civile*, није довољно познато какав је био положај жене. У литератури је, иначе, владајуће мишљење да жена није могла самостално склапати старе формалистичке послове цивилног права, свеједно да ли се њима обавезује или стиче. Улпијан у том смислу наглашава да је жени била потребна сагласност тјатора „*si civile negotium gerant*”⁶⁹ То значи да није могла учествовати у *mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio* итд. Интересантно је, међутим,

⁶² Gide, Etude, s. 500.; Girard, Manuel, s. 225; Стојчевић, Д. римско приватно право, с. 55 и 68; Корошец, В. Римско право, Љубљана, стр. 400. итд.

⁶³ Gide, P. — Etude, стр. 449. и даље.

⁶⁴ Више о томе в. Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву.

⁶⁵ Ulpianus, Regulae, XI, 27

⁶⁶ Gaius, Institutiones, III, 107-109.

⁶⁷ Забрана кроз Аугустове и Клаудијеве едикте.

⁶⁸ S. C. Velleianum из 46. год. н. е.; Ulpianus, D. 1, 19, 1.

⁶⁹ Ulpianus, Regulae, XI, 27.

да Гај, како је већ речено, каже да лица у нечијој власти могу стицати за носиоца власти и на свечане начине.⁷⁰ У овом раскораку Жид налази да је тјторство над женом било имовинског карактера и у интересу тјтора самих.⁷¹ Ипак, Жид наилази на један проблем: жени је сагласност у овим пословима потребна независно од тога да ли стичу или отуђују добра, да ли се обавезују или другога обавезују према себи. Решење налази у свечаности акта, његовом значају и формализму старог права уопште.⁷² Наиме, како истичу и други аутори, формалистички, свечани акти старог права, који покривају скоро читав приватноправни промет, имали су и елементе јавноправног, политичког акта: обављају се пред магистратом или пред сведоцима који репрезентују римски народ. Отуда су жене, које иначе не учествују у јавноправној делатности, морале при оваквим актима имати сагласност тјтора. У једно доба владавине старог *ius civile*, извесно је, ситуација јесте била оваква. Али није сасвим сигурно да је одувек таква била, већ од тренутка рабања права, с обзиром на неке податке о значајној жениној улози у јавном животу.⁷³ А ако и јесте била таква, сасвим је сигурно да у старо доба жену далеко мање суштински, у стварном животу, погађа.

Иначе, сходно поменутом ограничењу, у литератри се истиче да жена није могла учествовати без тјтора у следећих неколико свечаних аката. Није могла без тјтора учествовати у *mancipatio*, свеједно да ли стиче или отуђује добра. Сагласност јој је била потребна и за *in iure cessio*,⁷⁴ као и за *aditio hereditatis*.⁷⁵ Без тјторова одобрења није могла извршити *asserptilatio*, иако је могла примити исплату дуга.⁷⁶

Међу свечаним актима, које жена не може предузети без тјтора, јављају се и они везани за вођење легисакционог поступка. Жени је потребан тјтор, каже Улпијан, „*si lege aut legitimo iudicio agant*“.⁷⁷ Гај такође износи податак о тјтору у старом поступку: „Некада када је примењиван легисакциони судски поступак, постављан је такође посебан тјтор и у случају ако дође до спора између тјтора и жене или штићеника, јер сам тјтор није могао давати одобрење у свом спору, па се поставља други, уз чије одобрење треба да се води легисакциони поступак. Такав тјтор се назива преторски...“⁷⁸ Као разлози за овакво ограничење у литератури се углавном наводе они исти који су присутни због свечаности акта уопште. Није сасвим сигурно, међутим, да је лице које би се нашло уз жену, при вођењу старог поступка, имало улогу тјтора у класичном смислу. Као и код неких других питања, и овде у односу на старо доба остаје много тога нејасног. Жид рецимо сматра, изгледа основано, да се жена

⁷⁰ Gaius, *Institutiones*, II, 87-90.

⁷¹ Gide, P. *Etude*, str. 104.

⁷² Gide, P. — *Etude*, str. 107.

⁷³ Неки подаци о улози жене у јавном животу изнети су у Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву, стр. 238. и даље.

⁷⁴ Monier, R. — *Manuel*, стр. 382; Girard, P. — *Manuel*, стр. 821, и други.

⁷⁵ Ulpianus, *Regulae*, XI, 22.

⁷⁶ Gaius, *Institutiones*, II, 85.

⁷⁷ Ulpianus, *Regulae*, XI, 27.

⁷⁸ Gaius, *Institutiones*, I, 184.

некада у поступку могла и сама наћи, а да је ограничење новијега датума.⁷⁹ Нека ограничења која Улпијан помиње, у вези са поступком уопште, очигледно су каснијега датума, а унеколико противрече подацима о учешћу жене у поступку. Улпијан истиче, наиме, додуше наглашавајући да су женама недоступна јавна овлашћења, како оне ни су могле „ни подносити судски захтев (*postulirati*), нити за другога *intercedirati*, нити вршити заступништво (*prokuratorstvo*)”⁸⁰

Судећи према овом што Улпијан каже, не би се рекло да је жена у доба принципата много мање била ограничена у пословној способности, бар када је поступак у питању, но у старо доба. Овде је реч о активностима које су уопште жени недоступне, чак и уз тјутора. Наравно, од старог *ius civile* до Улпијанова доба је дошло до многих промена у поступку и у праву уопште. Стари поступак има пуно елемената самопомоћи, али на њега, као и на неке друге правне гране у старо доба Рима, тешко је применити класичну поделу на јавно и приватно право. А што се жене тиче, изгледа да су временом уследила бројна искључења из учешћа у правном животу, те и са тог аспекта улога тјутора бива излишна.

Конечно, у литератури се редовно наводи још једно ограничење женине пословне способности, али које у доба републике има значаја само у односу на ослобођенице. Наиме, Гај и Улпијан истичу како жена није могла сачинити тестамент без сагласности тјутора.⁸¹ Међутим, како Гај истиче, жена је све до Хардијана једино преко фидуцијарне соемртио могла доћи у ситуацију да сачини тестамент, а тек од Хадријана надаље јој се допушта да га сачини, уз одобрење тјутора, и без ове форме.⁸² Али ни фидуцијарну соемртио није одувек користила. Није довољно познато откада је уведена таква пракса, али је познато да жене, у слободи рођене, дуго у току републике нису уопште имале могућности да сачине тестамент. Што се тиче времена доношења Закона XII таблица, када тестамент има далеко већи значај и ширу садржину, но обичан акт располагања имовином *mortis causa*⁸³, разумљиво је што жена није имала *testamenti factio activa*. Тадашња њена неспособност није истовремено значила и неко њено велико ограничење у стварном животу. Тестамент је тада могао сачинити само шеф породице, именујући тестаментом новог шефа, односно обезбеђујући *heres-a* (свештеника породичне религије) и наслеђе за оне који су *suī* како Стојчевић истиче.⁸⁴ Разлог, дакле, није био само тај што је тестамент имао и јавни значај, односно сачињаван на скупштинама. Донекле је разумљиво и то што жена није могла извршити *mancipatio familiae*. Теже је објаснити, међутим, чињеницу да није могла сачинити ни тестамент

⁷⁹ Gide, P. — Etude, стр. 107, n. 4.

⁸⁰ Ulpianus, D. 1, 19, 1, превод Ромас, А. — Извори римског права, стр. 153.

⁸¹ Gaius, Institutiones, III, 118; Ulpianus, Regulae, XX, 15.

⁸² Gaius, Institutiones, I, 115a.

⁸³ О циљу старог тестаментa в. у Стојчевић, Д. — »Uti legassit« Закона XII таблица и други радови. Такође и Римско приватно право, Београд, 1974, стр. 164-165. и 168-170.

⁸⁴ Стојчевић, оп. цит.

per aes et libram, у доба када је представљао већ класични тестамент, односно чисто располагање имовином. Изгледа да је старо ограничење жене, уз заборављање његовог првобитног смисла, добро послужило као узор да се жена ограничи у овој области и онда када су разлози за старо ограничење нестали. Уосталом, када је историја статуса римске жене у питању, ово свакако није једини случај да се неки елементи старих института пренесу на ново доба и то са потпуно измењеним смислом.

Неспособност жене да тестира, дуги низ година, свакако је била резултат тежње, како су већ истакли Жид, Жирар⁸⁵ и други, да се избегне евентуална попустљивост тјутора, која би значила могућност да имовински интереси женине породице, тј. њених сродника, буду угрожени. Таква могућност је свакако постојала у случају тестаменталног тјуторства, а оно, према владајућем схватању у литератури, постоји већ од Закона XII таблица. Акти *inter vivos*, како констатује Жид, увек подлежу оцени и контроли јавности; али располагање *mortis causa* има за циљ само да одреди наследника, а чиме интереси жениних сродника могу озбиљно бити угрожени. Зато се ништа не препушта случају, односно жена се онемогућује да тестира.⁸⁶ Тестирати су могле само ослобођенице; али само уз дозволу тјутора. А улогу тјутора имао је патрон коме су оне, као и сви ослобођеници уопште, дуговале покорност, како не би дошло примене института *restitutio in servitutem*. Право либертине, дакле; и није значило неку предност над осталим женама. Њен статус је, иначе, по много чему био неповољнији но статус жене у слободи рођене, а тестамент је највероватније сачињавала у корист патрона, односно његове породице.

Наведених неколико запажања свакако није довољно да би се стекла потпунија слика о установи тјуторства над женама током свих векова постојања, а што није ни био циљ овога рада. Свако од поменутих ограничења женине пословне способности има своју историју, и свако од њих заслужује много више простора, као што га заслужују и нека друга питања везана за ову установу.

⁸⁵ Girard, P. — Manuel, стр. 831.

⁸⁶ Gide, P. — Etude, стр. 109.

LA TUTELLE DES FEMMES DANS LA ROME ANTIQUE

(Quelques autorisations du tuteur)

Une observation plus complète de l'institution de tutelle des femmes dans la société romaine exigerait une analyse approfondie des circonstances sociales et familiales, de l'évolution du droit, des aspects de cette institution et de l'histoire de certaines limitations de capacité contractuelle de femmes au cours des siècles. Pourtant ce n'est qu'un court aperçu sur quelques autorisations de tuteur qui est donné ici.

Dans la littérature romaine et contemporaine il n'est pas discutable que «*tutela mulierum*» comprend moins de limitations de capacité contractuelle que «*tutela impuberium*» quand il s'agit de l'époque antique de Rome. Mais une conception est constamment présente que, dans l'époque ancienne de Rome, il n'y avait eu aucune différence entre ces deux institutions dans le traitement juridique de mineurs et de femmes, en général. Une telle conception n'est pas justifiée car celle-ci est basée surtout sur les données des Lois soi-disant de rois, selon lesquelles sont interprétées les dispositions de la Loi des XII Tables. Cependant, à l'époque ancienne de Rome telles lois n'avaient pas existé, mais il est question de la compilation inauthentique de la fin de la période de la République. Quand il s'agit des femmes, il est bien certain que depuis les âges les plus anciens les femmes avaient eu une position plus favorable que les mineurs. La conception d'après laquelle les Romains avaient traité, dès le début, la femme de légère innée est complètement fautive, et l'institution de tutelle s'applique à elle par excellence pour causes de biens, dans le but d'assurer la protection des intérêts de biens de ses parents. Bien sûr, la tutelle, une fois ouverte pour des raisons mentionnées, pourrait servir dans d'autres fins, en dehors des biens dans le sens propre du mot.

Sur la base des données tirées des oeuvres des juristes romains, une liste d'autorisations de tuteur est dressée dans la littérature contemporaine, c'est-à-dire de limitations de capacité contractuelle de la femme. Bien sûr, toutes d'entre elles n'existaient pas au cours de toutes les périodes de l'existence de cette institution ainsi que leurs caractères n'étaient pas identiques à chaque moment de leur histoire. Le principe, selon lequel était établi le degré de limitation de capacité contractuelle de la femme, est difficile de déterminer, mais, en ce qui concerne les sorts de limitations, on peut facilement désigner un nombre d'entre elles sans tenir compte de la période à laquelle une limitation appartenait. Tout d'abord la femme avait dû avoir le consentement à l'aliénation de «*res mancipi*» à l'époque où elles avaient représenté des biens les plus valables, même plus tard lorsque cette division de biens persistait encore. Puis, sans l'autorisation du tuteur, la femme n'avait pas pu libérer son esclave, ni permettre à sa libérée «*contubernium*» avec un esclave d'autrui. La limitation existait depuis le moment où la libération des esclaves était devenue un phénomène d'usage. Aussi le consentement du tuteur avait-il été nécessaire à la femme dans le cas de contracter le mariage avec «*manus*» ou pour les conventions de biens qui suivaient le mariage, par exemple pour la constitution de dot la femme n'avait pas pu sans tuteur participer à la conclusion des affaires solennelles, selon l'ancien droit civil, ou mener les affaires, le procédé legisactionnel. A la fin sans son autorisation elle n'avait pas pu faire le testament et, en général, pendant longtemps elle n'avait pas de *testamenti factio activa*. La seule exception était la libérée qui testait sous le contrôle du patron.

