

Др Мила Јовановић
доцент

ДА ЛИ МАРЦИЈАН СВЕДОЧИ О ЗЛОУПОТРЕБИ ПРАВА?

Циљ овога рада је скретање пажње на фрагмент из дела Марцијана (једног од последњих међу класичним правницима античког Рима), који би могао указивати на злоупотребу породичних права, а којем са тог аспекта није придато довољно пажње у романистици. Углавном су третирани имовински односи, уз дилему да ли је уопште римско право познавало институт злоупотребе права и уз подељеност романиста и цивилиста по том питању. Кратак осврт у том смислу (уз анализу неких случајева који би се могли подвести под злоупотребу права) дат је у претходном раду, у којем је Марцијанов фрагмент само поменут.¹ Без претензија да се дефинитивно реши постојећа дилема, истакнуто је да, иако римски правници нису посебно дефинисали институт злоупотребе права, постоје неки случајеви, ван изричито прописаних ограничења, у којима се спречавало вршење права на штету другог. Такви случајеви, уз генерално начело *bona fides* и *aequitas*, пружају солидне аргументе поборницима мишљења да је римско право познавало злоупотребу права.² А случај из Марцијановог дела, мада доста проблематичан за

¹ Јовановић, М. - Да ли Гај и неки други правници сведоче о злоупотреби права?, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1996, с. 78-93 (са Међународне конференције под називом "Злоупотреба права", одржане на Правном факултету у Нишу, 3. и 4. новембра 1995. год.).

² Поборник овог схватања (мада не бавећи се посебно римским правом) је и Мелвингер, И. - О злоупотреби права и злоупотреби самоуправљања као једном аспекту тог института, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1966., стр. 211 - 223. Уз теоријски осврт на институт злоупотребе права и уз помињање неких противника схватања да га је римско право познавало, аутор изражава неслагање; односно износи став да је овај институт у античком Риму изражен кроз познато начело: "*Honeste vivere, alterum non ledere et suum cuique tribuere*". Позива се при том на идентичан став и цитат овог начела у Константиновић, М. - Забрана злоупотребе права и социјализација права, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/25, Београд.

прецизну анализу, могао би указивати да је антички Рим познавао и злоупотребу права у оквиру породичних односа.

Сачувани фрагмент је проблематичан већ са аспекта садржине уопште, а такође и са аспекта злоупотребе права. Изворни текст је несумњиво претрпео неке измене од стране компилатора, те је врло тешко утврдити његову првобитну садржину. А реч је о породичном праву специфичног карактера (тј. о једном елементу чувене римске *patria potestas*)³, третираном кроз Августово кадукарно законодавство, којим се Римљанима намеће обавеза склапања брака и обавеза рађања брачног потомства⁴. Главни циљ Августовог закона (*Lex Iulia et Papia*) био је демографски, тј. повећање брачног наталитета код Римљана, пре снега виших слојева, како би се обезбедило потомство достојно и способно да настави успешну владавину огромном Империјом.⁵ Сходно том циљу, уз централне одредбе закона (којима се предвиђају предности за грађане који склапају бракове и рађају брачну децу, као и непогодности, тј. санкције за оне непокорне)⁶, прописане су биле и друге, којима се тежило поспешивању и олакшавању склапања бракова; наравно, не било каквих, већ само бракова који би били у складу са законским захтевима, пре свега у односу на лица са којима се

³ Познато је да *patria potestas pater familias*-а, правно гледано, подразумева потпуну власт оца над децом, личну и имовинску. Чувени римски правник Гај (*Gaius: Institutiones*, I,55) о томе каже: "Такође, под нашом влашћу су и наша деца, рођена у законитом браку. Ово право је карактеристично за римске грађане; тешко да постоје људи који имају колику власт над својом децом какву ми имамо. То је изрекао божански Хадријан у едикту изданом поводом неких који су за себе и своју децу тражили статус римских грађана, иако не заборављам како Галати сматрају да се њихова деца налазе под влашћу родитеља". Превод текста Станојевић, О. - Гај: Институције, Београд, 1982.

⁴ Реч је о *lex Iulia de maritandis ordinibus* из 18. год. с. е. и *lex Papia Puraea* из 9. год. н. е., чији интегрални текст није сачуван, а о чијој садржини се сазнаје преко бројних фрагмената, не увек несумњивих у погледу првобитне садржине. У оквиру *Digesta* се не помињу, кроз обимније фрагменте или кроз кратка запажања, на више од три стотине места.

⁵ Више о циљевима којима Август тежи кроз кадукарно законодавство в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994, стр. 44 - 67.

⁶ Више о томе у Јовановић М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 128 - 165.

склапају.⁷ У том смислу уследиле су значајне новине у области породичног права и породичних односа уопште. Међу њима и неки вид ограничавања очинске власти, чији карактер, према сачуваном тексту, није довољно јасан и код којег није лако повући границу између злоупотребе и кршења права.

Реч је о сагласности оца на брак деце, односно о сагласности *pater familias*-а на брак подређених лица, без које га ова нису могла закључити. У склопу те сагласности помиње се и давање мираза ћерки. Обавеза на брак, наметнута кадукарним законима, могла се испунити, а тиме и стећи одређене личне и имовинске користи, само ако се добије сагласност *pater familias*-а за склапање брака.⁸ Ускраћивање сагласности онемогућавало је остварење права на брак (тиме и на брачно потомство), односно удоваљавање законској обавези да се брак склопи. Међутим, законом се није могла укинути очинска власт, као стара, дубоко укореењена и римском патријархалном систему примерена установа. Нити је Август, као ватрени поборник обнављања старих обичајних и моралних норми, посебно у сфери породичних односа, могао томе тежити. Напротив, исказујући то и личним примером, потенцирао је очинску власт.⁹ Али, са друге стране, требало је поспешити закључивање бракова, те је у том смислу морало уследити и некакво ограничавање очинске свемоћи, или бар њено усмеравање ка остваривању основних циљева кадукарних закона.¹⁰ Фрагмент из Марцијановог дела, мада непотпун и нескладан као целина, и као такав врло сложен за тумачење,

⁷ Законима се уводе брачне забране, строжије за сенаторски ред но за остале у слободи рођене грађане ("ceteri ingenui"). Више о томе у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 165 - 195.

⁸ О томе, поред осталог, в. Paulus: Sententiae, II, 19. (превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, "Latina et Graeca", Загреб, 1989. Више о томе у Јовановић, М.- Августово брачно законодавство (кадукарни закони), дисертација, стр. 89 - 97.

⁹ Август је неприкосновено одлучивао о браку чланова и уже и шире породице, о чему су сачувани подаци у делима римских писаца, нпр. Тацита (Annales), Светонија (De vitae caesarum, Augustus) и других. Неки подаци о томé биће касније поменути у овом раду.

¹⁰ Обично се очинска власт, као свемоћна, везује за старо доба Рима, у којем доминира затворена кућна привреда, натурална производња и велика међузависност чланова породичне групе. Питање је, међутим, да ли је у то доба очинска власт била моћнија но у класично доба Рима. Односно, не би се рекло да је у фактичком животу *pater familias* из преткласичног доба био онако свемоћан и апсолутистички настројен како се обично мисли. Више о томе у Стојчевић, Д. - Римско приватно право, Београд, 1968, стр. 67 - 69.

говори о случајевима "неоправданог" ускраћивања сагласности на брак деце од стране оца и о начину решавања таквих случајева. Према облику сачуваном у оквиру *Digesta* текст фрагмента гласи: "Према тридесетпетом поглављу *lex Iulia* онај који деци коју има под свијим влашћу неоправдано забрањује да се жене и удају, или који неће да додели мираз по конституцији божанског Севера и Каракале, биће принуђен од проконзула и управника провинције да допусти склапање брака и да до мираз. Сматра се да забрањује и онај који женидбу не захтева (не тежи женидби)".¹¹ (*Capite trigessimio quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare; prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit*).¹²

Као и многи други фрагменти из области кадукарног законодавства и овај изазива бројне недоумице, како као целина текста тако и у појединим деловима, а изгледа чак да има и неких двоумљења око превођења са латинског.¹³ Оно што већ на први поглед указује да оригинални текст није сачуван у целини и да има каснијих додавања јесте чињеница да се у истој реченици помиње *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (донет 18. год. пре н. е. и комплетиран 9. год. н. е. кроз *Lex Papia Poppaea*) и конституција Севера и Антонина Каракале (која би могла бити датирана на 211. годину нове ере). Већина романиста се слаже у ставу да је реч о ширем тексту који је сажет од стране компилатора.¹⁴ Има и аутора, као што је Морио, који сматрају да је текст из Августовог закона прерађен, тј. да је првобитни текст другачије гласио, како у погледу круга заштићених лица, тако и у погледу државних органа који ин-тервенишу. У том смислу Морио предлаже реконструкцију нешто другачијег садржаја.¹⁵ Међутим, иако та реконструкција одговара времену

¹¹ Превод на италијански даје Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Падова, 1986 (друго издање), стр. 142. Даље у тексту и напоменама наводи различита тумачења и двоумљења око превода наведеног текста. Нека запажања у том смислу изнета су у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 89 - 91.

¹² Marcianus lib. sex. dec. institutionum, D. 23, 2, 19.

¹³ Преглед различитих тумачења даје Astolfi, R.-*La lex Iulia et Papia*, стр. 142, н. 5 - 6; стр. 143, н. 7; стр. 144, н. 8 - 9; стр. 145, н. 11 - 13.

¹⁴ Тако мисли и Astolfi (*La lex Iulia et Papia*, стр 145.), наводећи податке о другим ауторима истог или сличног мишљења, као и о онима који другачије мисле (в. напомену 13.).

¹⁵ Према Мориоу (Moriaud: *Mellanges Girard*), текст треба овако реконструисати: "*Capite trigessimio quinto legis Iuliae quis filios neptesve quos habent in potestate iniuria prohibuerint nubere, vel*

Августа и циљевима његових закона, рекло би се да је доста слободно извршена, без солидне потпоре кроз неки други адекватан текст, те су јој основано стављени бројни приговори. Познато је какву опасност доноси и једна једина погрешно реконструисана реч. Зато је далеко сигурније и оправданије држати се текста сачуваног фрагмента, тим више што се и из њега, уз одговарајуће тумачење, може уочити основна идеја прописа из којег потиче, мада је овде јако тешко, без других одговарајућих података, разлучити елементе кршења и злоупотребе права.

Суштину проблема, рекло би се, мада не бавећи се при том питањем злоупотребе права, уочио је Астолфи, уз језичко, историјско и логичко тумачење, како читавог текста тако и појединих употребљених речи и израза.¹⁶ Фрагмент очигледно садржи два дела. Први је везан за поглавље 35. из *lex Iulia*, а други за конституцију Севера и Каракале. Први се завршава са "*vel nubere*", а други почиње са "*vel qui*". Несумњиво су компилатори Марцијанов текст скратили, мада им је циљ изгледа био, како и Астолфи сматра, пре сажимање но модификација текста.¹⁷ Првобитно, текст је свакако био обимнији, укључујући између сачуваних делова и један централни. Тај део су компилатори једноставно избрисали, механички спојивши два преостала, тако да међу њима постоји изразити несклад. То је изазвало бројна различита тумачења, како целине тако и појединих израза, као и бројне дилеме и недоумице, у које се овде може залазити.¹⁸ Само ће у најкраћем бити изнети неки одговори и решења неких празнина у фрагменту, која могу бити релативно солидно аргументована.

qui dotem dare non volunt, per praetorem urbanum, vel ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidisque provinciarum coguntur eas in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit". (Према тридесетпетом поглављу *legis Iuliae* они који деци и унуцима које имају у власти неоправдано забрањују женидбу, или који неће да дају мираз, од градског претора, или по конституцији божанског Севера и Антонина од проконзула и управника провинције, биће принуђени да допусте закључење брака и да дају мораз. Сматра се да забрањује и онај који не захтева женидбу). Коментар овог, као и неких других тумачења, даје Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 144, н. 10 и стр. 145, н. 11.

¹⁶ Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Падова, 1986, стр. 140 и даље.

¹⁷ Астолфи: Исто, стр. 141 - 142.

¹⁸ О неким од тих дилема, као и различитим схватањима појединих аутора в. Astolfi: *La lex Iulia ae Papia*, стр. 144 - 146. Краћи осврт дат је и у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кад. закони), стр. 88 - 91.

Текст као целина несумњиво сведочи о некој врсти присиљавања оца на давање сагласности за брак подређених лица, мада се не види на који начин се то чинило, посебно у доба доношења Августових закона, за које нема ни података о органу који је интервенисао. Наиме, у првом делу фрагмента, који се позива на поглавље 35 из *lex Iulia* (а којим се, по владајућем мишљењу наметао брак Римљанима), недостаје део о државном органу. У доба Августа, за Рим и Италију могао је то бити само *praetor urbanus*.¹⁹ Већина романиста сматра да су компилатори, у чије доба претора замењује *praefectus urbi*, једноставно избрисали текст о претору, додајући део текста из конституције којим се преторова надлежност преносила на управнике провинција.²⁰ Отуда је текст из Августовог закона непотпун, односно не види се ни санкција ни орган који интервенише. Изгледа доста вероватном претпоставка, с обзиром на чињеницу да се за провинције на управника преносе надлежности претора, да је санкција била иста као она по конституцији (само уз надлежност претора за Рим и Италију), те да су компилатори зато избрисали тај део текста. Односно, одатле би се могло закључити да је у Риму *praetor urbanus* (према непотпуној одредби из *lex Iulia*, тј. несачуваној у целини) могао принудити оца на давање сагласности за брак деце, коју има под својом влашћу. На који начин је то чинио, међутим, из окрњеног текста се не може сазнати. Може се само претпоставити да је поступао као и у другим сличним ситуацијама.

У другом делу текста, уз позивање на конституцију Севера и Каракале, почиње се речима "или који неће да додели мираз", а затим следи да ће отац бити принуђен од стране управника провинције да се сагласи са браком и да даде мираз. Чињеница да се само у другом делу текста помиње мираз (*dos*), односно присиљавање на дотирање, изазива бројне расправе у романистици.²¹ Једно од најчешће постављаних питања је зашто се дотирање помиње за провинције а не за Рим, односно да ли је

¹⁹ Такво мишљење заступао је још Heineccius: *Ad legem Iuliam et Papiam Porraeam comentarius* (2, 20, 21), Lipsiae, 1778. Прихвата га и Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 141.

²⁰ О томе в. Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 141 - 142.

²¹ Више о томе в. Landucci, L. - *Inopportunit  della distinzione della dote in necessaria et voluntaria*, Studi in onore di Pietro Bonfante, vol. IV, Milano, 1930. Такође в. Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 140 - 151. Нешто другачија запажања изнета су у Јовановић, М. - *Августово брачно законодавство...* стр. 89 - 100.

уопште помињано по *lex Iulia* или је новина по конституцији? То даље отвара још читав низ питања. Међутим, поменутом питању претходи друго, значајније: да ли се и зашто тек по поменутој конституцији на провинцијске магистрате делегира надлежност у погледу сагласности на брак деце? Тачан датум доношења конституције се не зна, али помињање двојице императора чини највероватнијом 211. годину. У сваком случају дели је око 2 века од времена доношења *lex Iulia et Papia*, а сасвим је искључено да се у том периоду кадукарно законодавство није примењивало на Римљане у провинцијама. С обиром на познату чињеницу да је 212. године Каракала, кроз *constitutio Antoniana*, доделио право грађанства скоро свим слободним становницима Царства, сасвим је вероватно да је већ пре ове конституције маса провинцијског становништва добила статус грађанства. Зато је, можда и уз планирану конституцију из следеће године, требало на "новопечене" грађане проширити, поред осталог, и примену кадукарног законодавства, уз наглашавање надлежности провинцијских магистрата у спорним ситуацијама. Рекло би се да у тим оквирима треба тражити и одговоре на питања везана за мираз.

Тешко је рећи да ли цитирани фрагмент из *lex Iulia*, у оригиналном и целовитом облику, помиње мираз. Међутим, и ако га не помиње изричито, не значи да је конституцијом уведена некаква нова установа. Сасвим је сигурно да мираз представља редовни пратилац брака у Риму, вековима пре, као и у доба Августа, имајући за подлогу снажну моралну и обичајну обавезу оца, односно шефа породице.²² А савим је вероватно да у Августово доба ова обавеза поприма и правни значај.²³ Давање сагласности на брак кћери, сходно вековним обичајима, подразумевало је и конституисање мираза. Зато, уколико одредба из *lex Iulia* заиста не помиње мираз, то највероватније значи да је довољно било присиљавање на давање сагласности, односно да давање сагласности (изнуђено у неким случајевима) подразумева и успостављање мираза, те да није било потребе да се посебно предвиђа присиљавање на дотирање кћери.

²² О томе в. Gide, P. - Du caractere de la dot en endroit romain (un Etude sur la condition privée de la femme dans le droit romain ancien), Paris, 1885. О старим схватањима и старим ванправним нормама, у првим вековима Рима, в. Де Куланж: Античка држава, Београд, 1956, превод Прокић - Милосављевић (наслов оригинала: Fustel de Coulanges: La cite antique, Paris, 1880).

²³ Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 91.

Провинцијски обичаји, међутим, нису познавали римску неодвојивост брака и мираза. Највероватније се зато конституцијом императора предвиђа и присиљавање на давање мираза, а не само на саглашавање са браком.²⁴

На крају фрагмента се каже да брак забрањује, тј. сматра се као да га забрањује и онај отац који га не захтева, односно који не тежи закључењу брака. С обзиром на уобичајену праксу да родитељи одлучују о браку деце, и то често још док нису дозрела за брак (проглашавајући веридбу која је могла и по неколико година претходити браку), природно је било да родитељи, а правно гледано само очеви, предузимају одређене активности у том погледу.²⁵ Из текста се, међутим, не види да ли већ *lex Iulia* наглашава очеву неактивност као недопустиву или се то чини тек по конституцији. Вероватнијим изгледа да је неактивност оца била истакнута још у доба Августа, ако не директно у законском тексту, онда свакако у тумачењу званичне јуриспруденције, можда као тумачење једне врсте неоправданог ускраћивања сагласности; а конституција то само понавља.

Сагласност оца на брак деце, коју има у власти (*patria potestas*), будући нужна претпоставка за закључење брака, стара је римска установа и истовремено значајна манифестација очинске власти. Иако се већ крајем периода републике захтевала и сагласност, тј. изражена воља самих супружника,²⁶ сагласност оца је и даље била неопходна, практично током целе римске историје.²⁷ Међутим, истакнути фрагмент из Марцијана указује на велику промену у породичним односима. Август је имао смелости да правно задре у власт *pater familias*-а, дотле скоро неприкосновену на овом пољу. Иако права оца, тј. шефа породице нису у животу била онако неограничена како то кажу

²⁴Такав став, мада уз доста опреза, заузима и Astolfi: *la lex Iulia et Papia*, стр. 145.

²⁵ Доста података о томе пружају Тацитови "Анали", а још више дело Светонија Транквила: Дванаест римских царева, превод С. Хосу, Загреб, 1978, (*Suetonius Tranquillus: De vitae caesarum*). Иначе, Август је скратио време трајања веридби, како се тиме не би одуговлачило са склапањем бракова (*Suetonius: De vitae caesarum, Augustus, 34*).

²⁶ D. 23, 2, 2 (Paulus): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt* (Неће се моћи закључити брак без сагласности свих, и оних који га закључују и оних под чијом су влашћу).

²⁷ Paulus: *Sententiae*, II, 19 (превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, *ILatina et Graeca I*, Загреб, 1989; такође С, 5, 4, 25).

нека тумачења одређених правних текстова, извесно је да се без његове сагласности брак деце није могао закључити. Друго је питање евентуалног фактичког утицаја мајке или сродника. Правно гледано, отац има одлучујућу реч. Било је то његово право у које држава вековима није дирала (изузев случајева спречености, болешћу или одсуством). Колико је познато, Августовим прописом се први пут законски залази у поље овога права. Генерално гледано, право оца и даље остаје, и даље је неопходна његова сагласност на брак деце. Али законски је предвиђена могућност принуде на давање сагласности. А то значи да је очево право, односно вршење права на неки начин ограничено, попримајући карактер правне обавезе.

Међутим, текст фрагмента каже да ће отац бити принуђен на сагласност, од стране државног органа, ако је “неоправдано” одбије, тј. ако тиме “неоправдано” забрањује брак деце. Сигурно се и ускраћивање мираза (карактеристично пре за провинције но за Рим) санкционисало као “неоправдано”. А и неактивност оца, тј. незахтевање брака се вероватно третирало као забрањивање само ако је “неоправдано”. Шта се конкретно подразумевало под “неоправданим” забрањивањем брака тешко је рећи, због непотпуности текста, из којег се такође може сазнати да ли је у самом закону било побројаних случајева “неоправданости” или је, што изгледа вероватнијим, званична јуриспруденција набрајала и тумачила “неоправдана” поступања, на основу генералне законске одредбе. Са доста сигурности би се могло претпоставити да се “оправданост” или “неоправданост” процењивала, сходно постојећим прописима и важећим обичајима, за сваки конкретни случај. Извесно је, на основу сазнања о кадукарном законодавству, да се није сматрало “неоправданим” забрањивање оних бракова које је сам *lex Iulia* прогласио недопустивим и са аспекта тог закона неваљалим. Наиме, прописана је била забрана брака аквестара са нечасним лицима, а сенатора још са ослобођеницима и лицима глумачке професије.²⁸ Забранити такав брак било је оправдано, односно очекивало се да га отац забрани. Затим сходно крајњем циљу кадукарног законодавства (рађање брачног потомства), није се могла сматрати неоправданом забрана брака са старијим лицем, од којег се није очекивало потомство. Наиме, *lex Iulia et Papia* предвиђају и горњу

²⁸ Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство, стр. 166-180.

старосну границу изнад које брак није био изричито забрањен, али и није био захтеван, јер није одговарао циљу закона.²⁹ Наравно, подразумевало се да није неоправдано забранити брак који је недопуштен и по претходним прописима, пре *lex Iulia*. У осталим случајевима вероватно се процењивало, сходно обичајима и владајућим схватањима, односно јавном мњењу, шта је “повољна прилика”, “повољна партија”, а шта “неповољна” (нпр. зависно од порекла, богатства и угледа породице, припадности одређеном слоју или одређеној политичкој групацији, професији итд).³⁰

Лична међусобна наклоност или ненаклоност будућих супружника, иако се захтевала и њихова сагласност за брак, највероватније није узимана у обзир, бар не изричито, при процени “оправданости” или “неоправданости” очевог одбијања сагласности на брак деце. Додуше, законско залажење у власт оца, тј. присиљавање на сагласност, индиректно је значило и афирмацију воље будућих супружника. Али то није био Августов циљ, те је у пракси питање очевог забрањивања брака вероватно постављао неко други, а не сама деца, поготово када је први брак у питању, у који су Римљани по правилу ступали врло млади. Снага очеве власти огледа се и у чињеници да ни војник, углавном одсутан из Рима, није могао без очеве воље закључити брак.³¹ Такође и у томе што су и синови афирмисани у јавном животу, вршећи важне државне послове, остајали под очевом влашћу, мада се рецимо конзулу допуштало да се сам ослободи очеве власти.³² Сходно вековним обичајима и пре Августа као и у његово доба, о браковима су одлучивали родитељи, право гледано очеви. Сасвим је извесно да је било самовољног поступања, независно од воље деце, у чему се ни Август није разликовао од других очева.³³ Са аспекта данашњих

²⁹ О браку са старијим лицима даје податке Ulpianus: *Regulae*, 16 (превод Ромац, А. - Улпијан: Књига регула, Загреб, 1987). Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство стр. 77 - 83.

³⁰ Подаци из дела римских писаца (нпр. Светонија, Тацита и других) управо указују да се о свим поменутих околностима водило рачуна при закључивању брака.

³¹ D. 23, 2, 35 (Papinianus 6 resp.)

³² D. 1, 5, 24 (Ulpianus 27 Sab.)

³³ Август је кћер Јулију најпре удао за сестрића Марцела, након његове преране смрти удао је за новог пријатеља и саборца Агрипу, разведевши га од своје сестричине Марцеле; а након Агрипине смрти удао је Јулију

правних система, нашло би се у Риму много примера и злоупотребе права оца и кршења права деце. Али ондашњи прописи, мало залазећи у породицу и не прокламујући посебно права деце насупрот очевој вољи, ослањали се на обичаје који другачије третирају начело савесности оца, те се покораване деце очевој вољи редовно подразумевало. Наравно, то не искључује емотивност, тј. не значи потпуно одсуство било какве емотивне везе између родитеља и деце.³⁴ И не значи такође да није било и неких противљења синова. Напротив, рекло би се да су многи Римљани Августовог доба успели да се отргну од старих схватања, да се еманципују од старих породичних обичаја, те је масовни целибат постао проблем, који је Август покушао да реши кроз кадукарно законодавство.³⁵ Зато је вероватно да се кроз поменути пропис, посебно у делу који каже да “забрањује брак и онај који га не захтева”, хтело да изврши притисак и на очеве, како би приволели синове на женидбу. Наравно, то јесте неки вид атаковања на очеву власт, али пре свега са циљем да се синови натерају на покораване закону. Уопште, основни циљ поменутог прописа, иако представља ограничавање очеве власти, није била афирмација личне слободе и воље деце, поготово синова нежења.

Ова Августова интервенција, као и друге уосталом, превасходно је имала један крајњи циљ: закључивање бракова, допуштених по *lex Iulia et Papia*, из којих би се рађало потомство достојно и способно да настави живот Империје.³⁶ У крајњој линији, пошто је по *lex Iulia* обавеза склапања брака подигнута на степен закона, пре свега је јавни интерес тај који

за свог пасторка Тиберија, противно и њеној и његовој вољи, присиливши претходно Тиберија на развод од жене коју је волео. О томе в. Suetonius: *De vitae caesarum, Augustus*, 63 - 64.

³⁴ Неке податке о емотивној страни породичног живота пружа Плиније Млађи у “Писмима”(Gaius Plinius Secundus: *Epistulae*), превод Вилхар, Београд, 1982.

³⁵ Неки подаци о томе, уз преглед извора и литературе, дати су у Јовановић: *Августово брачно законодавство* стр 41 - 64.

³⁶ О томе в. Besnier, R. - *L'application des lois caducaires d'Auguste d'apres le gnomon de l'idiologue*, RIDA, Melanges de V. Visscher, I, 1949, стр. 93 -118" Astolfi, R. - *Note per una valutazione storica della "lex Iulia et Papia"*, SDHI, 39, Roma, 1973; Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, стр. 300-350; Homo, L. - *Problemes sociaux de jadis et d'a present*, Paris, 1922, стр. 213-296. Такође Јовановић, М.-*Августово брачно законодавство* стр. 41-64.

се штитити наведеним прописом. Односно, неоправдано очево одбијање сагласности на брак деце, без које се брак није могао склопити, угрожавало је јавни интерес, изражен кроз кадукарно законодавство. Са друге стране, забрана брака могла је штетити и приватним интересима деце, гледаним поет кроз *lex Iulia et Papia*. Јер склапање бракова (посебно уз рађање брачног потомства), доносило је одређене предности, а несклапање је децу (посебно синове) лишавало неких права.³⁷ Друго је питање да ли су синови заиста били заинтересовани за брак. Очигледно не превише, јер иначе не би било потребе да се путем закона подстичу на брак и не би било противљења доношењу таквог закона.³⁸ Но, кроз поменути пропис штите се њихови интереси онако како их закон види, односно онакви какве закон сматра значајним. Није искључено да је у пракси чак било случајева фактичког утицања синова на очеве да се не сагласе са браком, како би га ови избегли; односно утицања на очеве да буду неактивни, да не предузимају никакве кораке за женидбу синова. И могуће је да Август, будући свестан тога, предвиђа присиљавање очева на активност и учешће у женидби синова и удаји кћери, што ови нису желели због властитог угледа. Тиме би на њих био извршен законски притисак да не сарађују са синовима у избегавању законске обавезе закључивања брака. Наравно, могуће је такође да било и шиканозног забрањивања брака од стране оца; јер стари породични односи, који су подразумевали сарадњу и међусобно уважавање очева и синова (и уопште родитеља и деце) били су умногоме нарушени, пре свега кроз хаос дугогодишњих грађанских ратова.³⁹ Али текст фрагмента не помиње “злонамерно” поступање, *malitia*, већ неоправданог, како већина романиста преводи реч *iniuria* у овом контексту.⁴⁰ Сасвим адекватан био би и превод неоправданог или штетног, у смислу понашања које се противи

³⁷ Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство, стр. 128-161.

³⁸ Коментар оваквог стања, уз неке детаљније описе, даје Ното, L-*Problemes sociaux de jadis et d'a present*, Paris, 1922, стр. 213 и даље. Кратак преглед дат је и у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство стр. 41-64.

³⁹ О томе в. Апијан: Римски грађански ратови, превод са грчког Богдан М. Стевановић, Београд, 1967.

⁴⁰ О дилемама и разликама у превођењу в. Astolfi: *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, II издање, стр. 142 и даље.

начелу свесности и поштења, односно правичности. Наравно, савесност и поштење се овде, као и правичност, тумаче само са аспекта циљева и одредби кадукарних закона. А наведени пропис, независно од различитих личних мотива за недопуштено понашање, требало је, сходно прокламованим циљевима закона и санкцијама за целибат, да заштити и јавни интерес и приватне интересе синова и кћери, подређених власти очеве, односно шефова породица.

Коначно, да ли Марцијан сведочи о злоупотреби права? Рекло би се да, иако је овде доста тешко разлучити злоупотребу од индиректног кршења права. У питању је старо породично право специфичног карактера, за чију злоупотребу је прописана санкција такође специфичног карактера: неки вид присиљавања оца на давање сагласности на брак деце, односно присиљавања на одређене активности које би довеле до брака синова и кћери. Могло би се рећи да се овде злоупотреба састоји, у крајњој линији, у невршењу права; јер и “неоправдано” забрањивање брака, односно “неоправдано” ускраћивање сагласности на брак деце, има практично значај невршења права. У сачуваном тексту се наглашава да брак забрањује и онај ко браку не тежиг, односно на неки начин се изједначава изричита забрана брака, тј. ускраћивање сагласности на брак и неактивност оца у погледу брака деце. Разумљиво је такво дефинисање с обзиром на природу очевог права. Наиме, за разлику од других случајева који би се могли подвести под злоупотребу права, овде је роч о праву које већ од почетка садржи у себи и обавезу, уз овлашћење; обавезу да се редовно и сврсисходно врши, како би се омогућило склапање бракова подређених лица, што је био не само њихов већ и интерес породице као целине, па и читавог друштва. Обавеза, у оквиру овог традиционалног очевог права, није била прописана никаквим законом, али се подразумевала, сходно природи права. Доношењем кадукарних закона та обавеза је потенцирана и практично добила правни значај. Невршењем права, на шта се практично своди и забрањивање брака, отац је подређена лица могао довести у немогућност да се покоре законским нормама. Обавезивањем на вршење права, у складу са прописима кадукарних закона, очево право није укинута, али је на неки начин ограничено; јер отац злоупотребљава своје право ако га не врши, носећи тиме штету и деци и јавним интересима, израженим кроз кадукарно

законодавство. Отуда би се могло рећи да одредбе из Марцијановог текста ималу за циљ да спрече злоупотребу очевог права у односу на брак подређених лица.

MARCIAN, TEMOIGNE –T-LL DE L'ABUSE DROIT

Résumé

Le but de ce travail est d'attirer l'attention à un fragment dans l'oeuvre de Marcian, (un des derniers juristes classique romain), qui pourrait jeter de la lumière à l'abus de droit de famille dans la Rome antique, le fait auquel on n'a pas fait assez d'attention à cet aspect de chose dans la romanistique. Il s'agit d'un élément de la "patria potestas" romain, c'est à dire du droit du père de décider du mariage des enfants, (tout le long du droit caduc d'Auguste) par la législature caduque Auguste, qui imposait aux Romains l'obligation de conclure le mariage et la naissance des descendants matrimoniaux. Sans accord du père des enfants on ne pouvait pas conclure le mariage et par ce fait réaliser l'obligation législative, ce qui sousentendait certaines sanctions. Le texte du fragment sauvegardé dans le cadre du "Digesta" (D. 23, 2, 19) dit: "D'après le chapitre trente cinq des "Leges Juliae" celui qui interdisait sans raison de marier les enfants qui sont sous son pouvoir, ou celui qui ne voulait pas donner la dot selon la Constitution des divins Sever et Caracalla, sera obligé de la part du proconsul et du gouverneur de la province de permettre le mariage et de donner la dot. On considère aussi que celui qui ne demande pas le mariage interdit le mariage". Le texte initial des lois caduques est sans doute changé de la part des compilateurs (raccourci et gauchement associé au texte de la date postérieure), en suscitant de nombreuses confusions des romanistes et par là assez problématique pour l'interprétation, comme au point de vue contenu en général, ainsi au point de vue de l'abus de droit, lequel il n'est pas facile de différencier de l'abus indirect de droit. Il est cependant certain qu'il s'agit d'un certain aspect de la limitation du pouvoir du père à l'égard du mariage des enfants. La raison de cette limitation était, le dirait-on, l'abus de droit, qui en fin de compte, consistait dans la nonexécution du droit. C'est parce que l'interdiction "non justifiée" du mariage avait pratiquement la même signification, c'est à dire la nonexécution du droit, alors que le texte dit que "celui qui ne demande pas le mariage l'interdit, ce qui veut dire que celui qui n'entreprit pas des activités dans le but de conclure le mariage des enfants. Une telle façon de définir est compréhensible, ayant en vue la nature du droit traditionnel du père qui, au dedans de celui-ci, de pair avec l'autorisation, depuis le commencement contenait aussi l'obligation à ce qu'on l'exerce régulièrement et consciemment, afin de rendre possible le mariage des enfants, ce qui n'était pas seulement leur intérêt mais aussi l'intérêt de la famille, de même que l'intérêt de la société. L'obligation n'a pas été prescrite obligatoirement par la loi, mais elle a été sousentendue, selon la nature du droit. Le droit du père, par les lois d'Auguste n'était pas supprimé, c'est à dire son autorisation était

restée, mais on a insisté sur l'obligation de l'exercice du droit, en accord avec les buts de ces lois, par quoi pratiquement le pouvoir du père a été limité, avec le but d'empêcher son abus, par quoi on pourrait porter dommage aux enfants (obligés à être mariés) mais aussi aux intérêts publics, proclamés dans la législation caduque.