

Проф. др Мила Јовановић

**СТАРАТЕЉСТВО У АНТИЧКОМ РИМУ
УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА *CURA
NASCITURI (VENTRIS)* - ПРИЛОГ
ИСТОРИЈИ ВАНПАРНИЧНЕ СТВАРИ
UDK 347.64:347.158(37)**

Рецензент: Проф. др Гордана Станковић

Апстракт

Предмет овога рада, уз претходни кратки осврт на нека питања римског процесног права, представља старатељство у античком Риму, при чему се посебна пажња посвећује старатељству над зачетим а нерођеним дететом, *cura nascituri* или *cura ventris* (*cura bonorum ventris potissime*). Најпре се, уз уочавање одређених разлика између савременог и римског процесног права (парничног и ванпарничног), истичу теškoће при дефинисању римског ванпарничног поступка и ванпарничне ствари уопште. Затим се, уз констатацију да не постоје изразите разлике у појму пословне способности, истичу разлике између модерног и римског права у погледу узрока неспособности, категорија погођених лица и установа које допуњавају недостатке пословне способности. Даље се уочавају разлике између туторства (*tutela*) и старатељства (*cura*) у античком Риму, уз покушај дефинисања ондашњег старатељства, које је теško извести на прецизан, концизан и генерални начин истовремено. Уз навођење појединих типова старатељства, више пажње се посвећује процесноправном аспекту овог питања, односно ванпарничном. У том смислу се разматрају следећа питања: постављање старатеља од стране државног органа, уз евентуално испитивање подобности његове личности за ту јавну дужност (*inquisitio*); ослобађање од дужности стара-

теља из оправданих, извињавајућих разлога (нпр. одређени број властите деце, већ постојећа функција заштитништва, вршење друге јавне функције итд); давање обезбеђења од стране старатеља, уз садејство државног органа, ради гаранције савесности и успешности обављања функције; смена старатеља с функције, од стране државног органа, покретање поступка против несавесних старатеља и евентуална осуда итд. Коначно, уз уочавање малобројности и релативне конфузности података о старатељству над нерођеним дететом, у већини доступних извора, анализирају се најпре укратко неки аспекти материјалноправног положаја *nasciturus*-а; а затим се, уз указивање на постојећа општа правила, анализирају подаци процесног карактера везани за успостављање установе и поступак старања о *nasciturus*-у. На крају се презентира текст из кодификованог преторског права (*Edictum perpetuum*), релативно целовит, о поступку старања о зачетку (*partus, nasciturus, venter*) и индиректно о мајци зачетка, трудници и породиљи. За данашње поимање текст звучи помало чудно, а у односу на жењу и доста понижавајуће. Али, осим што сведочи о карактеру *cura nascituri*, овај текст пружа и прилику да се уочи значај напретка медицине (и друштва уопште) у односу на право, материјално и процесно.

Кључне речи: Римско право, ванпарнични поступак, старатељство, *cura nascituri (ventris)*, *Edictum perpetuum*.

Проф. др Мила Јовановић¹

СТАРАТЕЉСТВО У АНТИЧКОМ РИМУ УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА *CURA NASCITURI (VENTRIS)* – ПРИЛОГ ИСТОРИЈИ ВАНПАРНИЧНЕ СТВАРИ*

Римски грађански судски поступак, развијајући се кроз више од десет векова правне историје (што је углавном познато), прошао је кроз бројне промене у погледу организационих и функционалних правила, а такође и у погледу дефинисања грађанскоправне ствари као предмета поступка.² Није једноставно, са данашњег аспекта гледано, прецизно и на генералан начин дефинисати грађанскоправну ствар у античком Риму, имајући при том у виду различите фазе развоја грађанског поступка (легисакциони, формуларни, екстраординарни), као и одређене специфичности онога доба, рецимо у погледу статусних парница, у којима суде децемвири о статусу појединих лица (нпр. да ли је у питању *libertinus* или *ingenuus*).³ Дакле, није једноставно дефинисати парничну ствар из онога доба, а још теже је дефинисати ванпарничну ствар. Додуше, ни данас није сасвим једноставно дефинисати ванпарничну ствар, односно ванпарнични поступак. Говорећи о појму и природи ванпарничног

¹ Ванредни професор Правног факултета у Нишу.

* Рад настао на основу саопштења на Научно-стручном скупу "Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије", одржаном на Правном факултету у Нишу, маја, 2003.

² Више о римском судском поступку видети у Вилемс, П.-Римско јавно право, превод Ж.Милосављевић, Београд, 1898. О основним карактеристикама поступка в. уџбеничку литературу из Римског права (Благојевић, Ајзнер-Хорват, Стојчевић, Пухан, Станојевић, Даниловић итд.).

³ *Gaius: Institutiones*, IV, 14 (превод Станојевић, О. - Гај: Институције, Београд, 1982, с. 251).

поступка (1974. год, дакле пре актуелног закона), Н. Воргић у том смислу констатује: "Оно што највише данас за њега може да се као неспорно каже, јесте да је то поступак који није парничан. Само, дакле, једна негативна и граматички изведена одредница".⁴ А током припрема Закона о ванпарничном поступку Војводине и уз коментар Закона о ванпарничном поступку Србије из 1982, В. Адам каже: "С обзиром на тешкоће у теоретском разграничењу практично је најбоље да законодавац у позитивном пропису, Закону о ванпарничном поступку, реши питање које материје треба да буду обухваћене".⁵ Наравно, законско регулисање материје, неопходно за судску праксу, ипак подразумева и претходно теоријско разграничавање.⁶ А што се античког Рима тиче, на жалост, није било посебних закона о ванпарничном поступку, а законско регулисање парничног поступка није чињено на данашњи начин (што је разумљиво). Изгледа да би за оно доба била најпримеренија негативна дефиниција. Ипак, можда би се, мада не у потпуности, и за доба Рима могла као генерална узети дефиниција коју истиче Г. Станковић: "Ванпарнични поступак чине правна правила по којима се поступа у различитим ванпарничним стварима. То је поступак који чине правила о поступању у различитим ситуацијама из области грађанског права у којима је за заснивање, промену или престанак субјективних права, за очување једне правне ситуације или за стављање у дејство грађанских субјективних права потребно, поред изјаве воље титулара права и садејство суда. Сам ванпарнични поступак није јединствен, једнообразан и хомоген метод правне заштите".⁷ Али између римског и модерног ванпарничног поступка, као и парничног (поготово пре екстраординарног), постоје велике разлике.

Најпре, грађански поступак је у античком Риму третиран као област приватног права, док данас превладава схватање да је то област јавног права.⁸ Гај, сходно трипартитној подели приватног права (*personae, res, actiones*), о грађанском судском поступку говори у четвртој књизи Институција.⁹ При том,

⁴ Воргић, Н. - Напомене о појму и природи ванпарничног поступка, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 10, Нови Сад, 1974, с. 22.

⁵ Васс, А. - Закон о ванпарничном поступку СР Србије (*de lege lata*) – Закон о ванпарничном поступку САП Војводина (*de lege ferenda*), Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 3, Нови Сад, 1983, с. 33.

⁶ У актуелном Закону о ванпарничном поступку Србије, иако се не даје потпуна дефиниција, ипак се претходно врше одређена разграничења, кроз опште одредбе, а затим регулишу поједини поступци.

⁷ Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Ниш, 1998, с. 24.

⁸ Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Ниш, 1998, с. 38.

⁹ *Gaius: Institutiones*, IV, превод Станојевић, с. 247.

ваља имати у виду чињеницу да се не подударају данашња и ондашња подела на јавно и приватно право.¹⁰ А неки институти су временом променили карактер, макар у организационом смислу. Рецимо стари тестамент је сачињаван пред скупштинама, уз активно њихово учешће (*testamentum comitis calatis*), док је касније било могућно сачинити га уз потписе одређеног броја сведока.¹¹ Уз то, у погледу статусних спорова за данашње поимање је скоро несхватљиво да се третирају у оквиру *iudicia privata*.¹² Такође, ваља подсетити, у римском праву се не разграничавају материјалноправне и процесноправне норме на данашњи начин, и то и у доба развијеног права. Кроз кодификовано преторско право, рецимо (*Edictum perpetuum* из 130. год. н. е.) у оквиру процесних правила третирају се, заправо изграђују и индиректно регулишу и неки материјалноправни институти. Познато је, уосталом, да римско право не познаје генералну тужбу, односно, како Станојевић истиче, "Римљани не сматрају да ће увек када нечије право буде повређено, овај имати право да тражи судску заштиту".¹³ У истом смислу Ајзнер и Хорват кажу: "Кому правни поредак даје акцију, тај ће имати и право, а тко нема акције, томе никакво право не користи. Зато се каже, да римско право није систем материјалног права, него је систем акција, тј систем тужби у римском значењу те речи".¹⁴ Овакав карактер права рефлектује се и на римску ванпарничну процедуру, као и на ванпарничну ствар уопште. Затим, органи парничног и ванпарничног правосуђа (*iudicio contentiosa* и *iudicio voluntaria*) су се мењали током римске историје. Рецимо конзули су најпре, са оснивањем Републике, били парнични органи, а касније их у томе замењују претори, док

¹⁰ О томе в. Даниловић, Ј. - Историјски осврт на деобу права на јавно и приватно, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5, Београд, 1982, с. 623-657. У истом броју Анала в. такође радове С. Врачара, В. Водинелић и Ж. Ђорђевића.

¹¹ Више о томе Д. Стојчевевић, в. - *Testamentum comitiis calatis*, Београд, а неке основне податке садржи и уџбеничка литература, највише Стојчевић, Д. - Римско приватно право, Београд, 1968.

¹² Спор се водио између браниоца слободе (*adsertor libertatis*) и онога ко је према одређеном лицу претендовао на права власништва (као према робу) или патронатска права (према ослобођенику). Занимљиво је да се, кроз чувену легенду о Виргинији, пад других децемвира приписује покушају да једна млада плебејка кроз овакав спор буде поробљена. Више о томе в. Јовановић, М. - Положај жене у најстаријем римском праву, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 1984. У уџбеничкој литератури о статусним парницама кратак осврт даје Пухан, И. - Римско право, Београд, 1969, с. 148.

¹³ Станојевић, О. - Римско право, Београд, 2000, с. 156.

¹⁴ Ајзнер – Хорват: Римско право, Загреб, 1948, с. 545.

њима остаје ванпарнично правосуђе.¹⁵ Наравно, у старом поступку претор је активан током фазе *in iure*, док фаза *apud iudicem* припада изабраном судији (јудексу за *stricti iuris*, а арбитру за *bonae fidei* спорове, док су својински спорови, као и они у вези са тестаментом и туторством у почетку били у надлежности центумвира). Касније ће *praefectus praetorio* и управник провинције такође бити правосудни органи, за парничне ствари, као и за неке ванпарничне.¹⁶

Претор, међутим, још од најстаријих времена ипак задржава у свом делокругу и неке ванпарничне радње (уз парничне), рецимо постављање старатеља (и неких татора), као и учешће у поступку *in iure cessio*, као начину стицања својине кроз привидну парницу. У вези са различитим схватањима о правној природи привидне парнице, Пухан каже: "По свом циљу била је акт деривативног стицања својине (Гај, Ин. 2, 2), а по форми била је привидна парница (*lis imaginaria*) или, што је сасвим исто, ванпарнични поступак за стицање својине."¹⁷ Поступак се, како је речно, одвијао пред претором. Дакле, један исти правосудни орган јавља се и у улози парничног и улози ванпарничног суда, што је у овом случају лако уочљиво, али не и у неким другим (поред осталог и због непотпуности података). Даље, за разлику од модерног доба, неке ванпарничне радње (ванпарничне данас), обављане су у кругу породице, без учешћа државних органа, као постављање татора рецимо (осим код *tutela dativa*). А када је реч о родитељском праву, које је могло трајати све до смрти оца, држава скоро да се уопште није мешала, сем ретких изузетака, као код сагласности на брак рецимо, по Августовим законима, где је претор могао интервенисати.¹⁸ Уз то, захваљујући данашњем високом степену развоја управе, некадашње ванпарничне судске радње данас обављају вансудски органи, управни. Коначно, генерално се може констатовати да постоје велике разлике између ондашњег и данашњег грађанског правосуђа, како парничног тако и ванпарничног, те је заиста тешко дати неку општу и прецизну дефиницију ванпарничне ствари у римском праву. Ово тим више

¹⁵ Више о томе В. Вилемс, П. - Римско јавно право, превод Ж. Милосављевић, Београд, 1898; такође в. Пухан И. - Римско право, Београд, 1969, с. 40.

¹⁶ Више о о томе в. Вилемс: Римско јавно право

¹⁷ Пухан, И. - Римско право, Београд, 1969, с. 212, н. 5.

¹⁸ По Августовом брачном законодавству постојала је обавеза на брак. Не дајући сагласност, отац је деци спречавао покоравање тој обавези, што је иначе доносило одређене користи. Зато претор интервенише, практично присиљавајући оца на сагласност. Детаљније о томе в. Јовановић, М. - Да ли Марцијан сведочи о злоупотреби права, Зборник радова правног факултета у Нишу, 1994-1995.

што су подаци о току различитих ванпарничних поступака доста оскудни и фрагментарно расути кроз бројне прописе, а изворни текстови српској (изгледа и екс-југословенској) романистици тешко доступни, што вероватно јесте један од разлога запостављања ових питања, од којих су нека само узгредно дотакнута при анализи одређених института.¹⁹ Општији закључци могли би се извести детаљнијом анализом сваке од познатих ситуација, уз компарацију са сличним ситуацијама у модерном праву. Такав приступ, међутим, захтевао би опсежно истраживање и свакако далеко већи обим рада но што је то прикладно за ову прилику. Предмет овога рада представља, уз претходне уводне напомене, анализа неких аспеката старатељства уопште, уз посебан осврт на старатељство над нерођеним дететом, *cura nascituri* или *cura ventris*, које карактеришу неке специфичности, разликујући га умногоме од данашњег старатељства, конкретно у погледу прописаног поступања. У ствари, и генерално гледано, постоји доста разлика између римског и модерног права у погледу поступка (тј. поступака) успостављања заштите у случајевима недостатака пословне способности, иако не превише у погледу самог појма пословне способности.²⁰

Познато је да у погледу пословне способности постоје далеко мање разлике између римског и савремених права но у погледу правне способности, мада постоје значајне разлике у погледу круга погођених личности и у погледу установа које надопуњавају недостатке пословне способности. Иако Римљани нису дали посебну дефиницију, суштински се генерално пословна способност може дефинисати на данашњи начин. Али бројнија су ограничења но данас, односно основна разлика постоји у погледу круга лица којима је пословна способност ограничена. Вековима су жене у Риму, за разлику од већине савремених права, биле ограничене у погледу неких правних

¹⁹ Нека питања у вези са привидном парницом дотиче Чучковић, В. - *In iure cessio hereditati*, Зборник радова Правног факултета у Загребу, бр. 1, 1969, с. 37-47; Чучковић, В. - нека питања везана за примену "*in iure cessio tutelae*", Зборник радова Правног факултета у Сарајеву, 21, 1973, с. 65-75.

²⁰ О неким аспектима ових питања, посебно у односу на старатељство у првим вековима Рима, в. Бајић, М. - Пословна неспособност и почени старатељства у римском праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1, 1953, с. 21-40; Бајић, М. - Скрбништво над расипницима у старом римском праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 7, 1959, с. 237-254. Нека питања дотакнута су у Јовановић, М.: - Туторство над женама у античком Риму, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 25, Ниш, 1985, с. 213-227. Старатељство је укратко дотакнуто и у магистарском раду Г. Брковић.

активности, мада се временом ситуација мењала и у доба Јустинијана су биле скоро изједначене са мушкарцима. Вековима је такође у Риму читава категорија лица у породици, *alieni iuris* (с обзиром на специфичности римског статуса *familiae*) била практично искључена из правног промета. Иако су генерално могла имати пословну способност, лица *alieni iuris* нису могла самостално закључивати одређене правне послове; јер то је могао само њихов *pater familias*. Но пошто се такво стање сматрало сасвим природним, питање пословне способности се код ових лица и није постављало (сем изузетака), већ само код лица *sui iuris*, дакле оних која немају *pater familias*-а. Разлика у односу на савремено право постоји и у чињеници да недостатке пословне способности у Риму надомештају две установе, туторство и старатељство (*tutela* и *cura*), док у савременом праву постоји једна установа. Ове две установе, иако по правној природи припадају статусном праву, римски правници третирају у оквиру породичног права.²¹ Разлог томе је (с обзиром на карактер старе римске породичне организације) највероватније у чињеници да у првим вековима Рима туторство и старатељство, за релативно мали број лица *sui iuris*, обављају чланови породичне групе, *agnati*, како одређује Закон XII таблица.²² Временом се ситуација изменила, посебно у погледу старатељства, за чије заснивање је неопходна одлука државног органа, по правилу судског, али се и даље третира у правничкој литератури на крају породичног права. Између старатељства и туторства у Риму постоје одређене разлике, мада има и додирних тачака, ван оне основне (да допуњавају недостатке пословне способности), али се ове две установе не могу сасвим стриктно, и по свим карактеристикама, потпуно раздвојити. Туторство постоји над читавим категоријама лица, због њихове недораслости или због пола, над малолетницима и женама. Старатељство постоји над појединим лицима изван ове две категорије, лицима са одређеним личним недостацима, сем унеколико млађих пунолетника, који су у једном периоду као читава категорија били под старатељством. Имајући у виду ову категорију лица, Пухан констатује: "Јасно раздвајање установе туторства и старатељства није било потпуно доследно ни у римском праву".²³ Неке разлике су ипак уочљиве, у погледу узрока настанка, карактера установа и поступка успостављања.

²¹ Гај: Институције, I, 142-194. Излагање о туторству и (несачувано) о старатељству на крају I књиге, која се односи на лица (*ius quod ad personas perinet*).

²² Закон XII таблица, V, 3-7ц, превод Пухан, у Станојевић – Даниловић: Текстови из римског права, Београд, 2003, с. 29-40.

²³ Пухан, И. - Римско право, Београд, 1969, с. 180.

Осврћући се на различите узроке недостатака пословне способности, као основе двеју установа, Милосављевић истиче: "Једни су генералне, други више специјалне природе; једни дејствују непрекидно, трајно, у извесним случајевима и вечито, док је карактер других више привремен. Према природи и карактеру узрока који изазивају потребу заштите, као и према природи и обиму саме заштите, и та заштита је добила различита имена: у првом случају туторство, у другом старатељство".²⁴ У каснијем излагању, међутим, при дефинисању разлика између двеју установа, аутор чини оgradu у односу на *cura minorum*, које, како каже, има унеколико генерални карактер.²⁵ "Постојање два имена за оно што је данас један појам – каже Станојевић – може се објаснити тиме што је туторство у Риму било више у интересу наследника него самог штићеника, а старатељство у интересу самог штићеника. Али ова је разлика временом ублажена, тако да су се две институције приближиле".²⁶ Постоје и друге разлике (уз ону у погледу поступка успостављања), мада и разлике међу ауторима у погледу разликовања ових двеју установа. Рецимо старији аутори су један текст из Јустинијанових Институција тумачили у смислу да је посебна дужност татора била брига о личности пупиле (штићеника), а да се старатељ стара о штићениковој имовини. Тај текст гласи: "Али се тутор не може именовати за одређену ствар или за одређени посао јер се тутор одређује за особе, а не ни за поједине послове, ни за ствар".²⁷ Поменути став је углавном напуштен, јер, како Милосављевић истиче, "знамо да се тутор брине о имовини, као што нам, с друге стране, формални текстови показују да има случајева у којима се и старатељ брине не само о имовини већ и о личности (*alimenta, instructio*) своје пупиле".²⁸ По неким подацима судећи, код *cura nascituri* предвиђа се и брига о личности посмрчета након рођења, о његовом подизању (о чему ће касније бити речи). Заправо, наведени текст, скоро је очигледно, наглашава да се туторство заснива над одређеним категоријама личности као трајна, или бар у дужем року постојећа установа, док се старатељство може одредити за одређени посао, за једну ситуацију или за старање о имовини у одређеном временском периоду. То је једна од најизразитијих разлика, мада се, због *cura minorum* (као и

²⁴ Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, Београд, 1899, с. 261.

²⁵ Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, Београд, 1899, с. 281, н. 1.

²⁶ Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2000, с. 133 и 2003, с. 168.

²⁷ *Institutiones Iustiniani*, I, 14, 4 – превод Бакогић, Ј. - Јустинијанове Институције, Београд, 1912.

²⁸ Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, Београд, 1899, с. 287, н. 2 (Аутор се ослања на D. 27, 10, 7; D.27, 26, 5).

због случајева неких психичких недостатака), ни она, као ни неке друге, не може извести до краја.²⁹ Због *cura minorum* из времена укинутог *tutela mulierum* такође се не може као општа прихватити разлика у кругу обухваћених лица. Наиме, ван специјалних видова старатељства, како неки аутори констатију, "под старатељство долазе мушкарци *puberes* који су пролазно, али кроз дуже време, пословно неспособни".³⁰ Али временом то нису били само мушкарци *puberes*, јер је уведено *cura minorum* и за пунолетне жене *sui iuris*, после 410. год, када је изричито укинуто *tutela mulierum*.³¹ Несумњива је, међутим, и лако уочљива разлика у погледу начина постављања татора и старатеља. Татор је по правилу бивао постављан тестаментом (што је био најчешћи случај) или по закону (*tutela legitima*), а изузетно, од краја Републике, од стране државног органа (*tutela dativa*). Старатељ бива одређен законом или одлуком надлежног магистрата, који је по правилу и правосудни орган. Временом је то све чешћи случај, јер се јављају и нови видови старатељства (ван оних које је предвидео још Закон XII таблица). Одређивање старатеља тестаментом нема значаја уколико га надлежни магистрат не прихвати.³² При том, ваља подсетити, не постоји у античком Риму, као данас, посебни орган старатељства.

Старатељство би се могло (као и ванпарнични поступак уопште, римски и модерни) на негативан начин дефинисати: као установа недопуњавања недостатака пословне способности изван категорија малолетника и жена, над којима постоји таторство. Али је примереније позитивно дефинисање, мада је тешко њиме обухватити све различите случајеве постављања старатеља. Пухан даје следећу дефиницију: "Старатељство је била установа којом је био недопуњаван недостатак пословне способности код лица која би по природи ствари требало да су пословно способна, али то нису била због личних недостатака".³³ Претходно, говорећи генерално о пословној способности, односно о њеним недостацима, каже да таторство постоји над лицима која "по природи ствари нису ни могла бити пословно способна (малолетници и жене)".³⁴ Наравно, било је то "по природи ствари" по схватању Римљана, како и сам аутор на другом месту наглашава, јер пунолетне жене су могле бити по-

²⁹ Више о томе в. Милосављевић, Ж.- Римско приватно право, Београд, 1899, с. 288-289.

³⁰ Стојчевић, Д.- Римско приватно право, Београд, 1968, с. 134.

³¹ *Institutiones Iustiniani*, I, 23 pr.

³² *Institutiones Iustiniani*, I, 23, 1.

³³ Пухан, И. - Римско право, с. 180.

³⁴ Пухан, И. - Римско право, с. 149.

словно способне, што су и сами Римљани временом прихватили, све мање ограничавајући жену, да би 410. год. и изричито укинули *tutela mulierum*.³⁵ Дакле, оваквом дефиницијом се не може покрити установа туторства за читаву римску историју, као што се и претходном не може потпуно покрити установа старатељства; јер, примера ради, *nasciturus* никако није могло бити лице које би "по природи ствари" требало да има пословну способност. Уосталом, како је већ истакнуто, и сам Пухан наглашава да се разлика у дефинисању туторства и старатељства не може извести до краја.³⁶ Односно, тешко је дати обухватну и прецизну дефиницију старатељства. Прихватљива је унеколико, бар генерално, дефиниција Милосављевића: "Старатељство је јавна дужност помоћи и заштите оних лица *sui iuris* која су из личних узрока или изузетног положаја фактички неспособна да се брину о својим интересима".³⁷ При том је ипак, као и код данашњег законског регулисања ванпарничног поступка, неопходно набројати случајеве старатељства, или бар при дефинисању нагласити да је реч о лицима ван малолетника и пунолетних жена (до времена укидања туторства над њима). Односно, ипак би требало укључити у дефиницију и негативно одређење: ван оних лица која су под туторством. Иначе, римско право познаје следеће видове старатељства, од којих неки представљају врло специфичне случајеве: *cura furiosi*, над душевно болесним лицима, у више варијанти, зависно од типа болести; *cura prodigi*, над расипницима, уз неке промене током времена у погледу круга лица; *cura minorum*, над лицима млађим од двадесет пет година, као новија установа у односу на претходне две (уобличена крајем Републике и у Принципату); *cura impuberium*, за малолетнике којима из одређених разлога *pater familias* или тутор не могу пружити заштиту; *cura bonorum*, као установа заштите имовине, тј. имовинских интереса појединих лица у одређеним ситуацијама, где спада: *cura bonorum absentis*, за одсутно лице; *cura hereditatis iacentis*, за лежећу заоставштину; *cura ex Carboniano edicto*, код оспореног наслеђа малолетника; *cura bonorum cridae*, код стечаја. Већина аутора овде убраја и *cura bonorum ventris nomine* (или једноставно *cura ventris*), старатељство над нерођеним дететом, које се назива и *cura nascituri*.³⁸ Неки аутори га, међутим, издвајају као посебну врсту, јер осим заштите имовине укључује и бригу о трудници и самом зачетку до рођења, делимично и након рођења.

³⁵ О *tutela mulierum* в. поменути рад М. Јовановић: Туторство над женама у античком Риму.

³⁶ Пухан, И. - Римско право, с. 180.

³⁷ Милосављевић: Римско приватно право, с. 289.

³⁸ Опширније о врстама старатељства в. Милосављевић: Римско приватно право, с.286-301, а о туторству Милосављевић: Римско приватно право с.260-286.

Старатељи су, како је већ речено, бивала лица унапред одређена законом, или су одређивана од стране надлежног магистрата. У Јустинијановим Институцијама се каже: "Старатеље именују они исти магистрати који именују и тудоре. Старатељ се не именује у тестаменту, али ако је већ именован, потврдиће се одлуком претора или председника (провинције)".³⁹ Иначе, када је реч о органима који именују тудоре, по *lex Atilia* (негде с почетка 3. века старе ере) и по *lex Iulia et Titia* (из доба Августа), тудора у Риму именује претор, а у провинцији управник провинције. По аналогији, они одређују и старатеље. Даље се у Институцијама каже: "Људи (*furiosi*) и расипници (*prodigi*), па макар и да им је више од двадесетпет година, потпадају под старатељство својих агната, и то на темељу Закона XII таблица. Старатеље именује у Риму поглавар града (*praefectus urbis*) или претор, а у провинцијама председници (управници), након обављених званичних извиђања".⁴⁰ У доба Јустинијана уместо агната когнати су били старатељи. Податак да се старатељ поставља након извиђања (*ex inquisitione*) указује на врло одговорно приступање избору одговарајућег лица, чији углед гарантује да ће дужност обављати савесно. Уколико је било више старатеља (као и тудора), ако се међусобно не договоре, претор је одређивао оног ко ће управљати имовином штићеника.⁴¹ Иначе, између римског поступка одређивања старатеља и савремених ванпарничних поступака везаних за недостатке пословне способности, уз неке додирне тачке, постоје велике разлике; и то не само у смислу непостојања посебног органа старатељства у Риму и непостојања института продужетка родитељског права, које у Риму траје по правилу све до смрти родитеља или до његове *capitis deminutio* (осим случајева еманципације). Начини обезбеђења имовине штићеника, у различитим ситуацијама, били су другачији од данашњих. Рецимо, и онда се као и данас предвиђала посебна заштита непокретности лица неспособног се стара о себи, али на другачије начине; јер није било земљишних књига и обавезе ванпарничног органа "да извести орган који води земљишну или другу јавну књигу о евиденцији непокретности ради забележбе поступка".⁴² Потпуна компарација ондашњег и данашњег ванпарничног поступка у том смислу, међутим, као и у погледу неких других аспеката, захтевала би више простора но што се овде може посветити. Биће дотакнута само нека питања везана за старатељску дужност.

³⁹ *Institutiones Iustiniani*, I, 23, 1, превод Бакотић

⁴⁰ *Institutiones Iustiniani*, I, 23, 3, превод Бакотић.

⁴¹ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 1, превод Бакотић

⁴² Закон о ванпарничном поступку Србије, 2. део (посебни поступци), члан 34, став 1.

Ради заштите имовинских интереса штићеника, заправо ради осигурања у односу на старатеља, биле су предвиђене посебне гаранције. У том смислу у Институцијама стоји: "Претор треба да се побрине да тутори и старатељи положе јемство у сврху да се не распе или умањи имовина штићеника и штићеница и оних који су под старатељством. То пак не треба да буде увек, јер тутори који су тестаментом именовани не принуђују се на јемство пошто им је сам оставилац потврдио марљивост и поверење. Такође се не терете јемчењем они тутори и старатељи који су именовани након ислеђивања, јер су они пробрани баш због њихове способности".⁴³ Даље се у Јустинијановим Институцијама додаје: "Ваља знати да су тутори и старатељи одговорни за управу добара према штићеницима, одраслима и осталим".⁴⁴ А према неким царским конституцијама било је одређено да "ако тутори или старатељи не би дали јемчевину, да их на то треба присилити узимањем залога (*pignoris captis coerceantur*)".⁴⁵ О заштити штићеника и Гај у Институцијама (објављеним негде око 160. год. н. е.) каже: "Да не би имовину штићеника под туторством и оних који су под старатељством тутори или старатељи потрошили или умањили стара се претор тако да му у то име тутори и старатељи дају обезбеђење (*'satisden', satisdatio*). Али то није увек случај, јер тутор одређен тестаментом није обавезан на обезбеђење, будући да је његово поштење и савесност проценио сам тестатор, а и старатељи којима старатељство није одређено законом, него одлуком конзула, претора или управника провинције, у већини случајева нису обавезни на давање обезбеђења, јер се подразумева да су изабрани као довољно честите особе".⁴⁶ Дужност старатеља, као и татора, подразумевала је, уз савесност и способност, и врло озбиљно ангажовање, и била је, судећи по подацима о разлозима ослобађања, доста оптерећујућа. Код навођења појединих разлога, то јест извињавајућих околности за ослобађање од ове дужности (*excusatio*) наглашава се њен значај, рецимо на овај начин: "Ако, наиме, неко има у Риму троје живе деце, у Италији четворо или у провинцијама петоро, може да се не прихвати туторства или старатељства, и то по примеру осталих јавних дужности, јер се туторство и старатељство сматрају јавним дужностима".⁴⁷ Ти разлози су релативно бројни. Уз одређени број деце то су: управа државним добрима, одсуство због обављања државних послова, обављање почасних функција, већ постојеће туторство

⁴³ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 1, превод Бакотић.

⁴⁴ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 2, превод Бакотић.

⁴⁵ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 3, превод Бакотић.

⁴⁶ *Gaius: Institutiones*, I, 199, превод Станојевић.

⁴⁷ *Institutiones Iustiniani*, I, 25, пр, превод Бакотић.

или старатељство, велико сиромаштво, од времена Антонина Побожног и неписменост итд.⁴⁸ Те разлоге процењује и одлуку о ослобађању доноси исти орган који поставља старатеље (претор и управник провинције најчешће).

Старатељство престаје *ipsa re* ако је одређено за један посао, када је тај посао завршен. Престаје након повратка одсутног лица, затим по оздрављењу болесног, што значи онда када престану разлози за старање. *Cura minores* престаје када штићеници напуне 25 година. Старатељство такође престаје смрћу штићеника или старатеља, као и њиховом *capitis deminutio*, а такође и ако старатељ буде ослобођен дужности од стране магистрата, односно ако се уваже извињавајући разлози настали након заснивања старатељства. Могло је престати и по посебној одлуци надлежног органа, уколико се старатељ огрешио о своју дужност. У Јустинијановим Институцијама се у том смислу каже: "Право искључивања сумњивих татора (и старатеља) припада у Риму претору, а у провинцијама њиховим председницима (управитељима) и проконзулском намеснику".⁴⁹ При том се наглашава да ће старатељ (и татор) који је преварно поступао бити, уз престанак функције, још и озлоглашен. У Јустинијановим Институцијама се наглашава да сваки старатељ и татор може бити тужен ако је сумњив, дакле нема изузетих; а наглашава се да је сумњив онај који непоштено обавља функцију, иако је солвентан. Ипак, уколико је старатељ или татор био патрон (над ослобођеником), иако се допушта да буде тужен и искључен из дужности, наглашава се "да у таквом случају треба да се патронов углед штеди".⁵⁰ Поступак је могао покренути свако, јер тужба је била, како се каже, "скоро јавна", а по рескрипту Севера и Антонина могле су је подићи и жене, сроднице штићеника, као и жена која није била сродница ако код ње "претор може да уочи право милосрђе и тугу, коју није побудила женска плахост, него срце које не може да поднесе неправду над штићеницима".⁵¹ Дакле, и у овом случају је претор орган који процењује да ли има места тужби.

Међу старатељствима са одређеним специфичностима посебно се издваја *cura nascituri*, старатељство над neroђеним дететом, *nasciturus*-ом, а за које се очекује да ће се живо родити у одређеном року. У римским правним текстовима углавном се среће израз *cura ventris*, у смислу старања над зачетком, дететом које је још увек у мајчиној утроби (од речи *venter*, чије основно значење је стомак, утроба, али значи и зачетак у мајчиној утроби). У ствари,

⁴⁸ *Institutiones Iustiniani*, I, 25, 1-20.

⁴⁹ *Institutiones Iustiniani*, I, 26, 1.

⁵⁰ *Institutiones Iustiniani*, I, 26, 2.

⁵¹ *Institutiones Iustiniani*, I, 26, 3.

често се помиње као *cura bonorum ventris nomine*, те се код неких романиста, како је већ речено, ово старатељство третира у оквиру излагања о широј групи посебних старатељстава, под једним насловом: *cura bonorum* (где још спадају: *cura bonorum absentis*, *cura hereditatis iacentis*, *cura ex Carboniano edicto* и *cura bonorum cridae*).⁵² Рекло би се, међутим, да је адекватније издвојити ову врсту старатељстава, јер осим бриге о имовини коју ће нерођено дете наследити (*cura bonorum*), овде је реч и о бризи над самим зачетком (*cura nascituri*, *cura ventris*), уз посебно прописано поступање, врло специфично у односу на данашњи третман адекватних ситуација. Иначе о насцитурусу се, као и данас, и у Риму водила брига, још од најстаријих времена, са материјалноправног и процесноправног аспекта. Са аспекта ванпарничног поступка у Риму је било више одредби о насцитурусу но у српском актуелном (као и претходном) Закону о ванпарничном поступку. То је разумљиво, како због вишестраног савременог законског регулисања статуса нерођеног детета уопште, тако и због одређених специфичности времена Рима, у погледу права, морала, живота однашњег и, у крајњој линији, степена развоја медицине. Српски Закон о ванпарничном поступку, у оквиру одредаба о расправљању заоставштине, у претходне радње убраја и ову: "У смртвоници ће се посебно нагласити да ли се очекује рођење детета умрлог, и да ли његова деца и брачни друг имају стараоца".⁵³ А у оквиру одредби о поступању оставинског суда након пријема смртвонице, Закон каже: "Ако се очекује рођење детета које би било позвано на наслеђе, оставински суд ће о томе обавестити орган старатељства. Ако орган старатељства другачије не одреди, о правима још нерођеног детета стараће се један од његових родитеља".⁵⁴ Што се античког Рима тиче, одредбе о насцитурусу расуте су кроз више прописа током вишевековне правне историје, уз преплитање материјалноправних и процесних правила. С обзиром на чињеницу да је реч о институту припадајућем већем броју правних грана (статусно, породично, наследно), са једне стране, као и на чињеницу преплитања материјалноправних и процесних правила у изворима, није једноставно осветлити само ванпарнични аспект старатељства над

⁵² О томе в. Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, с. 299-300.

⁵³ Закон о ванпарничном поступку Србије, члан 95, став 3. ("Сл. гласник СРС", бр. 25/82, 48/88 и "Сл. гласник РС", бр. 46/95)

⁵⁴ Закон о ванпарничном поступку Србије, члан 112, став 1-2. У закону се вероватно подразумева посмрче у односу и на другог сродника, а не само на оца, јер би иначе текст деловао недовољно јасно. Наиме, каже се да ће се о зачетом а нерођеном детету старати "један од родитеља", а уколико је у питању посмрче оставиоца, остаје само мајка, као трудница и будућа породиља да буде старалац.

нерођеним дететом. У српској и екс-југословенској романистици, иначе, ова врста старатељства је скоро потпуно запостављена, посебно са процесно-правног аспекта.⁵⁵

Ваља истаћи, пре свега ради наглашавања значаја овог питања, да се још у Закону XII таблица, дакле средином 5. века старе ере, третира *nasciturus*, мада из сачуваног реконструисаног текста није сасвим јасно који конкретни циљ је имала одредба о овом питању. Реконструисана је на основу дела Аула Гелија, историчара из 2. века н. е., чије компилаторско дело *Noctes Atticae* садржи одломке из несачуваних дела, износећи неке интересантне и драгоцене податке о праву и животу из старих времена Рима. Преводи сачуваног текста се разликују, што изазива и разлике у смислу идеје из доба Закона XII таблица. Чини се да је најадекватнији превод који презентира Маленица: "Ако се дозна да је жена родила у једанаестом месецу после мужевљеве смрти, завршен је посао, будући да је зачела након мужевљеве смрти, јер су децемвири записали да се човек рађа (најкасније) у десетом месецу, а не у једанаестом".⁵⁶ Израз "завршен је посао" аутор тумачи у смислу да је ситуација јасна и да нема потребе о њој расправљати. У оквиру Јустинијанових *Digesta* такође се истиче да посмрче треба да буде рођено најкасније десет месеци после смрти презумптивног оца.⁵⁷ Не треба да чуди третирање овог питања још по Закону XII таблица и не треба сумњати у аутентичност податка, иако је сасвим извесно да је одредба гласила нешто другачије но што се из Гелијевог текста сазнаје. Наиме, за разлику од тзв. *Leges regiae*, из доба настајања римске државе, у којима несумњиво има доста неаутентичних одредби, посебно у погледу статуса жене, скоро све одредбе Закона XII таблица могу се сматрати аутентичним, иако неке реконструкције изазивају одређене дилеме.⁵⁸ Детаљнија анализа наведеног текста непотребна је за ову прилику.⁵⁹

⁵⁵ У уџбеничкој литератури се *nasciturus* углавном само најкраће дотиче у оквиру наследног права а *cura nascituri (ventris)* се у неким уџбеницима уопште не помиње. При помињању се овој установи углавном посвећује по једна реченица, изузимајући Милосављевића (Римско приватно право, с. 299) који у оквиру *cura bonorum* овом питању посвећује осам редова.

⁵⁶ Закон XII, IV, 4, превод Маленица, А. - Извори римског права, Београд, 1993, с. 69.

⁵⁷ D. 35, 2, 9, 1.

⁵⁸ О неаутентичности неких одредби из *Leges regiae* в. Јовановић, М. - Коментар старог *ius civile*, књига I, *Leges regiae*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2002.

⁵⁹ У припреми је II књига Коментара М. Јовановић, посвећена Закону XII таблица, у којој се детаљно анализира и ово питање.

Ваља само истаћи да је потреба за прописивањем рока у којем се рађа насци- турус, иако је по природи ствари био познат, уследила као последица број- них промена у породичној организацији и имовинским односима из доба Закона XII таблица. Наиме, кроз Закон се фаворизује распад широких поро- дичних заједница (*consortium*-а) и еманципација *familiae*, пре свега у погледу својинских односа, што, поред осталог, потврђује озакоњење права сачиња- вања тестамена. С обзиром на чињеницу да постоји и брак без мануса, који се лако раскидао и следећи, такође без мануса, лако закључивао, кроз наве- дену одредбу је требало искључити *turbatio sanguinis*, јер тестатору је било важно да га наследи рођено дете, а такође је било битно и да насцитурус не буде лишен средстава за живот.⁶⁰ Кратко речено: Закон истиче ко није насци- турус у односу на одређеног оставиоца. У оном времену, иначе, реч је могла бити само о случајној ситуацији и евентуалној заблуди у погледу оца зачет- ка, а никако о могућности подметања деце, што је појава карактеристична за много каснија времена, за класично доба Рима.⁶¹ Кроз поменуту одредбу се свакако изражавала и брига за посмрче, која је представљала дужност чла- нова породице, агната, или оних који су тестаментом именовани као заштит- ници неспособних лица (иако то у Закону не стоји изричито). Али није било потребе да се детаљније регулише поступак успостављања и обављања ста- рања, јер су та питања била регулисана породичним обичајима, у које држава, у оно доба, скоро да и није залазила.

⁶⁰ О неким тенденцијама Закона XII таблица у области породичних и имовинских односа, које се рефлектују и на статус жене, в. радове: Јовановић, М. - Енигма у по- гледу избегавања мануса по Закону XII таблица, рад саопштен на 52. конгресу исто- ричара античких права (S.I.H.D.A), у Мадриду, 1998; Јовановић, М. - *Tutela mulierum* по закону XII таблица, рад саопштен на Конгресу романиста Централне и Источне Европе и Азије, у Новом Саду, 2002. Нека питања дотакнута и у Јовановић, М.- Рим- ско право и српска породица (из XIX века), рад саопштен на Конгресу романиста Источне и Централне Европе и Италије у Риму, 1998.

⁶¹ О старом високом моралу, добрим обичајима и дубоким веровањима сведоче број- не легенде, о којима су подаци доступни из митолошких речника и енциклопедија, а неке легенде коментарисане су у поменутом магистарском раду М.Јовановић: Поло- жај жене у најстаријем римском праву. О временима декаденције (с краја Републике и у Принципату) сведоче бројни писци различитих жанрова (аналиста Тацит, песник Јувенал, биограф Светоније и други), а неки подаци изнети су у Јовановић, М.- Августово брачно законодавство (кадукарни закони) докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

Кроз даљи развој римског права, посебно у оквиру наслеђивања, редовно се водило рачуна о насцитурису, с тим што су правила бивала све бројнија, односно регулисање све детаљније. Временом се, због све бројнијих полних веза између припадника различитих друштвених слојева (по етничком пореклу или социјалном положају) као и између *ingenua* и *libertina*, па чак и између грађана и робиња, све чешће, као претходно, постављало питање статуса зачетог детета (рецимо у случају зачећа од Римљанина и Латинке, перегринке или либертине). Уколико би се утврдило да будуће дете прати статус оца грађанина (припадника слоју *cives Romani*), бринуло се о његовом положају у наследном праву, тестаменталном и интестатском, у оквиру *ius civile* као и у оквиру *ius honorarium*. О томе сведоче бројни подаци из дела римских правника, кроз која се коментарише цивилно и преторско право; а одговарајући фрагменти из тих дела укључени су и у Јустинијанова *Digesta*. Неке податке, додуше оскудније, правници износе и кроз дела другачијег карактера, ван обимних коментара, мада их је врло мало о самом старатељству над нерођеним дететом. Гај рецимо, излажући у Институцијама о тестаменту и наглашавајући да лица из реда *sui* треба да буду или именована или искључена (*exhereditatio*), додаје: "Посмрчад (*postumi*) треба да буду или (изричито) одређена за наследнике или искључена из наслеђа. У овом је погледу положај свих исти, те било да је изостављен син посмрче или други који потомак женског или мушког пола, тестамент ипак важи, али накнадним рођењем мушког или женског посмрчета тестамент се раскида и постаје у целини неважећи. Ако, дакле, нека жена, од које се очекује мушко или женско посмрче, побаци, нема никакве препреке да се именовани наследници прихвате наслеђа. Али, женске се особе обично искључују из наслеђа или поименице (изричито) или општом формулом, с тим да би ипак требало, ако се искључују општом формулом, да им се нешто легира како би се видело да нису изостављене из заборавности. Особе мушког пола не треба на други начин искључити осим изричито, а то је на овај начин: 'Било који син који ми се буде родио нека буде искључен из наслеђа'" ⁶².

Говорећи даље о принципу репрезентације у наслеђивању, Гај каже: "Положај посмрчади имају и они који ступају на место наследника из категорије 'својих наследника' (*sui heredes*)". Објашњавајући даље како унуци репрезентују сина, те и њих треба именовати или искључити, додаје, практично понављајући оно што је раније речено: "То је предвидео Јунијев и Велејев закон," ⁶³ у коме је одређен и

⁶² *Gaius: Institutiones*, II, 130-132, превод Станојевић.

⁶³ Станојевић претпоставља да је реч о *lex Iunia Velleia* донетом 28 године нове ере.

начин искључивања из наслеђа, тако да се мушка посмрчад искључују поименице, а женска или поименице или општом формулом, с тим што искљученима општом формулом треба оставити нешто у легат".⁶⁴ А говорећи о легатима, Гај каже: "Туђем посмрчету не може се оставити пуноважан легат. Као туђе посмрче сматра се и оно које, када се роди, не улази у круг 'својих наследника' (*sui heredes*). Према томе, туђе је посмрче и унуче које је зачето од еманципованог сина. Исто тако и оно које је у утроби жене која се не убраја у супруге по цивилном праву, сматра се да је туђе посмрче (у односу на) *pater familias*-а".⁶⁵ Излажући о интестатском наслеђивању, Гај, практично понављајући оно што је индиректно рекао, наглашава: "Сматрају се за *sui heredes* и посмрчад која би, да су рођена за живота претка, била под његовом влашћу".⁶⁶ У Јустинијановим Институцијама се углавном понавља Гајев текст о разбаштињењу посмрчади, али се затим наводи да је Јустинијановом конституцијом укинута разлика између полова у погледу начина разбаштињења.⁶⁷ Понавља се такође Гајев текст у смислу да туђа посмрчад не могу добити легат,⁶⁸ такође и правило да посмрчад интестатски наслеђују. Улпијан у Регулама, у оквиру излагања о томе ко може бити именован за наследника, каже: "И посмрчад, то јест она деца која су у утроби (у часу смрти оставиоца), ако су у таквом правном положају да би, кад буду рођена, потпала под нашу власт – улазе у *sui heredes*".⁶⁹ А касније додаје: "Још нерођену децу (*qui in utero sunt*), уколико би, ако се роде, били наследници (из скупине *sui heredes*), можемо поставити за наследнике, и то ако се роде након наше смрти, према цивилном праву, а ако се роде за нашег живота, по основи Јунијева закона".⁷⁰ О разбаштињењу посмрчади Улпијан износи иста правила као и Гај у Институцијама.⁷¹ Говорећи о старом интестатском наслеђивању, Улпијан каже: "Докле год постоји могућност (нада) да најближи сродник (*suus heres*) може постати наследник, све дотле нема места за агнате, као на пример ако је супруга умрлога носећа (трудница) или је син у непријатељском заробљеништву".⁷² Паул у Сентенцијама, у излагању о постављању наследника, износи скоро исте податке као и Гај и Улпијан:

⁶⁴ *Gaius: Institutiones*, II, 133-134, превод Станојевић.

⁶⁵ *Gaius: Institutiones*, II, 240-242, превод Станојевић.

⁶⁶ *Gaius: Institutiones*, III, 4.

⁶⁷ *Institutiones Iustiniani*, II, 13, 1-2 i 5.

⁶⁸ *Institutiones Iustiniani*, II, 20, 26.

⁶⁹ *Ulpianus Regulae*, XXII, 15, превод Ромац, А.- Улпијан: Књига регула, Загреб, 1987, с. 65.

⁷⁰ *Ulpianus Regulae*, XXII, 19, превод Ромац.

⁷¹ *Ulpianus Regulae*, XXII, 20-22, превод Ромац.

⁷² *Ulpianus Regulae*, XXVI, 3, превод Ромац.

"Постављање посмрчади врши се на овај начин: 'ако се након моје смрти роди посмрчад, нека буду наследници'; уколико се они роде за живота оставитеља (својим рођењем) укидају опоруку. Унука – посмрче, који уместо оца може наследити деду, треба дед или да постави за наследника или га поименично изнаследи, да не би, појављујући се као агнат, укинуо опоруку".⁷³ А у излагању о интестатском наслеђивању каже: "Дете рођено након смрти свога оца, онај ко се вратио из непријатељског заробљеништва, појединац који је након прве или друге еманципације био отпуштен, те онај за кога је доказано да је био у (извињавајућој) заблуди, иако нису били под очинском влашћу, ипак постају очеви (најближи) наследници".⁷⁴ При излагању о преторовом давању *bonorum possessio* ови правници не помињу *nasciturus*-а, вероватно зато што је реч о посебном поступку који подразумева и успостављање *cura ventris*, а са материјалноправног аспекта ситуација се не мења, бар не значајније.

У поменутих текстовима нема података о *cura ventris*. Што се Гајевих Инститиција тиче, текст о старатељству уопште, сем једног реда, није сачуван. Тај ред гласи: "Из истих разлога и у провинцијама управници обично додељују старатеље".⁷⁵ Касније, при излагању о робовима и о злоупотреби права, помиње *cura prodigii* по Закону XII таблица, сматрајући да је било уведено из истих разлога као и забрана злостављања робова.⁷⁶ Улпијан у Регулама под посебним насловом говори о старатељима, али не помиње *cura nascituri (ventris)*.⁷⁷ Релативно мало простора је овом питању посвећено и у оквиру Дигеста (и то на више различитих места, код различитих института). Додуше, туторству и старатељству, као посебним установама уопште, посвећена је читава XXVI књига Дигеста. А већ у I књизи Дигеста се истиче заштита зачетог а нерођеног детета. Превод овог текста на српски (фрагмента из Пауловог дела) се унеколико разликује међу романистима, мада је смисао исти. Маленица преводи овако: "Онај који је у утроби мајке једнако се штити као да је био међу људским бићима, кад год се поставља питање о користи самог зачетка, мада другима не користи ни на који начин пре него што се роди".⁷⁸ Ромчев превод гласи: "За зачето дете узима се као да је већ рођено

⁷³ *Paulus: Sententiae*, III, 46, 9, превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, Загреб, 1989.

⁷⁴ *Paulus: Sententiae*, III, 8, 7, превод Ромац.

⁷⁵ *Gaius: Institutiones*, I, 198 (претходно недостаје 25 редова), превод Станојевић.

⁷⁶ *Gaius: Institutiones*, I, 53, превод Станојевић.

⁷⁷ *Ulpianus Regulae*, XII, превод Ромац.

⁷⁸ *D.1, 5, 7*, превод Маленица, А. - Јустинијанова Дигеста, Београд, 1997, с. 117.

уколико се ради о користима везаним за његово рођење, јер другоме оно не може никако користити пре него што се роди".⁷⁹ У XXVI књизи Дигеста, међутим, изнета су општа правила везана за туторство и старатељство.⁸⁰ Али нису садржана сва посебна правила везана за *cura nascituri (ventris)*. Наравно, општа правила о успостављању старатељства, вршењу функције, ослобађању од те јавне дужности, давању гаранције, одговорности, престанку функције старатеља и смењивању (о чему је раније било речи) примењују се и у погледу *cura nascituri (ventris)*. Али у погледу овог старатељства постоје и одређене специфичности, те се управо у XXVI књизи (под седмим насловом) наглашава како постоји велика разлика између старатељства над зачетком ("*bonorum ventrisque curatorem*") и старатељства над ментално оболелима и расипницима ("*curatorem furiosi et prodigi*").⁸¹ Међутим, не разматра се детаљније карактер ове установе. Више података садржано је у фрагментима из Улпијанових дела, унетим у XXVII и XXXVII књигу Дигеста. У фрагменту у којем третира функцију проконзула, у вези са питањем старатељства, Улпијан истиче како, уколико није извршено посебно испитивање личности старатеља (*inquisitio*), проконзул треба да захтева давање гаранције ("*rem salvam fore viri boni arbitrato satisdare proconsul iubet*").⁸² Највише простора у оквиру Дигеста, према фрагментима из Улпијановог коментара едикта (преторског права), посвећено је овом питању под посебним насловом: *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*.⁸³ И овде, међутим, има преплитања материјалноправних и процесних правила. Наглашава се, наиме, да се и насцитурусу даје *bonorum possessio contra tabulas*, затим да се државина добара даје само ако није извршено разбаштињење посмрчета, а затим следи излагање о разбаштињењу. Даље се излаже укратко о положају жене – труднице, правима заинтересованих лица, одређивању старатеља и његовој одговорности. Међутим, сам поступак успостављања бриге над зачетком не описује се детаљно, бар не као целина. На срећу, сачувани су одговарајући фрагменти из преторовог едикта, на које се и Улпијан ослања при излагању, заправо које коментарише, уз још неке.

⁷⁹ D.1, 5, 7, превод Ромац, А. - Извори римског права, Загреб, 1973, с. 141

⁸⁰ У D. 26. књизи, у оквиру осам наслова, говори се о следећем: туторство уопште; тестаментарно туторство; потврђивање татора и старатеља; законско туторство; *tutela et cura dativa*; ко може бити татор и старатељ; управљање имовином штићеника; *auctoritas* и сагласност татора и старатеља.

⁸¹ D. 26, 7, 48.

⁸² D. 27, 10, 8.

⁸³ D. 37, 9.

Старање о зачетку изложено је у другом делу *Edictum perpetuum*-а (према Ленеловој реконструкцији, у преводу Ромца), под насловом: О редовним суђењима (*De iudiciis ordinaria*).⁸⁴ Текст је садржан под XXI насловом, који гласи: О деци и зачетку (*De liberis et de ventre*). Садржан је у параграфу 118, као други поднаслов: О прегледу утробе и чувању зачетка (*De inscipiendo ventre custodiendoque partu*). Претходни поднаслов, под параграфом 117, гласи: О признавању деце. А после текста о зачетку, под параграфом 119, поднаслов гласи: Ако се тврди да је жени, с обзиром на зачетак, дозвољена *bonorum possessio*, па је *bonorum possessio* пренета на другога. А последњи поднаслов, под XXI насловом, параграф 120, гласи: Ако се тврди да је жена, с обзиром на зачетак, у сврху шиканирања (преварно) добила *bonorum possessio*.

Текст о прегледу утробе (мајке) и чувању зачетка гласи: "Ако жена по смрти мужа изјави да је носећа, треба се побринути да то буде двапут у току месеца јављено онима који за то имају (правни) интерес или њиховим заступницима, да би, ако то желе, послали (особе) које ће извршити преглед утробе. Треба послати слободне жене, њих највише пет на броју, и оне све заједнички треба да обаве преглед, али ниједна од њих не сме за време прегледа, против воље (носеће) жене, да јој утробу дотиче. Жена треба да се породи у кући часне (веома поштоване) жене коју ћу ја одредити. Тридесет дана пре рока у којем мисли да ће се породити, жена треба то да јави онима који имају интерес или њиховим заступницима, да пошаљу, ако то желе, особе које ће чувати зачетак. У затвореној просторији у којој жена треба да роди нека не буде више него само један улаз: а ако има више, треба да се с обе стране даскама затворе, а улаз у ову просторију треба да чувају три слободна (човека) и три слободне (жене), са по два пратиоца. Сваки пут када та жена буде улазила у ту просторију или негде другде, као у купаоницу, чувари, ако желе, нека то најпре погледају, и оне који буду улазили претраже. Чувари који су постављени пред улаз у просторију, могу, ако желе, све који у ту просторију или кућу улазе, претражити. Жена која почиње да рађа треба о томе да обавести заинтересоване или њихове заступнике да пошаљу особе у чијем ће се присуству порађати. Треба послати слободне жене, њих највише до пет на броју, тако да поред двеју примаља у тој просторији не буде више од десет слободних жена, а ропкиња више од шест; све жене које ће бити у тој просторији треба прегледати, да не би нека од њих била носећа. Ту нека буду три свеће, не мање од тога. Дете које се роди треба да буде показано особама које имају

⁸⁴ Ромас, А. - Извори римског права, Загреб, 1973, с. 54-57.

интерес или њиховим заступницима, ако желе да га виде. Дете нека се одгаја код оног код којег то родитељ одреди. Ако родитељ није ништа одредио, или ако онај кога је родитељ одредио да одгаја дете не прихвати ту дужност, ја ћу, након испитивања случаја, одредити код кога ће се одгајати. Особа која одгаја новорођенче дужна је, док дете не наврши три месеца, дозволити ономе ко жели да га види, да то учини двапут месечно, а од тог доба док не наврши шест месеци, једном месечно; од шест месеци до године дана сваког другог месеца, а од године дана старости док не почне говорити, једном у шест месеци, ономе ко то жели, треба да покаже. Ако не буде дозвољен преглед утробе, чување зачетка, или присуствовање порођају или нешто предузето да се не учини оно што је напред наведено, у корист детета које се роди нећу дозволити, након испитивања случаја, *bonorum possessio*. Ако није било допуштено рођено дете погледати, како је напред одређено, тужбе које сам обећао да ћу дозволити онима којима би по мом едикту била дата *bonorum possessio*, ако то будем сматрао оправданим, нећу дозволити".⁸⁵

Слична правила била су предвиђена и за случај трудне разведене жене. Мада овде није реч о посмрчету, већ будућем детету које има живог оца, разводом је била прекинута веза са оцем, те је било потребно обезбедити бригу о зачетку. И за овакве случајеве се, по свему судећи, успостављало *cura ventris*. Можда се, поред осталог, и зато ово старатељство није називало *cura postumi*, за посмрче, већ *cura ventris*, као брига о зачетку у мајчиној утроби, мада је разлог могао бити и у томе што се брига водила не само о зачетку умрлог оца већ и о зачетом унуку умрлог деде. Преторовим едиктом су, као и за зачетак удовице, била прописана посебна правила за зачетак разведене жене. О томе се у Пауловим Сентенцијама каже: "Кад жена након развода сазна да је носећа, она то треба у року од тридесет дана да пријави (бившем) супругу или његовом оцу да пошаљу чуваре који ће извршити гинеколошки преглед и водити бригу о интересима зачетка; кад то пропусти да учине, дужни су да признају дете које жена породила. Ако жена не пријави да је носећа или не буде хтела да прихвати чуваре (кураторе) зачетка који су били послани, отац или дед нису дужни издржавати (рођено) дете. Иначе (оваква) небрига мајке не иде на штету рођеног (детета) у смислу да не постане најближи наследник (*suus heres*) свога оца. Уколико жена пориче да би била носећа с тим човеком, (бившем) мужу је дозвољено да пошаље чуваре да изврше гинеколошки преглед и да воде бригу о зачетку. Гинеколошки преглед обавља пет примаља, па, оно што већи број њих каже, узима се да је

⁸⁵ Romas, A. - Извори римског права, Загреб, 1973, с. 54-57.

истинито. Ако примаља донесе туђе дете, да би га могла подметнути, одлучено је да је треба казнити смртном казном. Сматра се да убија не само онај ко ново-рођено дете угуши (задави) него и онај ко га одбаци или му ускрати храну, као и онај ко га изложи на јавном месту на милост других, које (милости) сам нема".⁸⁶

Овако детаљно прописани поступак у вези са зачетком и трудницом, пре свега онај у вези са удовицом, данас звучи помало чудно. Али врло значајни разлози су наметали такво поступање. Уз евентуално избегавање мешања крви (*tubatio sanguinis*), које у овом случају није акцентовано, основни разлози су били имовинске природе, и то вишеструко, односно са аспекта више лица. Претходно, ваља подсетити да је основни извор прихода, односно егзистенције уопште, и у доба развијене робовласничке римске државе, било наслеђивање. Зато је изузетно битна појава зачетка. Најпре, са аспекта самог будућег детета, било је важно обезбедити му егзистенцију, односно обезбедити му наследни део очеве заоставштине, када је посмрче у питању; такође и део наслеђа очеве имовине у случају развода родитеља, као и издржавање. Са друге стране, присутни су интереси наследника преминулог оца, или евентуалних наследника живог али од мајке разведеног оца. Коначно, ту су и интереси саме мајке детета, пре свега за имовинско обезбеђење будућег детета, а у неким случајевима и за властито; јер, подижући дете, и сама је могла користити средства њему намењена. А од времена Августа, тј. његовог брачног законодавства, *ius liberorum* (право преко деце) доносило је значајне предности родитељима.⁸⁷ У том смислу дете је могло користити и разведеном оцу. Да би дете, међутим, стекло право на наслеђе оца, умрлог или разведеног (или на наслеђе деде), требало је да јавност буде упозната са његовим постојањем. Уз то што се водило рачуна о року у којем ће бити рођено, како би било извесно да је отац онај на кога указује мајка детета, овај поступак је намењен пре свега сазнавању да дете уопште постоји, и то као дете жене која је најавила трудноћу. Изгледа да је у оно доба, када су скоро све старе моралне и религијске норме биле згажене, подметање деце било врло раширена пракса, што вероватно и није било посебно тешко изводљиво, с обзиром на велики број робиња чија су деца могла бити узета и подметнута.⁸⁸

⁸⁶ *Paulus: Sententiae, II*, 24 (О признавању деце) превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, Загреб, 1989, с. 107.

⁸⁷ Више о томе в. у поменутој дисертацији Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), Правни факултет у Београду, 1994.

⁸⁸ О појави подметања деце сведоче неки римски писци, као песник Јувенал рецимо, на чије дело се позива Ромац при коментару оваквих појава (Ромац, А. - Извори

Поступак, дакле, није био прописан само у смислу да се, колико је то могуће, обезбеди сазнање да жена носи и рађа дете покојника (или разведеног супруга). Превасходно је, по свему судећи, требало утврдити да ли је уопште трудна и да ли ће уопште родити дете, те се зато пази на сваког ко улази у кућу (да не би унео дете) и проверава да ли није ушла нека трудница (чије дете би могло бити подметнуто). Уз природну жељу да се има потомство, разлози за подметање деце, и за овакву контролу, изгледа да су били далеко значајнији Римљанима, те им се посвећује оволико писаних правила.

У суштини, један од основних разлога строгог и детаљно прописаног утврђивања постојања зачетка и његовог рођења била је колизија интереса између наследника покојног оца будућег детета и детета самог, јер са дететовом појавом су могли изгубити део или чак целину наслеђа. У том погледу, осим што се штите имовински интереси детета, ваљало је заштити и његову личност (односно живот). У времену безверја и пољуљаних моралних начела, какво је било крајем Републике и почетком Принципата (и даље), важно је било побринути се и о безбедности детета, о томе да буде неометано живо рођено и збринуто по рођењу. Била је то, дакле, брига у правом смислу и о животу зачетка, о његовој личности и опстанку, а не само о имовини коју би требало да наследи. Уколико је у питању дете разведене жене, колизије је могло бити и између наследника и оца детета, јер по *ius liberorum*-у су му деца доносила значајне принадлежности, а превага когнатског над агнатским сродством остављала му је везу и са дететом од разведене жене, уколико је зачето у браку. Коначно, могло је бити колизије интереса између наследника умрлог оца и мајке детета, јер, осим што ће преко детета уживати одређена добра, било јој је значајно и због *ius liberorum*, (права преко деце), које ће јој донети одређене привилегије. Колизија интереса различитих лица била је присутна и пре Августовог брачног законодавства, као и потреба да зачето дете, као посмрче, не буде лишено средстава за живот; и да умрли отац не буде лишен наследника, за кога није знао. Али са Августовим законима потреба за бригом над зачетим дететом бива још изразитија, те је сасвим вероватно да су прописи у том смислу надограђени од стране претора након доношења *lex Iulia et Papia*. У овом случају су ванпарнична правила, која прописује и о чијем поштовању води рачуна најчешће претор, а који је

римског права, с. 55, н. 189 и с. 56, н. 192). О оваквим као и неким другим сличним појавама, сачињене су скандалозне хронике, у које се ипак нису уклапали сви Римљани. О неким скандалозним понашањима в. дело Балдона: Римске жене, Лондон-Сиднеј.

истовремено и правосудни орган, од изузетног значаја за материјалноправни положај одерђених лица. Из данашње перспективе гледано, наведени поступак на први поглед може изазвати чуђење, можда чак и мало смеха, али и одређену нелагодност, бар код женског рода. Са друге стране, међутим, осим што, генерално гледано, представља сликовито сведочанство о античком римском животу и праву, сведочи и о огромним разликама у ванпарничној процедури, ондашњој и данашњој. Коначно, сведочи и о ондашњем акушерству и медицини уопште, односно подстиче на схватање значаја напретка медицине и за право, генерално, као и у погледу ванпарничне процедуре.

Prof. Dr. Mila Jovanović, LL.D.
Associate professor

Custody in Ancient Rome with a Special Overview of *cura nascituri* (*ventris*) – A Contribution to the History of Extrajudicial Matters

Summary

The topic of this paper, following a brief overview of some issues in Roman procedural law, is custody in ancient Rome, with special emphasis on the custody of the conceived and yet unborn child, cura nascituri or cura ventris (cura bonorum ventris nomine). After specifying some differences between the contemporary and Roman procedural law (regarding both in-court and out-of-court proceedings), the author draws attention to the difficulties in defining Roman out-of-court proceedings and extra-judicial matters in general. Then, subsequent to the statement that there are no pronounced differences in the concept of professional capacity, the author points out to the distinctions between modern and Roman law in terms of the causes of incapacity, the categories of affected individuals, and institutions which make up for the lack of professional capacity. Further distinction has been made between tutorship (tutela) and custody (cura) in ancient Rome, followed by an attempt to define the custody of those times, which is difficult to accomplish in a precise and concise way.

Beside enlisting some types of custody, the author draws attention to the procedural aspect of these matters, extra-judicial in particular, discussing the following issues: the appointment of the guardian by state agencies, including a possible inquiry to prove eligibility and fitness for such a task (inquisitio); the exemption from guardian duties for justifiable reasons (e.g. the number of one's natural children, the already-existing custody, taking up a public office or position, etc.); providing guarantees by the guardian, in co-operation with the state agency, as a safeguard for conscientious and efficient performance the tasks entrusted; the discharge of the guardian by the state agency; initiating proceedings against unconscientious guardians and their possible denunciation, etc. Finally, with due notice to the fact that the data on custody of the unborn child are meager and to some extent confusing in most of the sources available, the

author has analyzed some aspects of the position of nasciturus in substantive law. Underlining some general rules, the author has analyzed the administrative procedure data related to the establishment of the institution and the custodian procedure of the nasciturus. Last, but not least, a relatively well-preserved text (Edictum perpetuum) from the codified praetorial law is provided, describing the custody procedure of the embryo (partus, nasciturus, venter), and indirectly referring to the mother of the embryo, the pregnant woman and the woman who has delivered. To the modern sensibility, the text may seem slightly odd, and rather humiliating for the woman. However, apart from being a testimony of the character of cura nascituri, this text provides an opportunity to discern the importance of medical developments and overall social progress in relation to both substantive and procedural law.

Key words: Roman law, extra-judicial proceedings, custody, *cura nascituri (ventris)*, *Edictum perpetuum*.