

RIMSKA TUTELA MULIERUM U OPISIMA KLASIKA

Prof. dr. sc. Magdalena Apostolova Maršavelski*

UDK 342.7-055.2(091)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: travanj 2005.

“...maior dignitas est in sexu virili...”
(Ulpianus, D.1,9,1,pr.)

Autorica analizira raspoloživa vrela o izvornom obliku ove ustanove i njezinim kasnijim oblicima, kao i stanovite kontroverzije u izvorima te neke, po njezinu mišljenju neutemeljena tumačenja izvornog karaktera tutelae mulierum. Simultano zakonsko dokinuće tutelae legitimae i donošenje SC Velleianum otkrivaju motive tog senatskog zaključka, koje su, po mišljenju autorice, usko vezane za odredbe legis Claudiae de tutelis te autorica smatra da se tim senatskim zaključkom nastojalo nadomjestiti svedenu na голу formu tutorovu auctoritas interpositio.

Ključne riječi: tutela mulierum, rimsko pravo, pravni položaj žene

I. Izvorni oblik tutorstva nad ženom¹ *perfectae aetatis* i statusno određene kao *homo sui iuris*, u doba republike javlja se u drugim, za ženu povoljnijim

* Dr. sc. Magdalena Apostolova Maršavelski, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

¹ Usp. iz literature: Bieżunska, I., Étude sur la condition juridique et social de la femme greque en Egypte Greco-romain, Lemberg, 1939.; Bonfante, P., Corso di diritto romano, I, Milano, 1963.; Fuchs, J.G., Die rechtliche Stellung der Frau im alten Rom, Basel, 1960.; Gradenwitz, O., Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, Berlin, 1887.; Jörs - Kunkel-Wenger, Römisches Privatrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949.; Karlowa, O., Römische Rechtsgeschichte, II, Leipzig, 1901.; Medicus, D., Zur Geschichte des SC Velleianum, Köln-Graz, 1957.; Perozzi, A., Istituzioni di diritto romano, I, Florenz, 1949.; Schulz, F., Classical Roman Law, Oxford, 1951.; Solazzi, S., Studi nella tutela, Modena, 1925.; Taubenschlag, R., The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, Warschau, 1955.; Taubenschlag, R., Vormundschaftsrechtliche Studien, Berlin, 1913.; Vogt, H., Studien zum SC Velleianum, Bonn, 1952.; Sachers, E., RE, 7 A; Watson, A., The

obicima, a već sredinom 1. stoljeća n. e. zakonski je dokinut. - "...feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit..." piše Ulpijan². Izvori potvrđuju činjenicu da je grčko-egipatska varijanta te ustanove prisutna u postklasičnoj praksi helenističkih provincija i do doba Konstantina³, ali već je konstitucijom Honorija i Teodozija 410. godine označen njezin definitivni kraj⁴. Glavninu spoznaja o toj, za kompilatore nezanimljivoj, ustanovi crpimo iz dvaju nevelikih, relativno sustavnih i zaokruženih, *ex professo* pisanih traktata Gaja i Ulpijana.

Razložnost te ustanove civilnog prava, koja doživotno ograničava djelatnu sposobnost žene uvjetujući valjanost kruga njezinih najvažnijih poslova tutorovom *auctoritas interpositio*, komentiraju oba klasika, a slični su i osvrti Tita Livija i Cicerona, u kojima se objašnjava opravdanost razloga zbog kojeg pripadnice "manje dostojnog spola" treba, barem kod najvažnijih poteza - držati pod nadzorom.

"...Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse."⁵

priopćuje Gaj argumente *veteres*, ali u drugom tekstu *ad limine* odbacuje "uobičajeno mišljenje" o urođenoj lakomislenosti žena, rezolutno konstatira da ne postoji nijedan valjan razlog ("...nulla pretiosa ratio...") da žene dorasle dobi budu pod tutorstvom te smatra da je taj nadzor u biti više prividan nego stvaran⁶.

Law of Persons in the Later Roman Republic, Oxford, 1967.; Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts, Stuttgart, 1949.; Zagelmeier, F., Die rechtliche Stellung der Frau im römischen Familienrecht, Zirndorf, 1928.

² Ulpianus, *Regularum liber singularis.*, XI, 8.

³ U helenističkim provincijama i nakon *constitutio Antoniana* na snazi je agnatska verzija tutorstva - otac je doživotni tutor i udane kćeri, kojeg nakon smrti u toj ulozi zamjenjuje ženin brat. U Dioklecijanovu reskriptu iz 290. god. (C.5.30.1.) na pitanje, postavljeno od izvjesne *Firmine*, može li u njezinim poslovima ulogu tutora imati njezin *avunculos* - odgovor je niječan. U doba Konstantina, prema istraživanjima *Taubenschlaga*, bio je na snazi agnatski model tutorstva nad ženama - kognati su bili isključeni, a tutorstvo nad udanom ženom imao je njezin suprug, a ne brat. (Usp. *Taubenschlag*, *Vormundschifliche Studien*, op.cit., str. 85.)

⁴ C. J. 8.58.1.

⁵ Gai, *Institutionum commentarii*, I. 144 ("Naši stari su željeli da žene, i one dorasle dobi zbog svojstvene im lakomislenosti, budu pod tutorstvom.")

⁶ *Ibidem*, I, 190.

U Ulpijanovu traktatu nalazimo tek kratku konstataciju da ženama - i nedoraslim i doraslim, "zbog slabosti spola te zbog nepoznavanja sudskih stvari", treba postaviti tutore⁷. Nekoliko u Kodifikaciji sačuvanih fragmenata tog klasičnog autoriteta - mnogo su naime oštiri i nimalo eufemistički⁸. Ukratko, Ulpijan očito ne dijeli mišljenje Gaja o vjerodostojnosti razloga koji opravdavaju smisao te ustanove, koja u njegovo doba nema nikakvog aktualnog značenja.

Tit Livije također prenosi mišljenje *veteres* te uopćeno konstatira da žene u vlasti očeva, braće, muževa ne mogu učiniti nikakav pravni potez bez njihova odobrenja:

"*Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum...*"⁹

Ciceron, u vrijeme kojeg su ingerencije ženina tutora također bile već bez velikog stvarnog efekta, ne bez doze cinizma prenosi u jednom od svojih govora stajalište *veteres* da sve žene trebaju biti pod vlasti (*potestas*) tutora:

"...Mulieres omnis propter infirmitatem consili maiores in tutorum potestate esse voluerunt..."¹⁰,

ali u drugom iznosi konkretnu konstataciju da se žena ne može obvezivati *sine tutore auctore*.¹¹

Isključenosti žene iz javnog života nije potreban poseban komentar, ali u Ulpijanovu tekstu, uvrštenom u Kodifikaciju, nalazimo konstataciju:

"*Femine ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt...*"¹²

⁷ Ulp., XI, 1: "...feminis autem tam impuberis quam puberis propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignotantiam..."

⁸ D. 16, 1, 2, 2./ D. 16, 1, 4, 1. ("...hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat").

⁹ Livije, XXXIV, 2, 11. - "...naši stari nisu htjeli da žene bez odobrenja tutora vode ni privatni posao; bili su pod *manus* očeva, muževa, braće..."

¹⁰ Cicero, *pro Murena*, 27, 2. - "...Sve žene zbog slabosti prosuđivanja bile su pod vlasti tutora kako su naši *maiores* željeli..."

¹¹ *Ibid.*, *pro Caecina*, 72.

¹² D. 50, 1, 7, 2, *pr.* - "Žene su iz svih građanskih i javnih službi udaljene..." Sličnu konstataciju iznosi Paulus: "Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent..." (D. 16, 1, 1, 1)

U tekstovima Kalistrata¹³ žena je “*propter sexus infirmitatem*” uvrštena u skupinu koje se *ignorantia iuris* pretpostavlja. Paul¹⁴ također apostrofira ženin slabiji spol te njezino nepoznavanje prava, pa su te kvalifikacije, uz one poput *levitas animi* ili *infirmitas consili* - ako već nije riječ o ekstremno uvredljivim¹⁵ Ulpijanovim ili o “velikodušnim” Gajevim konstatacijama - bili uobičajeni atributi žena po mišljenju citiranih autoriteta.

2. U opisima tog, u njihovu vremenu zastarjelog instituta, i Gaj i Ulpijan s pravom nalaze potrebnim detaljno objasniti pojam agnatskog srodstva¹⁶. Međutim, dok Ulpijan ni riječju ne komentira svrhu stare *tutela mulierum*, Gaj u više maha iznosi konstataciju da je riječ o ustanovi konstituiranoj u korist tutora, ženina *ab intestato* nasljednika, kojeg treba zaštititi od mogućnosti da žena određenim, “važnijim” poslovima umanju svoju imovinu i time vrijednost nasljedstva koje tutoru - nasljedniku ima eventualno pripasti¹⁷.

Ipak, prema izvješću obaju klasika, *tutela testamentaria* već je prema starom civilnom pravu bila moguća alternativa legitimnom tutorstvu. Ulpijan konstatira:

“*Testamenti quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum... quia tutores dativi appellatur...*”¹⁸

¹³ D.49,14,2,7.

¹⁴ D.22.6.9.pr.

¹⁵ Usp. D. 16, 1, 2, 2. i D. 16,1,4,1

¹⁶ “*Agnati sunt a patre cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes, eiusdem familiae, veluti patri, fratres, filii fratris, patruales*”, objašnjava Ulpijan. Usp. Ulp., XI,4. te Gai, I,156.

¹⁷ Gai, I, 192/ I, 165.

¹⁸ Ulp.XI,14 - “*Testamenti quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum... quia 'tutores dativi' appellantur*” (“Oporukom se mogu imenovati tutori, što potvrđuje Zakonik 12 ploča... takvi se tutori nazivaju danim - *tutores dativi*.”).

U Ulpijanovu tekstu XI,14 riječ je o mogućnosti imenovanja oporučnog tutora u najstarijem razdoblju civilnog prava, ali se sljedeći tekst (XI,15) odnosi na razdoblje nakon donošenja *lex Iunia Norbana* ili *lex Iunia Vellaea* iz doba Augusta, budući da se u tekstu odriče pravo na imenovanje takvog tutora oslobođenicima putem neformalnih manumisija - “*Mulier sine tutoris auctoritate inter amicos manumiterte non potest*”. Usp. Girard - Senn, Textes de droit romain, I, Dalloz- Paris, 1967., 464-468. Iz tog se njegova teksta dade zaključiti da oporučno imenovanje tutora nije bilo alternativa legitimnom tutorstvu, budući da je *tutela legitima*, prema obavijesti Ulpijana (XI,8), već pola stoljeća prije zakonski bila dokinuta. Taj tekst otkriva i činjenicu da je Ulpijan svoj traktat pisao prije donošenja *Constitutio Antoniniana*.

kao i Gaj¹⁹, koji smatra potrebnim naglasiti i činjenicu da tek ako tutor nije određen oporukom, agnati “*sunt tutores*”:

“*Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi...*”²⁰

Oporučno tutorstvo, slijedom Gajevih riječi, imalo je, kao uostalom i oporučno nasljeđivanje, prednost pred legitimnom tutelom, pa je njime bila otvorena mogućnost da se oporukom uspješno eliminira ženin *proximus agnatus*, koji je, kao i *tutor testamentarius*, bio teoretski - tek jedna od dviju “paralelnih” mogućnosti. Premda možemo tek nagađati o realnim mogućnostima ostaviteljeve slobode testiranja²¹, čini se vjerojatnim da, u situaciji kada ženin najbliži agnat - sin ili brat - iz nekog od razloga, koje nabroja Ulpijan, nije mogao biti njezinim legitimnim tutorom, ili možda čak, ako po nahodjenju testatora, nije bio podesan za tu funkciju, na njegovo je mjesto mogao biti oporučno imenovan tutor, kojeg je poštenje i savjesnost procijenio sam testator (“...*quia fides diligentia ab ipso testatore probata est...*”)²². Pri tome, imenovani *tutor testamentarius*²³ nije morao biti ujedno i ženin intestatni nasljednik, kao što vjerojatno nije tutorom mogao biti imenovan ni netko izvan kruga agnatskih srodnika. Ukratko, imenovanje oporučnog tutora nije, valja pretpostaviti, nužno imalo kao posljedicu iznasljeđenje dugo odsutnog ili bolesnog najbližeg agnata. Kad je postojala *magna causa*, zbog koje je ostavitelj morao zamijeniti iz nekog razloga “nepodesnog” legitimnog tutora nekim vjerodostojnim članom iz kruga daljnjih agnatskih srodnika, to teoretski nije moralo značiti da u oporuci nije striktno poštovan intestatni red te da nasljednicima nisu imenovani ostaviteljevi *heredes*,

¹⁹ Gai, I,144 - “*Permissum est parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare... feminini autem cuiusquam aetatis sint, et quoque cum nuptiae sint*”...roditelji mogu djeci pod svojom vlašću odrediti tutore ... ženskoj (djeci) bilo koje dobi, pa i onoj koje su u braku...”

²⁰ Gai, I,155 - “Onima kojima tutor nije određen oporukom, prema Zakoniku 12 ploča tutori su agnati, koji se nazivaju zakonskim tutorima.”

²¹ Već sama mogućnost oporučnog imenovanja tutora govori u prilog tezi da ni izvorna *tutela legitima* nije bila konstituirana isključivo u interesu agnatskog nasljednika, kako ustvrđuje Gaj, nego i u interesu žene te da su odredbe kasnijeg Atilijanskog zakona jasna potvrda tome - ističe Karlowa. Usp. Römische Rechtsgeschichte, I, op. cit., str. 293.

²² Gai, I, 200

²³ O mogućim interpolacijama u izvorima klasika usp. Solazzi, S., Glosae a Gaio, II, Studi di diritto romano, VI, Pavia, 1934.; i Solazzi, Istituti tutelari, op. cit., 77, 127, 186.

među njima i sin ili brat ostaviteljeve udovice ili dorašle kćeri. To dalje znači da su nasljedna prava iz nekog od navedenih razloga zaobidenog legitimnog, najbližeg agnata mogla ostati - nedirnuti. Oporukom imenovani *tutor testamentarius* nije u tom slučaju imao nikakve nasljednopravne "perspektive" na imovinu šticećenice, pa tako Gajeva konstatacija o osnovnoj funkciji izvorne *tutela agnatorum*, na kojoj autor Institucija toliko inzistira i koja je u literaturi unisono prihvaćena, u životnoj je praksi najvjerojatnije i bila uobičajena i najčešća, ali ne i isključiva mogućnost. Ipak, premda je u doba civilnog prava ta mogućnost imala vjerojatno "incidentni" karakter i bila je, valja pretpostaviti, rijetkost u praksi, na čelu Gajeva popisa poslova zabranjenih ženi bez tutorove suglasnosti nalazi se upravo sastavljanje oporuke, također s obrazloženjem da je u takvom djelovanju žene sadržana opasnost da njezin tutor i *ab intestato* nasljednik bude - eksherediran.

Uostalom, izvorni karakter tutorstva nad ženama bio je, prema usamljenim pretpostavkama u doktrini, identičan tutorstvu nad nedorašlim²⁴, koje je bilo surogat za *potestas* šefa obitelji odnosno *manus* muža, te je i *tutela mulierum* imala identičnu svrhu zaštite tutorovih interesa²⁵. Žena je, prema toj hipotezi, bila izvorno pod vlasti agnatskog srodnika, pa se *tutela mulierum* nije svodila samo na tutorovu intervenciju kod određenog kruga poslova, kako je to bilo kasnije, nego je obuhvaćala i svekoliko upravljanje ženinom imovinom, pa čak i ingerencije nad osobom žene. Jedino vrelo na koje se poziva Sachers²⁶ - zastupnik hipoteze da je izvorna *tutela mulierum* bila "prava vlast" (*reine Gewalt*) - jest naprijed citirani tekst Tita Livija, u kojem se negira sposobnost žene da samostalno zaključi bilo kakav posao bez odobrenja oca, brata, muža. Međutim, u tom navodu poznati povjesničar daje tek uopćeni osvrt, koji obuhvaća i *potestas*

²⁴ Usp. Jörs - Kunkel - Wenger, *Römisches Recht*, op.cit., str 304. "Tutor mulieris verlohrt fruhzeitig verlohrt die Befugniss zur Sorge für die Person und Verwaltung des Vermögens der Frau" - glasi autorovo stajalište, što se može protumačiti samo kao pretpostavka da je izvorno *tutor mulieris* takve ovlasti i imao. Usp. i Zagelmeier, *Die rechtliche Stellung der Frau im römischen Familienrecht*, op. cit., 50. Po mišljenju Karlowa (*Römische Rechtsgeschichte*, op. cit., str. 293), već sama mogućnost oporučnog imenovanja tutora govori u prilog tezi da ni izvorna *tutela legitima* nije bila konstituirana isključivo u interesu agnata - kako piše Gaj (I,192), nego i u interesu žene te da su odredbe kasnije *legis Atilia* jasna potvrda tome.

²⁵ Usp. Zagelmeier, *Die rechtliche Stellung der Frau im römischen Familienrecht*, op. cit., 51.

²⁶ Usp. Sachers, RE, A7, 1590.

patri familias i *manus* muža i legitimno tutorstvo brata ili sina, pa i u doslovnom tumačenju Livijeva teksta ne vidimo argument u prilog predložene teze. U drugom tekstu²⁷ predmet komentara Tita Livija je *tutela optiva* - tekst koji uostalom spada među starija svjedočanstva da je u njegova doba bio u praksi poznat taj daleko liberalniji oblik tutorstva. Taj tekst govori o visokoj kompetenciji i dobroj "upućenosti" autora *De urbe condita*.

3. Gaj navodi neke od poslova kojima žena može ugroziti tutorova nasljedna prava²⁸, dok Ulpijan sažeto konstatira da je ženama nužno odobrenje tutora:

"...si lege aut legitimo iudicio agent, si se obligent, si civile negotium gerant ...si rem Mancipi alienent..."²⁹

Nužnost tutorova sudjelovanja pri sastavljanju oporuke bila je određena postojećom opasnošću da tutor, prema Gajevim riječima - "...per testamentum excludantur ab hereditate...". To se, uostalom, može reći i za ženinu sposobnost primitka nasljedstva i prije odredbi *legis Voconiae*, budući da je, kao univerzalni sukcesor, žena morala preuzeti i ostaviteljeve eventualne obveze, što je spadalo u "domenu" ženi zabranjenih poslova, mogućih samo uz tutorovo odobrenje. Ne ulazeći u motive i "razložnost" odredbi tog zakona, žena nije mogla biti nasljednicom bogatog ostavitelja³⁰, pa ma koliko teoretska bila takva potencijalna opasnost - i žena i njezin tutor bili su zakonski pošteđeni tog iskušenja, premda odredbe tog zakona uključuju i zabranu primitka "*tamen fideicommissio relicta sibi*"³¹.

²⁷ Livije, XXXIX,2.

²⁸ Gai, I,192.

²⁹ Ulp. XI,27.- "... ako vode legisakcijski (ili) civilni postupak, ako se obvezuju, ako zaključuju civilni pravni posao...ako otuđuju *res Mancipi*..." U svom sažetom osvrtu na "zabrane" samostalnog odlučivanja žene, Ulpijan (kao ni Gaj, uostalom) ne navodi neke također "važne" poslove poput manumisije, ali nalazi potrebnim da u područje zabranjenih, bez tutorove suglasnosti, poslova ubraja i nepromišljena i "nedolična" ponašanja žene, kao ona "... si libertate suae permitant in contubernio alieni servi morari..."

³⁰ Gai, II, 274. Ograničenje *testamenti actio pasiva* žene ovim zakonom, donesenim 169. god. prije n. e., odnosilo se, prema Gajevoj informaciji, na nasljedstvo "...qui centum milia census est."; Usp. Steinwenter, RE 12,2417- 2418./ Kaser, Rom. Privatrecht,I, 670;Weiss, Institutiones des römischen Privatrechts, op. cit.,111.

³¹ Gai,II,274

Nesposobnost žene da samostalno otuđuje skupocjene *res Mancipi* Gaj naglašava u više navrata:

“...neque feminam neque pupulum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse...”³²

a na to (suvišno) upozorava i Ulpijan³³, budući da takva otuđenja spadaju u njegovu tekstu već spomenuta *negotia civilia*.

Gaj, dapače, priopćuje da su *res Mancipi* žene, prema pravu *veteres*, bile *res inhabilis*, pa te ženine stvari nisu mogle biti predmetom stjecanja dosjelošću, osim ako posjed nije bio predan po ženi - uz suglasnost tutora. U ovom tekstu Gaj očito misli na slučaj zaobilaženja potrebne zakonske forme, što je agnatski tutor, iz nekih razloga, odobrio i time omogućio posjedniku eventualno stjecanje vlasništva.

“Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipse tutore auctore traditae essent, idque ita lege XII tabularum cautum erat.”³⁴

Međutim, ženi je dopušteno da i *res Mancipi* samostalno otuđi, ako je za to postojao “važan” razlog (“... praeterquam si magna causa aliendarum rerum Mancipi... suscipiendae obligationisque interveniat...”³⁵) priopćuje Gaj, ali ostavlja bez komentara situacije koje podrazumijeva pod “magna causa”, koje opravdavaju samostalne poteze žene na “zabranjenom području” poslova. Uostalom, da Gaj ne veže zabranu samostalnog prijenosa posjeda po ženi za staro civilno pravo, mogli bismo pretpostaviti da je autor Institucija, pišući o toj mogućnosti, imao u vidu neformalno zaključenje i pretorsku zaštitu kojom bi takvo stjecanje bilo efikasno onemogućeno.

Konačno, obojica klasika inzistiraju na činjenici, uostalom samo po sebi razumljivoj već iz same koncepcije starog legitimnog agnatskog tutorstva, da u

³² *Gai, I, 192; ibid., II, 80.* - “... ni žene ni maloljetnik ne mogu bez tutorova odobrenja otuđiti *res Mancipi*...”

³³ *Ulp., XI, 27.*

³⁴ *Gai, II, 47.* - “Također nekada *res Mancipi* žene koja je bila pod tutorstvom agnata nisu se mogle stjecati dosjelošću, osim ako nije sama žena predala posjed uz suglasnost tutora, tako je određivao Zakonik 12 ploča.”

³⁵ *Gai, I, 192.*

krug poslova koje žena ne može samostalno zaključivati spadaju sve transakcije kojima žena preuzima obveze, a Gaj opetovano spominje iznimku eventualne “*magnae causae*”, koja bi taj posao opravdala³⁶.

Prema tim obavijestima obaju klasičnih autoriteta, nije teško zaključiti da je u doba pretorskih inovacija, koje su postupno potisnule u stranu poslove iz doba *veteres*, malo ostalo od ograničenja koje je civilno pravo postavljalo ženinoj djelatnoj sposobnosti. Vrijedne *res Mancipi*, otuđenje kojih spada u područje tutorova nadzora, mogle su se uspješno otuđiti, a da se pri tome ne koriste *negotia civilia*, uspješno zamijenjene pretorskim instrumentima zaštite. Zašto bi, uostalom, žena zaključivala bilo koji nedostupni joj posao civilnog prava, za koje je bila potrebna suglasnost tutora, kad joj je na raspolaganju bila mogućnost da samostalnim zaključenjem pretorskim intervencijama zaštićenih poslova postigne istovjetni puni pravni efekt. Dobrom ilustracijom činjenice da je stara *tutela legitima* izgubila praktično svaki smisao Gajev je tekst, u kojem autor Institucija komentira mogućnost žene da primi neformalnu isplatu duga, ali joj se odriče pravo na samostalnu *acceptilatio*, premda je taj formalistički čin mogao biti i samo gola forma, bez realnog plaćanja:

“Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest; nam qui solvit, liberatur obligatione... Quamquam hoc ita est, si accipiat pecuniam; et si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare non potest.”³⁷

Lex Claudia de tutelis (44.-29. god. n.e.) i dokinuće zakonskog tutorstva predmet je opetovanog Gajeva komentara, a Ulpijan obavještava da je stara legitimna *tutela* svedena na tutorstvo ženina patrona:

“...feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronarum.”³⁸

³⁶ *Ibidem / Ulp., XI, 27.*

³⁷ *Gai, I, 157.* “Ženi se i bez tutorova odobrenja može valjano isplatiti dug i onaj koji je dug isplatio bit će oslobođen obveze... Međutim, to vrijedi kad (žena) prima novac; a ako ne primi, a izjavi da je akceptilacijom oslobodila dužnika bez tutorove suglasnost, i to ne vrijedi.” - *Gai, I, 157 / Ibidem, 171. Gai, II, 85.*

³⁸ “...tutorstvo nad ženama ukinuto je Klaudijevim zakonom, osim tutorstva patrona.” *Ulp., XI, 8.* Usp. i *Gai, I, 157; ib., I, 171.* Vidi Kaser, op. cit., 368.

Uostalom, patron - otac emancipirane kćeri te predak ostalih emancipiranih ženskih descendenta³⁹ - bio je, kao zakonski tutor, prirodna i logična zamjena za tutora koji je bio *extraneus manumitor* i *tutor fiduciarius*⁴⁰. Komentirajući ovlasti patrona - fiducijarnog tutora, Gaj izravno naziva tutorstvo "teretom"⁴¹ te ističe da se takav tutor ne može odreći svojih obveza ili prenijeti ih na drugoga - pa već sama ta konstatacija izravno otkriva činjenicu da je tutorstvo nad ženama, i u uskim okvirima iznimke, imalo bitno promijenjeni karakter.

4. Promjena osnovne koncepcije legitimne *tutela mulierum* počela je mnogo prije zakonskog dokinuća, a *lex Atilia*⁴² s početka 3. stoljeća pr. n.e. označuje drugačije poimanje te ustanove i početak procesa njezine postupne eliminacije iz prakse. Zahtjev za imenovanje tutora *a praetore et maiore parte tribunorum plebis* mogao je, naime, prvotno biti postavljen samo kad nije bilo legitimnog tutora ("*...nullus omnino tutor sit...*")⁴³. U kasnijoj praksi, međutim prvotna je odredba tog zakona proširena na niz razloga, pa je *tutor Atilianus*, poslije i *tutor Titianus*⁴⁴ u provincijama bio, prema obavijestima Ulpijana i Gaja, zamjenom za odsutnog⁴⁵ ili bolesnog⁴⁶ aktualnog tutora i ženi i nedoraslima, ali su se u njegovu nadležnost ubrajale i situacije vezane isključivo za tutorstvo nad žena-

³⁹ *Gai, I, 175.*

⁴⁰ *Gai, I, 172 ; D.26,4,3,10.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Ulp. XI, 18.- "*Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisue non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos 'tutores Atilianos' appellamus...*" Usp. i *Gai, I, 185.* Taj zakon, donesen početkom 210. god. prije n.e. - usp. Kaser, Röm. Privatrecht, I, 357; Sachers, RE, 1512. Prema Gajevu izvješću (*I, 184*), taj je zakon stavljen izvan snage dokidanjem legisakcijskog postupka, premda je i sam Gaj u dvojbi glede toga te ipak u istom tekstu dodaje da takav tutor, postavljen *a praetore urbano* "*... adhuc in usu est*".

⁴³ *Gai, I, 185.*

⁴⁴ Ulp. XI, 18.- "*... lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis ... a praesidibus earum dantur tutores*", piše Ulpijan, a identične su Gajeve vijesti (*Gai, I, 185*). Taj je zakon donesen u doba Augusta oko 18. g. n. e., a praksa da se ženi na njezin zahtjev, kad je za to bilo razloga, na intervenciju službene instancije naznači "službeni" *tutor Titianus*, čini se u provincijama široko rasprostranjenom. Takav se tutor spominje npr. u jednom zapisu na nadgrobnom spomeniku pronađenom u iskopinama u središtu Beograda 1932. god. Usp. Rau R., ZSS/ 54/1934/str. 312.

⁴⁵ Odsutni se patron može zamijeniti samo iznimno, u slučajevima kad se radi o prihvaćanju imovine ili zaključenju braka. (*Ulp. XI, 22/ Gai, I, 173*), ali, po izvješću Gaja ni tada, ako je riječ o tutorstvu patrona nad oslobođenicom. (*Gai, I, 174*).

⁴⁶ Ulp., XI, 21 - "*Praeterea etiam in loco muti furiosive tutoris dentur dandum ess tutorem ad dotem constituendam*". Usp. i *Gai, I, 180.*

ma. Ako se radilo o poslovima poput obećanja, utvrđivanja, obećanja miraza⁴⁷, zaključenja braka, *tutor Atilianus* preuzimao je, nakon *legis Claudiae*, i funkcije i odsutnog ženinog patrona⁴⁸. Međutim, osim u tim, za ženu važnim situacijama, tutora je postavljao pretor ili drugi magistrat i ženi, koja je - prema izvješću obojice klasika - bila u sudskom sporu s tutorom ili stupila u poslovne odnose s njim, jer "*...ipsae enim tutor in rem suam auctor fieri non potest...*"⁴⁹ - razlozi koji sami za sebe izravno otkrivaju i novu koncepciju te ustanove i bitno drugačiji odnos između žene i njezina tutora.

Komentirana vrela otkrivaju atilijansko tutorstvo kao ustanovu konstituiranu u interesu žene, a ne njezina tutora, te ustanovu koja je tutoru nametala konkretne obveze, po svoj prilici kontrolirane od državne instancije po kojem je *tutor Atilianus* bio imenovan.

Paralelno s mogućnošću "službenih" intervencija s ciljem zaštite ženina interesa, praksi je relativno rano poznata vrsta tutorstva koja znači daljnji, radikalni preokret osnovne koncepcije te ustanove. Sudeći po opširnom Gajevu izvješću, ali i jednom osvrtu Tita Livija⁵⁰, oporučno imenovanje tutora supruzi "*in manu*" značilo je doslovno prepuštanje prava ženi da si sama, po svom nahodjenju izabere tutora, a time i izravnu mogućnost da utječe na njegove odluke. Oporučna sloboda testatora bila je, prema tim vijestima - praktično neograničena, kao što je i pravo žene na izbor tutora⁵¹ nakon smrti muža, barem ako se testator odlučio za tzv. *plena tutela optiva*, bilo također neograničeno. Nova varijanta oporučne *tutela mulierum* omogućivala je ženi da tutora pretvori u svog savjetnika i saveznika, ako već ta sloboda izbora tutora nije, ne samo simbolično, označivala kraj njegovih upletanja u poslove žene. Kod tutorstva "*qui es optione sumuntur*"⁵² ženi se, piše Gaj, prepuštalo pravo da samostalno odabere sebi tutora, i to "*...vel in omnes res vel in unam forte aut duas*"⁵³. Te su

⁴⁷ *Ibidem, XI, 20. "ad dotem dandam, dicendam promittendave".*

⁴⁸ *Ibidem, XI, 22 - "...nam in locum patroni absentis aliter peti non potest, nisi ad hereditatem adeundam et nuprias contrahendas."*

⁴⁹ *Tutor dativus* postavlja se ženi "*... qui cum suo tutore suo lege aut legitimo iudicio agere uult.*", piše Ulpijan (*XI, 24*), a ista je Gajeve informacija, koji ustvrđuje da "*...si inter tutorem et mulierem... lege agendum erat.. alius dabatur.*" Usp. i *Gai, I, 184.*

⁵⁰ Livije, XXXIX, 9.

⁵¹ "*In persona tamen uxoris que in manu est, recepta est etiam tutoris optio*", piše Gaj (*I, 148*) te preporučuje kao najpogodnije ("*rectissime*") riječi za takvu oporučnu dispoziciju: "*Titiae uxori meae tutoris optionem do.*" (*I, 150*)

⁵² *Gai, I, 154.*

⁵³ *Gai, I, 150.*

varijante - *plena* odnosno *angusta tutela* - naglašava Gaj, bitno različite⁵⁴ i samo je prva značila da je ženi prepušteno potpuno pravo izbora. Ipak, ostaje otvorenim pitanje je li *tutela angusta* bila čak za ženu povoljnija varijanta jer je jednom ili onoliko puta koliko je oporukom određeno žena mogla birati tutora za točno određeni posao, u kojem je izabrani tutor imao konkretni, bolji uvid od tutora *in omnes res*. O kakvoj je vrsti riječ tutorstva u osvrtu Tita Livija ("...*tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset...*")⁵⁵, nije moguće odrediti, a iz njegova komentara "slučaja" izvjesne *Faeceniae Hispalae* saznajemo tek posve sigurno da je *tutela optiva* u njegovo doba bila nova, s civilnom pravom nespojiva vrsta *tutela testamentariae*⁵⁶. U svakom slučaju, bilo o kojoj se varijanti radilo, ostaje činjenicom da ta vrsta tutorstva označuje daljnji korak k postupnoj eliminaciji tutorova nadzora poslovnih poteza žene.

Konačno, da je žena preuzela u svoje ruke odabir tutora, a time i mogućnost da sama "nadzire" svoje poslove, pokazuje također komplicirana *coemptio fiduciaria*⁵⁷ - po svoj prilici tvorevina predklasične kautelarne jurisprudencije - koje je završnim aktom, nakon višestrukih formalističkih operacija, fiktivnim prijenosima ovlasti, žena dolazila pod vlast fiducijarnog tutora - kvazipatrona, koji je bio njezin vlastiti izbor. Gaj opisuje fiducijarnog tutora, doduše, kao osobu koja svoje ovlasti ne može *in iure* cesijom prenijeti na drugoga (*tutor cessicius*)⁵⁸ jer ih je - razrješujući podređeni odnos osobe *in causa mancipii* ili žene u fiktivnoj *coemptio* - svojom voljom prihvatio⁵⁹. U realnosti je, nije teško pretpostaviti, njegova *auctoritas interpositio* također bila puka forma, kao uostalom i u mnogim varijantama i modifikacijama tutorstva i prije i nakon donošenja *legis Claudiae*. Pitanje broja i vrsta tutorstva, poznatih rimskom civilnom i pretorskom pravu, dovodi u nedoumicu i samoga Gaja, koji u svom osvrtu na ustanovu tutorstva - žene i nedoraslih, izravno "priznaje" da je taj broj - teško utvrditi. O tom pitanju autor Institucija upućuje na svoje *Libri ad Edictum*, ali i iznosi nimalo unisona mišljenja autoriteta poput Scevole, Sulpicija Rufa i

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Livije, XXXIX, 9.

⁵⁶ Usp. Karlowa, op.cit., 298.

⁵⁷ "Item si a masculino manumissa fuerit et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem eum tutorem a quo manumissa est, qui fiduciarus dicitur" - opisuje *coemptio fiduciaria*. (Gai, I, 195a.)

⁵⁸ Agnatima, patronima i onima koji su manumisijom otpustili slobodu osobi dozvoljeno je da tutorstvo nad ženama ustupe drugom putem *in iure cessio*. (Gai, I, 169)

⁵⁹ *Ibidem*, 172.

Labeona te svoj komentar o tom pitanju završava konstatacijom da "neki vjeruju" da je bilo toliko vrsta tutorstva koliko i konkretnih slučajeva⁶⁰.

5. Mogućnošću imenovanja "službenog", atilijanskog tutora, kojeg su ovlasti imale javni karakter, *tutela mulierum* postala je ustanovom u kojoj su interesi žene već početkom 3. stoljeća prije n.e. bili stavljeni u prvi plan. *Tutela optiva*, prisutna u praksi i prije vremena Livija i Cicerona, značila je za ženu više ili manje otvorenu mogućnost da praktično sama odlučuje o svojim poslovima. Putem *coemptio fiduciariae*⁶¹ žena je dobila praktično neograničeni prostor da sama vodi svoje poslove i da po svom nahođenju, praktično više nego žena koja je imala *ius optandi tutoris*, sama odabire, odbacuje, zamjenjuje aktualnog tutora koji je postao, može se pretpostaviti, njezinim konzultantom, ako već s njime nije sklapala poslove ili vodila sudske sporove. Stoga je zakonsko dokinuće dotadašnje legitimne *tutela agnatorum* došlo, zapravo, s priličnim zakašnjenjem. Sredinom 1. stoljeća n. e. agnatska obitelj pripadala je prošlosti, kao uostalom i *potestas* šefa obitelji ili civilni brak *cum manu*. Mimo toga, makar i fiktivne, ingerencije tutora postale su u doba pretorskih neformalnih poslova izlišne i za žene koje nisu imale *ius trium liberorum*⁶². Stoga je u vrijeme brojnih emancipacija žena i propadanje rimske obitelji u doba ranog principata, ženinu, u to doba praktično jedva limitiranu djelatnu sposobnost, trebalo - "u skladu s dobrim običajima i tradicijom", također s najviše instancije, staviti u "primjerenije okvire". U doktrini su različito tumačeni motivi i ciljevi *SC Velleianum*, a mišljenja su podijeljena o tome je li taj senatski zaključak imao kao primarni cilj zaštitu ženinog ili javnog interesa. Ma kojem se od tih tumačenja motiva ovog senatskog zaključka priklonili - onom po kojem je njegova prava svrha bila zaštita žene od nepromišljenih poteza⁶³ i njezine "vlastite lakomislenosti"⁶⁴, držeći je podalje od "opasnih" intercesijskih poslova i time spriječiti štetu koja bi njima mogla biti prouzročena, ili kao potez radi zaštite javnog interesa i sigurnosti pravnog prometa, iz kojeg je ženu trebalo isključiti u što većoj mjeri i vratiti na njezino

⁶⁰ Gai, I, 199.

⁶¹ Gai, I, 195a.

⁶² "Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae quatuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint;..." objašnjava Gaj tu važnu odredbu *legis Iuliae et Papiae Poppeae* (Gai I, 194; Bruns, Fira, I, 107-108).

⁶³ Medicus, Zur Geschichte des *SC Velleianum*, op.cit., zastupa stajalište da zabrane prema tom senatskom zaključku znače u prvom redu zaštitu interesa žene, ali i njezinih vjerovnika, jer žena "lakše obeća nego daje".

⁶⁴ Usp. Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts, op.cit., 111.

“pravo” mjesto⁶⁵, ostaje činjenicom da je ovom regulativom, donesenom simultano s *legis Claudia de tutelis*, trebalo u neku ruku “nadomjestiti” ustanovu tutorstva te na izravni način reducirati djelatnu sposobnost žene. Gajevo usamljeno mišljenje da je *levitas animi feminarum* - “*magis speciosa quam vera*”, po nekim autorima odaje stajalište njegova vremena, što nam se s obzirom na ostale izvore, koji izravno govore o omalovažavanju žene kao poslovnog partnera, čini malo vjerojatnim. Tekstovi klasika u komentarima tog senatskog zaključka odaju izravnu rezervu, nepovjerenje i neraspoloženje prema ženi - neiskusnom i lakovjernom partneru u “ozbiljnim” i kompliciranim pravnim transakcijama. Ulpijan, uostalom, izravno kaže da je cilj tog senatskog zaključka bio držati ženu po strani od obveza “*que pro aliis reae fierint*”⁶⁶, jer su to “muški poslovi”. U autentičnost tekstova, pogotovu Ulpijana, ali i Paula i Kalistrata u Kodifikaciji, jedva da treba pasti i tračak sumnje, jer je retorika o inferiornosti žena posve nepromijenjena i izražena na identičan način kao i u tekstovima Tita Livija ili Cicerona. Uostalom, i nakon *constitutio Antoniniana* tutorstvo nad ženama prisutno je u helenističkim provincijama, ali se i “grčkoj varijanti” te ustanove definitivno gubi trag nakon Konstantina⁶⁷. Codex Theodosianus ne sadržava nikakvu naznaku u svezi s tutorstvom nad ženama. Ipak, po Justinijanovu pravu⁶⁸ “opasni” za ženu intercesijski poslovi nisu, doduše, izravno zabranjeni, ali mogli su biti zaključeni samo u formi javne isprave i uz nazočnost triju svjedoka.

⁶⁵ Vogt, Studien zum SC Velleianum, op.cit. (str. 6,9), smatra da je taj senatski zaključak donesen protiv interesa žene, ograničavajući joj veću slobodu djelovanja i vraćajući je kući i obitelji. Usp. Schulz, Roman classical Law, op.cit., 181.

⁶⁶ D.16,1,2,1

⁶⁷ V. bilj. 3.

⁶⁸ C.J.4,29,23,2 (“...sancimus non ... in tali contractu posse se pro aliis obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato... accipiens homines a muliere pro allis confessionem...”) Justinijanova intervencija po tumačenju nekih autora ne tumači se kao daljnja restrikcija ženine djelatne sposobnosti, nego kao izravna zaštita njezinih interesa. Usp. Vogt, op.cit., te Medicus, op.cit.

Summary

Magdalena Apostolova Maršavelski *

ROMAN TUTELA MULIERUM IN THE DESCRIPTIONS OF CLASSICS

Tutorship over women - the institute of Roman civil law - was abolished in its original form (tutela agnatorum) by lex Claudia de tutelis in the middle of the 1st century A.D. At the time of classical law, it was reduced to the tutorship of the patron over emancipated women descendants and therefore in practice, except in Hellenistic provinces, it was of minor significance. It was abolished by the constitution of the emperor Honorius in the year 410, so that neither Codex Theodosianus nor the Justinian Code contains information about this institute. Most of information about this institute can be found in two rather short, systematic and ex professo written tracts of Gaius and Ulpianus, on the basis of which outlines of the first and subsequent forms can be reconstructed, following the direction of the development of this institute, “obsolete” and turned into a mere form even at the beginning of the classical period. The possibility of the appointment of the “official” so-called tutor Atilianus to a woman, if there was a reason for it, as well as the known form of “liberal” tutela optiva even at the time of Titus Livius, had marked the beginning of the radical change of the character of this institution which became an institution in the exclusive interest of the woman. By a series of fictitious operations, the so-called competio fiduciaria - the creation of pre-classical jurisprudence - the woman could herself choose, refuse, change the tutor and influence his decisions, so that this institution had even before its legal abolition become - for women not having ius trium liberorum - a mere form. Therefore, SC Valleianum, introduced simultaneously with lex Claudia, should have substituted for the tutor’s auctoritas interpositio removing women from “dangerous” intercessional activities, which meant straightforward reduction of the woman’s legal capacity - no matter what we consider to be the motives for its introduction - as an act in the interest of the woman - the unreliable and naive partner, according to the opinion of classics or in the public interest, as protection of legal security according to some doctrinal opinions. According to Ulpinian, the aim of this conclusion of the Senate was to keep the woman aside from obligations “que pro aliis reae fierint”

* Magdalena Apostolova Maršavelski, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

since those were "men's activities". According to Justinian law, intercessional activities of women were not, indeed, forbidden, but they had to be concluded in the form of a public document in the presence of three witnesses.

Key words: tutela mulierum, Roman law, legal position of woman

Zusammenfassung

Magdalena Apostolova Maršavelski **

RÖMISCHE TUTELA MULIERUM IN DEN BESCHREIBUNGEN VON DEN KLASSIKERN

Die Vormundschaft über Frauen - ein Institut des römischen Rechts wurde in seiner ursprünglichen Form (tutela agnatorum) Mitte des 1. Jahrhunderts n. Chr. abgeschafft. Im Zeitalter des klassischen Rechts wurde es auf die Vormundschaft des Patrons über die emanzipierten weiblichen Nachkommen begrenzt, so dass es in der Praxis, außer in den hellenistischen Provinzen, eine unbedeutende Rolle hatte. Es wurde mit der Konstitution des Kaisers Honorius im Jahre 410 abgeschafft, so dass weder Codex Theodosianus noch die Kodifikation Justiniana Nachrichten über dieses Institut beinhalten. Die Mehrheit der Informationen über dieses Institut finden wir in zwei nicht großen systematischen und ex professo geschriebenen Traktaten von Gaius und Ulpianus, durch welche die Konturen der ersten und weiteren Formen rekonstruiert werden können sowie die Richtung der Entwicklung dieses Institutes verfolgt werden kann "veraltet" und in purer Form umgestaltet schon am Beginn der klassischen Ära. Durch die Möglichkeit der Ernennung eines "ofiziellen" sgn. Atilianischen Vormunds der Frau, falls es dafür einen Grund gab, wie es schon zur Zeit von Titus Livius die bekannte Form der "liberalen" tutela optiva kennzeichneten sie den Beginn einer radikalen Änderung des Charakters dieses Institutes, das ein Institut ausschließlich im Interesse der Frau wird. Durch eine Reihe von fiktiven Operationen sgn. comceptio fiduciara - ein Produkt der vorklassischen kautelarer Jurisprudenz - konnte die Frau selbst den Tutor wählen, ablehnen oder auswechseln sowie seine Entscheidungen beeinflussen, so dass dieses Institut schon vor der gesetzlichen Abschaffung - für die Frauen, die nicht ius trium liberorum hatten - pure Form wurde. Desswegen sollte SC Velleianum, gleichzeitig mit dem lex Claudia

** Dr. Magdalena Apostolova Maršavelski, Professorin an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

verabschiedet, die tutorische auctoritas interpositio ersetzen und die Frau von den "gefährlichen" interzessischen Geschäften fernhalten, was eine direkte Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Frau bedeutete - wie immer wir die Motive deren Verabschiedung betrachten - als eine Handlung im Interesse der Frau - eines unzuverlässigen und leichtsinnigen Partners, nach der Meinung der Klassiker oder im öffentlichen Interesse als Schutz der Rechtssicherheit nach der Meinung einiger in der Doktrin. Nach Ulpianus ist das Ziel dieser senatorischen Schlussfolgerung, dass man die Frau von den Verpflichtungen fernhält "que peo alliis reae fierint" da es sich um "Männersache" handelt. Nach Justinianischem Recht waren zwar die interzessischen Geschäfte der Frau nicht verboten, aber sie mussten in der Form des öffentlichen Dokuments und vor drei Zeugen abgeschlossen werden.

Schlüsselwörter: tutela mulierum, Römisches Recht, rechtliche Position der Frau